



DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL

**Análisis de la aplicación del Derecho Extranjero y la oposición de la
lex fori a ello: Necesidad de una regulación normativa clara a la luz
de la jurisprudencia y doctrina nacional e internacional**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Constanza Estela Saavedra Garín

Profesora Guía:

Carola Canelo

Santiago de Chile

2018

Dedico esta tesis a mi familia, especialmente a mi pareja Miguel y a mi hija Ágata,
quienes me inspiran a ser mejor cada día
y por quienes quiero hacer del mundo un mejor lugar.

AGRADECIMIENTOS

Primero, agradezco a mi hija Ágata quien es la fuente inspiradora en mi vida hacia la búsqueda de mejores caminos y por mostrarme lo bello del mundo.

Agradezco a mis padres y a mi tío, quienes siempre me han apoyado en la vida y a lo largo de mis estudios, con todos los recursos posibles y con su incomparable comprensión y amor.

A mi pareja, quien ha sido invaluable para mi superación personal e intelectual, le agradezco enormemente su apoyo, amor y su compañía.

A mi familia completa, quienes siempre se han mostrado interesados por mi bienestar y por estar presentes cuando se les necesita.

A la profesora Carola Canelo, quien me ha ayudado incontables veces y de quien he aprendido a ver nuevos caminos en el Derecho.

A la Universidad de Chile, profesores, compañeros y amigos que me han acompañado en este camino, con risas y una bella amistad, forjando quien soy en este momento.

Y finalmente a todos quienes sin su presencia no hubiere podido realizar este trabajo.

ÍNDICE

RESUMEN	7
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I: TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA DEL DERECHO EXTRANJERO.....	14
1.1 Ordenes anteriores y actuales: Fundamentos de las Teorías.....	15
1.2. Teorías de Hecho o de la Materialización	199
1.2.1. Teoría de los derechos adquiridos o <i>Vested rights</i>	19
1.2.2. Teoría del Uso Jurídico.....	20
1.3. Teorías de Derecho.....	25
1.3.1. Teoría del Derecho Extranjero propiamente tal	25
1.3.2. Teoría de la Incorporación	27
1.3.3. Teoría de la Integración	29
1.4. Doctrina Nacional Actual	29
CAPÍTULO II: NORMAS CHILENAS Y CONVENCIONES INTERNACIONALES: ESCASA REGULACIÓN Y TAREAS PENDIENTES.....	35
2.1. Panorama Legal Comparado	35
2.1.1. Países del Common Law	35
2.1.2. Europa Continental y Unión Europea	39
2.1.3. Otros Ordenamientos Latinoamericanos	45
2.2. Normas de Códigos Nacionales.....	51
2.3. Convenciones Internacionales	56

2.3.1. Convención sobre Aplicación e Información del Derecho Extranjero	57
2.3.2. Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante y Tratado de Montevideo	58
2.3.3. Convención Interamericana sobre Prueba e Información del Derecho Extranjero.....	60
CAPÍTULO III: JURISPRUDENCIA CHILENA: RECONOCIMIENTO DEL DERECHO EXTRANJERO A TRAVÉS DEL SISTEMA NACIONAL.....	62
3.1. Pronunciamiento sobre el derecho extranjero en Jurisprudencia Extranjera.....	62
3.1.1. <i>Common Law</i> y Europa Continental	62
3.1.2. Contexto Latinoamericano	73
3.2. Jurisprudencia Nacional y Casos Emblemáticos Chilenos.....	76
3.3. Análisis de los fallos: Idea de un reconocimiento <i>indirecto</i>	85
CAPÍTULO IV: CONSECUENCIAS PRÁCTICAS Y PROCESALES DE ACUERDO A LAS TEORIAS Y LA JURISPRUDENCIA SEÑALADAS	90
4.1. Necesidad probatoria e Investigación de Oficio por el Juez.....	92
4.1.1. Distinciones previas.....	94
4.1.2. Falla de la actividad probatoria: <i>lex fori</i> o desistimiento de la demanda .	95
4.1.3. En caso de faltar la prueba o como actividad facultativa: Investigación de Oficio por el Juez	97
4.1.4. Imposibilidad de conocimiento de la ley extranjera.....	99
4.1.5. Medios de Prueba.....	100
4.1.6. Conocimiento propio del Juez.....	105
4.2. Aplicación e Interpretación de la ley extranjera	107
4.3. Control y Recursos.....	110
4.3.1. Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad	110

4.3.2. Recurso de Casación en el Fondo.....	112
4.3.2.1. Casación en el Fondo por falta de aplicación de ley extranjera.....	113
4.3.2.2. Casación por errónea interpretación de la ley extranjera.....	115
4.3.2.3. Análisis con respecto a la procedencia del recurso de casación y argumentos en contra.....	116
4.4. Otros problemas de la Ley Extranjera	120
4.4.1. Pluralidad de ordenamientos	120
4.4.2. Límites aplicables a la Ley Extranjera	121
4.4.2.1. Límites Legales.....	121
4.4.2.2. Límites Doctrinales.....	124
4.4.3. Estados o Gobiernos no reconocidos	135
CONCLUSIONES.....	138
BIBLIOGRAFÍA	161

RESUMEN

El presente trabajo busca otorgar una visión acerca del conflicto entre la aplicación de la ley extranjera y la *lex fori* fundada en el principio de territorialidad, a la luz de las teorías tradicionales, las cuales se dividen en las teorías tanto de Hecho como de Derecho, de la doctrina moderna que ha analizado su aplicación y, especialmente, su calificación jurídica; y luego, en la comparación de las fuentes reguladoras de la materia, tanto convenciones internacionales como normas aisladas de la legislación, incluyendo el pronunciamiento de la jurisprudencia chilena, que, aunque escasa, es significativa, cuya tendencia apunta a un reconocimiento indirecto del derecho extranjero, de acuerdo a la voluntad de la *lex fori*.

La adhesión a una u otra Teoría fija las consecuencias de aplicar una ley extranjera dentro del proceso, especialmente en lo tocante a la carga probatoria y la actividad de oficio por parte del tribunal. Aspectos que son relevantes a la hora de aplicar el derecho extranjero, cuyos estándares marcan otros puntos conflictivos, tales como, la admisibilidad de los recursos, el conocimiento propio del juez y la imposibilidad de prueba, entre otros.

INTRODUCCIÓN

Para comprender la aplicación de una ley extranjera primero es importante entender los contextos dentro de los cuales es posible que aquella se deba aplicar. Esto puede ocurrir bajo dos supuestos: que las partes pacten aquella aplicación o que la ley lo ordene. Este último caso es el más significativo, puesto que implica que la ley, el máximo representante del poder soberano, ordena resolver un conflicto con una ley extranjera, de alguna forma delegando su gran poder resolutivo. Bajo este contexto, (puesto que no sólo se limitan a la aplicación de una ley extranjera) estas normas que *delegan* este poder se denominan normas de conflicto, las cuales necesariamente se relacionan con elementos internacionales, tales como, la nacionalidad, el domicilio, la situación de un bien, entre otros.

Las normas de conflicto “...son aquellas que determinan la legislación aplicable a una relación jurídica de Derecho Internacional Privado”¹ o “...aquellas que tienen por objeto determinar la normativa aplicable a una relación iusprivatista o, en su caso, solucionar los conflictos entre dos o más legislaciones que giran en torno a ella”². Su función es determinar la aplicación de la ley nacional (ley del fuero o *lex fori*) y la ley extranjera, entendiendo ambos conceptos como parte de una mayor extensión normativa, como conjuntos legislativos u órdenes jurídicos³. Ante la remisión, puntos de conexión o vinculación a otros sistemas jurídicos, como si fuesen un puente, el juez debe aplicar una legislación determinada, pero esta tarea no es sencilla y conlleva otros problemas derivados de esta interpretación, tales como el reenvío, la

¹ Ramírez Necochea, M. (2010). *Curso básico de derecho internacional privado*. Santiago, Chile: Editorial Abeledo Perrot. p. 49.

² Ríos de Marimón, H. (2004). *Derecho Internacional Privado: Corregida y Actualizada con la Nueva Ley de Matrimonio Civil*. 2ª ed. [En línea]. Santiago, Chile: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central. p. 17. Recuperado de: <<https://es.scribd.com/document/205934506/Derecho-Internacional-Privado-Hernan-Rios-de-Marimon>> Consultado: 5 de octubre de 2017.

³ Vitta, E. (1983). *La regla de conflicto*. [En línea]. *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. Sin Vol. (15). p. 480. Recuperado de: <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/.../10053>> Consultado: 5 de octubre de 2017.

calificación, el orden público, la cuestión preliminar, por nombrar algunos. En tanto los efectos de la ley aplicable, en este caso, internacional, cuando es posible su funcionamiento, acarrearán toda otra agrupación de disyuntivas.

En Chile no existe una regulación normativa que oriente al juez de cómo debe aplicar el derecho extranjero. Si bien su aplicación es obligatoria cuando la norma chilena se remita a éste (o en menor medida, cuando las partes lo han convenido), su naturaleza jurídica, y así mismo, las consecuencias de su aplicación, no presentan un tratamiento pacífico en la doctrina ni en la jurisprudencia. Esta falta de regulación sobre la extensión y aplicación de la ley extranjera, puede llegar a producir dudas a las partes sobre acuerdos comerciales internacionales o, al menos, un impedimento y costo adicional, para el comercio o relaciones jurídicas con carácter internacional⁴. El intenso estudio doctrinario en la materia ha hecho suyo este trabajo, existiendo diversas consecuencias jurídicas dependiendo de la teoría a la que se adhiera finalmente.

La raíz histórica de la falta de una regulación proviene del principio antagónico a la consideración de la jurisdicción extranjera: el principio de territorialidad. La idea plasmada por Andrés Bello en el Código Civil fue otorgar fuerza obligatoria a la *lex fori* o ley del fuero, fundada en los límites soberanos de la República, de modo que la ley extranjera no tendría fuerza fuera de su territorio correspondiente, excepto cuando otro Estado la otorgara. Esta idea encuentra sus fuentes en la llamada *cortesía internacional*: “Las leyes de un estado no tienen más fuerza en otro que la que el segundo haya querido voluntariamente concederles; por consiguiente no producen por sí mismas obligación alguna en los súbditos de los otros estados, que existen fuera del territorio del primero;...”⁵. De acuerdo al mismo planteamiento, tanto los chilenos como los extranjeros, se encuentra bajo el imperio de la ley

⁴ Brereton, A.M. (2011). *Proof of Foreign Law- Problems and Initiatives: The future of Private International Law in Australia*. [En línea]. Universidad de Sidney, Escuela de Derecho de Sidney. p. 1. Recuperado de: <http://sydney.edu.au/law/events/2011/May/Justice_Brereton.pdf> Consultado: 28 de agosto de 2017.

⁵ Bello, A. (1832). *Principios de Derecho de gentes*. [En línea]. Santiago, Chile: Editorial imprenta de la Opinión. pp. 40-41. Recuperado de: <<http://libros.uchile.cl/561>> Consultado: 28 de agosto de 2017.

nacional, como lo señala Bello, cuya manifestación más explícita se encuentra en el artículo 14 del Código Civil. Si bien, también señala (bajo ciertas situaciones jurídicas) que un Estado extranjero debe reconocer derechos, no existe un mayor desarrollo o consecuencias de este criterio dentro del Código. Es importante señalar que el Código Civil chileno fue clave en los procesos codificadores latinoamericanos, recalcando y marcando así el tratamiento del derecho extranjero dentro de nuestras fronteras con los países vecinos.

Sin consideración entonces por la ley extranjera, la ley chilena se eleva como la única fuerza vinculante para resolver todos los conflictos jurídicos que se susciten dentro de Chile, sea entre chilenos o extranjeros. Ahora, no podemos negar que la visión de Andrés Bello buscaba una solución uniforme a los conflictos de ley en su contexto histórico, pero la necesidad actual de aplicar otros ordenamientos se ha vuelto una situación mucho más corriente de lo que se hubiere podido esperar en los comienzos del Código. Los viajes transfronterizos, la migración, el comercio internacional creciente y dependiente y un sinfín de nuevas relaciones jurídicas con elementos internacionales, nos llevan a innovar y a regular nuestras relaciones jurídicas por medio de otros ordenamientos, ya no sujetos estrictamente al principio de territorialidad.

Particularmente interesante dentro de Latinoamérica, si bien existe un predominante territorialismo, es la aplicación de la ley extranjera de países cercanos pertenecientes a sistemas jurídicos afines⁶, parámetro que disminuye este principio. La evolución presentada dentro de Latinoamérica proviene de la necesidad de resolver la siguiente pregunta: ¿Cómo se aplica y prueba el derecho extranjero? Esta interrogante también constituye la premisa central de las Teorías del derecho extranjero, para explicar su aplicación y calificación.

⁶ Samtleben, J. (1977). *La aplicación de la ley extranjera en América Latina*. [En línea]. El texto basado en dos conferencias de octubre de 1977, en la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), publicado en: *Seminario Internacional de Derecho Internacional Privado* (1979). L. Fernández de la Gandar (trad.). Ciudad de México, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. pp. 171 y ss. Y pp. 211 y ss. pp. 393 - 402. Recuperado de: <<https://es.scribd.com/document/245879982/Samtleben-El-Principio-de-Territorialidad-en-America-Latina>> Consultado: 23 de agosto de 2017.

Siguiendo la corriente tradicional, es necesario probar la existencia del derecho extranjero como tal, y en tal caso es considerado un hecho de la causa. Contra esta consideración surgen diversas corrientes que atenúan esta especie de desconsideración con la jurisdicción transfronteriza. Los tratados de Montevideo y el Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante han hecho lo suyo para otorgar mayores actuaciones de oficio al juez, como también la Convención sobre Prueba e Información del Derecho Extranjero. Pero a pesar de estos esfuerzos a nivel internacional, el territorialismo, como sesgo cultural arraigado, es difícil de atenuar y las limitaciones propias de los tratados (como el efecto relativo a los países contratantes) tampoco han contribuido de mucha ayuda. Además, la poca regulación normativa en Latinoamérica lo ha convertido en uno de los temas más difíciles de zanjar⁷.

En Chile, el camino que ha seguido la jurisprudencia está marcado por la misma tendencia Latinoamericana. Mayoritariamente la aplicación del derecho extranjero queda decidida en el actuar de las partes, dejando al juez un papel pasivo, a pesar de la posibilidad de investigar de oficio aquel derecho.

Como caso paradigmático corresponde mencionar el fallo de la Corte Suprema de Justicia de Chile, número de ingreso 5864-2006, en el cual se plasma, como criterio mayoritario, el reconocimiento del derecho extranjero como *derecho*, pero de forma indirecta⁸. La aproximación a este criterio encuentra sus bases en la Teoría de la Incorporación (de las teorías de derecho) y se manifiesta en la fundamentación del fallo: "... *la extraterritorialidad de las leyes y sentencias extranjeras, no tiene lugar por el hecho de ser leyes y sentencias, que sólo tienen eficacia dentro del lugar donde*

⁷ Samtleben, *Op. Cit.*, pp. 400-402.

⁸ Picand, E. (abril, 2008). *El juez y el derecho extranjero en el proceso de extradición* [En línea]. *Revista jurídica del Ministerio Público*, sin Vol. (34). p. 183. Recuperado de: <www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/archivo?id=370&pid=36&tid=1&d=1> Consultado: 23 de agosto de 2017.

han sido dictadas, sino porque ha mediado la voluntad del Estado, donde incidentalmente se trata de aplicar.”⁹.

A partir de esta sentencia se advierten diversas consecuencias y consideraciones con respecto al reconocimiento de las sentencias extranjeras y del derecho extranjero mismo, cuestiones que aparentemente la Corte trata de forma similar.

Por otro lado, la doctrina muestra interés en la determinación del derecho extranjero, especialmente en su calificación jurídica, puesto que de ella derivan tradicionalmente las más importantes consecuencias procesales. Ahora, la doctrina moderna ha cambiado el enfoque del tratamiento de la ley extranjera, utilizando igualmente los conceptos de las teorías tradicionales, con nuevas interpretaciones, de modo que el acento está en solucionar de mejor forma el conflicto jurídico en sí.

Con esto en mente, la interrogante que surge para nuestro sistema jurídico es la necesidad o no de una regulación, normativa y concreta, sobre el derecho extranjero en Chile, considerándolo como un nuevo y complejo elemento en la solución de diversos problemas jurídicos.

Por lo expuesto, la hipótesis de esta tesis es contar con una regulación normativa de la materia, de manera clara y a la luz de los nuevos acercamientos internacionales relacionados. Además que esta regulación sea eficiente, es decir, que reduzca la incertidumbre sobre sus consecuencias procesales, luego de aplicada la ley extranjera. La naturaleza jurídica, la forma de aplicación e interpretación y los recursos posibles, son los principales puntos a los que se debe responder.

Para ello, se analizarán las diversas Teorías, tanto clásicas como recientes, sobre el derecho extranjero, con énfasis en las consecuencias procesales de importancia, tales como la actividad probatoria, la actividad *ex officio* del juez, la falta que esta actividad, entre varias otras.

⁹ CS, 2.11.2007. [En línea]. Recuperado de: http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/fallos_suprema/muestra_doc.php Consultado: 23 de agosto de 2017.

Se analizará además la legislación y la jurisprudencia que se pronuncie en la materia, nacional e internacional, para finalmente, llegar a una conclusión que implique la mejor forma para aplicar en Chile la ley extranjera y una posible propuesta para su tratamiento.

CAPÍTULO I:

TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA DEL DERECHO EXTRANJERO

Tradicionalmente la interrogante sobre la calificación jurídica del derecho extranjero es central en la determinación de las consecuencias jurídicas del mismo. Más allá de la aplicación de una u otra norma de la *lex fori*, la mención del derecho extranjero para solucionar un conflicto jurídico dentro de Chile, posee una raíz conflictiva, bajo los supuestos de pugna entre el derecho extranjero mismo y el principio de territorialidad.

La necesidad de hallar una explicación y forma de aplicación es imperativa al no contar en Chile, y también en otros ordenamientos Latinoamericanos, con una regulación clara en la materia sobre la naturaleza, interpretación, impugnación, prueba o falta de ella, entre otras materias.

Una de las principales normas que rigen el derecho chileno en materia internacional es el artículo 14 del Código Civil, en cuyo texto se plasma el principio de territorialidad: *“La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros.”*. Si bien pareciera que el principio es una especie de disposición supletoria, han flexibilizado este criterio las normas atributivas y la autonomía de la voluntad. Genera incluso mayor confusión la existencia de casos que no están regidos por este principio (considerados como una innovación en la materia), así por ejemplo, el matrimonio, cuyo caso se rige por la ley del lugar de su celebración, o los bienes, regidos por la ley de su situación. Estos casos generan consecuencias jurídicas que en ningún caso fueron previstas por el legislador¹⁰, esto es, la posibilidad de aplicación de una ley extranjera. De esta forma es que señala Samtleben: *“El riguroso territorialismo del Código Civil chileno con su aplicación*

¹⁰ Samtleben, *Op. Cit.*, pp. 393-394.

incondicionada del derecho nacional no dejaba prácticamente ningún margen para la aplicación de las leyes extranjeras. De todas formas, también pretendió Bello tomar en consideración en determinados casos el derecho extranjero como ex loci actus, aunque no llegara a preocuparse de sus consecuencias prácticas.”¹¹.

No es posible pretender, en un contexto moderno, que el principio de territorialidad corresponda al único criterio razonable para solucionar problemas jurídicos con elementos internacionales, remitiéndose a la legislación nacional en forma errada y contraria al interés de las partes. Pues, los resultados no corresponderían a una realidad de acuerdo al mundo globalizado, y muchas veces, estos mecanismos no tendrían ni una solución armónica ni justa¹².

Así las cosas, continúa la interrogante: *¿Cómo se explica y aplica, si nada dice el ordenamiento?* La respuesta se sigue luego de analizar las teorías que vienen a iluminar este fenómeno, las cuales basan su sustento principalmente en la deducción de la naturaleza del mismo.

1.1. Orden anterior y orden actual: Fundamentos de las Teorías

En tiempos actuales existen dos grandes corrientes que determinan la naturaleza del derecho extranjero, enmarcada en una especie de dualidad: las Teorías de Hecho y las Teorías de Derecho. En el presente ésta es la división que se menciona comúnmente bajo el estudio del derecho extranjero. A comienzos del siglo XX, no existía una división tan categórica. Se hará mención de estos fundamentos en post de explicar los avances en la materia y proporcionar una visión más completa sobre los fundamentos de cada teoría.

Estos órdenes previos hacen alusión a la importancia o justificación de la aplicación de la ley extranjera, y son más bien el estudio del razonamiento mismo de su utilización, pero que también logran explicar incipientemente, (aunque no de la

¹¹ Samtleben, *Op. Cit.*, p. 393.

¹² Pérez Hechenleitner, P. (1999). *Control de casación sobre la aplicación de la ley extranjera*. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile: Facultad de Derecho, Universidad de Chile. pp. 14-15.

misma forma o con tal propósito) la naturaleza del derecho, sentando así las raíces de las categorías actuales. Aunque es posible encontrar diversos órdenes y distinciones en la doctrina, se ha buscado incluir los aportes más relevantes para su estudio, de modo que no es una categorización definitiva, sino ilustrativa. El problema se caracteriza en la siguiente frase: “*Admito el poder supremo del soberano territorial. La aplicación de la ley extranjera depende de su libre voluntad expresada en las reglas de conflicto. Pero una vez dado el permiso, reconocida la competencia de la ley extranjera, ésta se introduce en el territorio y viene a regir la situación. ¿Cómo hay que explicar este fenómeno? ¿Cómo hay que describir esta importación?...*”¹³.

1. Teoría de F. C von Savigny: El gran jurista alemán Friedrich Karl von Savigny, (1779-1861), justifica la aplicación de una ley extranjera en la comunidad de Derecho de los pueblos occidentales, éstos unidos por el derecho romano y el cristianismo. Esta unión crea una conciencia jurídica común, y por lo tanto, los principios y los métodos de solución tienden a ser similares entre aquellos pueblos¹⁴. Esta comunidad *obliga* a los diversos Estados a aplicar la norma extranjera cuando sea necesario, buscando la uniformidad en las decisiones jurisdiccionales. El juez debe buscar la ley más adecuada o conveniente para determinar la naturaleza el caso¹⁵, sea la ley nacional o extranjera¹⁶. Savigny desarrolló un nuevo método en consideración a la relación jurídica completa, tanto de su objeto, persona y cosa, cuestión que previamente se dividía sólo entre estatutos personales y reales. Su contribución al mundo jurídico es extraordinaria y la influencia de su pensamiento se expandió tanto en Europa como en América, llegando en Alemania a considerar sus teorías como derecho común alemán¹⁷.

¹³ Dove, E. (1947). *Los grandes problemas del Derecho Internacional: Derecho Internacional Privado*. Barcelona, España: Casa editorial Bosch. pp. 138.

¹⁴ Duncker, F. (1967). *Derecho Internacional Privado*. Santiago, Chile: Editorial jurídica de Chile. p. 353.

¹⁵ Pérez Hechenleitner, *Op. Cit.*, pp. 5-6.

¹⁶ Guzmán Latorre, D. (1997). *Tratado de Derecho Internacional Privado*. Santiago, Chile: Editorial jurídica de Chile. p. 248.

¹⁷ *Loc. Cit.*

2. Sistema de Cortesía internacional o de la Escuela Holandesa: según la expresión *comitas gentium ob reciprocam utilitatem* ésta indica que sólo la ley del fuero es aplicable por los tribunales nacionales, sin embargo su cumplimiento absoluto es impracticable, ya que muchas veces el juez debe aplicar derecho extranjero. La cortesía internacional, bajo una suerte de oportunismo y nacionalismo, permite la aplicación de una ley extranjera en otro territorio, pero cuya oportunidad depende del capricho o arbitrariedad del soberano¹⁸. Lo relevante de esta doctrina es que sirvió para sentar bases en América e Inglaterra sobre el derecho extranjero y su tratamiento en el proceso¹⁹. Esta doctrina de pensamiento permeó a Andrés Bello en su estancia en Londres, la que después desarrolló y perfeccionó e introdujo en el actual título preliminar del Código Civil²⁰.
3. Teoría de Pillet: Antonie Pillet, (abogado francés, 1857-1926) basándose en el principio de la cortesía internacional, plantea que los diversos Estados deben respetar la ley extranjera por el respeto que se deriva de la soberanía de cada Estado. Así, los conflictos de ley son conflictos de soberanía, para cuya solución una de las soberanías cede en pos de la otra. Sostiene que la ley internacional es diferente a la ley nacional, centrándose, la primera, en el fin o el objeto de la ley²¹. Story (juez del Tribunal Supremo americano a principios del siglo XIX), también adhirió a esta doctrina: "...admite, pues, que la aplicación de una ley extranjera se funda únicamente en la buena voluntad del soberano territorial y de ninguna manera sobre una regla internacional del Derecho de gentes."²²
4. Teoría de los *vested rights*: si bien posteriormente se encuentra dentro de las Teorías de Hecho actuales, como fundamento para aquellas, influyó fuertemente en el paradigma norteamericano e inglés. Sus grandes exponentes son A.V. Dicey, jurista británico y teórico constitucional, y J. Beale, profesor americano de Derecho en la Harvard, ambos del periodo a finales del siglo XIX y comienzos del

¹⁸ Guzmán, *Op. Cit.*, p. 307.

¹⁹ Dove, *Op. Cit.*, pp.151-152.

²⁰ Samtleben, *Op. Cit.*, p. 374.

²¹ Pérez Hechenleitner, *Op. Cit.*, p. 7.

²² Dove sobre Joseph Story EN: Dove, *Op. Cit.*, p. 153.

siglo XX. El primero de ellos rechazó la cortesía internacional, y sostuvo que el respeto de la ley extranjera proviene de los derechos adquiridos, cuya manifestación de respeto no implica necesariamente la aplicación de la ley extranjera que los concede en primer lugar. La ley es territorial, pero los derechos son transitorios (*transitory*)²³. Siguiendo estas ideas, Beale mejoró las proposiciones de Dicey, y señaló que el derecho se manifiesta por hechos que deben ser reconocidos, puesto que expresan una realidad: *“La soberanía no consiste en ignorar la realidad, sino en regirla: por más potente y absoluta que sea, el legislador no puede negar los hechos; puede solamente atribuirles consecuencias jurídicas diferentes.”*²⁴.

5. Local Law Theory: desarrollada por W. Cook, académico y abogado estadounidense (1858-1930), señala *“Cuando ha de juzgarse un caso que contiene elementos extranjeros, el fórum aplica siempre su propia ley a la especie. Pero adopta como su propia ley, una regla idéntica, o cuando menos, muy semejante a la que se encuentra en vigor en otros países al cual se relacionan algunos o todos los elementos extranjeros que implica la situación jurídica.”*²⁵. El juez entonces aplica el *producto* de una ley extranjera, pero como si fuera su propia ley naturalizada, similar a la Teoría de la Incorporación, como se verá más adelante. La distinción con esta última, es la creación por parte del juez el derecho o *judge made law*: los tribunales no se comportan (no imitan tampoco) como los tribunales de otro Estado, ellos crean un derecho tan semejante como sea posible al de otro Estado²⁶, de modo que pueda ser aplicado.
6. Teoría de Wigny: muy relacionado con la teoría de los derechos adquiridos, P. Wigny, político belga (1905-1986), sostuvo que los derechos sólo están en consideración con los hechos que la ley interna determina, de modo que separa, por un lado, las consecuencias del derecho extranjero, y por otro, las

²³ A.V. Dicey EN: Miaja de la Muela, A. (1956). Derecho Internacional Privado. Madrid, España: Editorial Madrid. p. 320.

²⁴ Dove, *Op. Cit.*, pp. 162-163.

²⁵ W. Cook citado EN: Pérez Hechenleitner, *Op. Cit.*, p. 11.

²⁶ Goldschmidt, W. (1949) *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*. Barcelona, España: Bosch. p. 234.

consecuencias del derecho interno. Así, el juez nacional consulta la ley extranjera, sin ninguna autoridad especial, y no la obedece en caso de crear un derecho²⁷, o más bien de aceptar la manifestación de este derecho. El derecho se materializa de forma completa, como lo hace la Teoría del Uso Jurídico (que se verá más adelante), pero a diferencia de ésta, Wigny acepta la incorporación del derecho cuando el juez aplica la norma extranjera, cuestión que W. Goldschmidt (creador de la Teoría del Uso Jurídico) distingue²⁸.

1.2. Teorías de Hecho o de la Materialización

Básicamente el derecho extranjero es un *hecho* de la causa, puesto que el juez sólo conoce del derecho que ha sido discutido, promulgado y publicado en su propio Estado²⁹. La jurisdicción como poder-deber es excluyente, no admite la imposición de una norma extranjera dentro su territorio. La ley extranjera emana de un legislador (no de la soberanía), quien no tiene autoridad fuera de los límites de su Estado³⁰. La ley posee un delimitado territorio de aplicación y reconocimiento, correspondiente al territorio en el cual ha sido dictada y donde será aplicada. Los jueces no tienen la obligación de investigarla, de modo que depende absolutamente de la actividad diligente de las partes incorporarla dentro de los puntos de hecho de sus pretensiones. Dentro de esta categoría se distinguen las siguientes teorías:

1.2.1. Teoría de los Derechos Adquiridos o Vested Rights

Se remite a lo anteriormente señalado, de acuerdo a los antiguos y nuevos órdenes sobre el derecho extranjero. No obstante se hará un análisis con respecto a algunas críticas a sus fundamentos principales. Sostenida por A. V. Dicey y J. Beale, la ley se debe aplicar territorialmente, pero los derechos adquiridos de acuerdo a otras

²⁷ Romero del Prado, V. (1944). *Manual de Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires, Argentina: La Ley. Tomo I. pp. 498-503.

²⁸ Romero del Prado, *Op. Cit.*, p. 503.

²⁹ Duncker, *Op. Cit.*, p. 336.

³⁰ Guzmán, *Op. Cit.*, p. 321.

legislaciones deben ser respetados por otros Estados, aunque en última instancia nunca se aplique el derecho extranjero por sí mismo.

E.G. Lorenzen³¹, profesor alemán de la escuela de Derecho de Yale (1876-1952), criticó la competencia territorial; pueden ocurrir diversos hechos en distintos territorios, hechos que no pueden considerarse separadamente. Para explicar aquella separación señala un ejemplo: “...el asesino arroja su arma de este lado de la frontera contra su víctima que se encuentra en el otro lado, en otro Estado, pues, la que herida fallece en un tercer país en el que ha alzado a penetrar. No es posible considerar aisladamente uno de estos hechos...”³². Además, expone Wigny, la inserción de un derecho extranjero, como hecho, no crea ningún derecho para la ley nacional, y puede ocurrir, por ejemplo: “...que la ley americana proteja un derecho que no existe en el país de origen, o que, a la inversa, ella rechace todo reconocimiento a un derecho existente.”³³. La doctrina señala que es posible introducir un derecho adquirido de dos formas³⁴; a) Importado de una manera indirecta, como comúnmente sería el caso, por ejemplo, la ley francesa crea un derecho en París, para luego introducirlo en Estados Unidos, y b) La ley extranjera crea directamente un derecho en otro Estado, mediante la aceptación de la aplicación de la ley extranjera por el sistema jurídico nacional³⁵. Éste último caso es alegado fuertemente por los críticos a los *vested rights*, ya que, como hipótesis de aplicación, la Teoría de los Derechos Adquiridos carece de explicación.

³¹ Romero del Prado, *Op. Cit.*, pp. 438-439.

³² E.G. Lorenzen EN: Romero del Prado, *Op. Cit.*, pp. 438-439.

³³ P. Wigny EN: Romero del Prado, *Op. Cit.*, pp. 439-440.

³⁴ Dove, *Op. Cit.*, p. 166.

³⁵ Señala como ejemplo el caso de dos españoles domiciliados en Bruselas que quieren obtener el divorcio en Estados Unidos. Las reglas de fondo, de acuerdo con el Derecho Internacional Privado americano, serán fijadas por la ley belga del domicilio. La *lex fori* aplica en este caso una ley extranjera, cuestión que no es solucionada por la teoría de los derechos adquiridos, ya que no existe derecho anteriormente adquirido que sea validado en territorio estadounidense. Dove, *Op. Cit.*, pp.166-167.

1.2.2. Teoría del Uso Jurídico

Postulada por Werner Goldschmidt (1910-1987), jurista alemán radicado en Argentina, sostiene que el derecho extranjero debe ser aplicado cuando la *lex fori* lo ordene, pero aquél no es un derecho, sino que un hecho, que actúa resolviendo el conflicto, cuya aplicación es de la misma forma como lo haría el juez del Estado extranjero. El juez nacional debe *imitar* al juez extranjero, bajo un juicio de probabilidad³⁶. Esta concepción es de especial importancia, puesto que la Convención sobre Aplicación e Información del Derecho Extranjero celebrada entre Chile y Uruguay en 1985, está innegablemente influenciada por su teoría, cuestión que podemos constatar en su artículo 1º: *“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 este pertenece.”*

La visión que corresponde otorgarle al derecho extranjero por el juez es desde *fuera* del sistema jurídico, como un observador, transformando la aplicación en imitación. En palabras de Goldschmidt: *“...Si se declara aplicable a una controversia un Derecho extranjero, hay que darle el mismo tratamiento de fondo que con el máximo grado asequible de probabilidad le daría el juez del país cuyo Derecho ha sido declarado aplicable...”*³⁷ y *“Las ‘teorías de Derecho’ exigen del juez nacional que declare qué Derecho rige en el extranjero. La ‘teoría del uso jurídico’, en cambio, exige del juez nacional que compruebe lo que los jueces extranjeros declaran como Derecho en su patria respectiva. Según las ‘teorías de derecho’, el Juez nacional, como verdadero juez, falla respecto al Derecho extranjero el imperativo: ‘ita jus esto’; según la ‘teoría del uso jurídico extranjero’ el juez nacional se comporta frente al Derecho extranjero como un abogado consultado sobre la probabilidad de éxito de un asunto, llegando a un juicio de probabilidad: ‘así será probablemente la sentencia’.*

³⁶ Goldschmidt, W. (1967). *Introducción al Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma. p. 577.

³⁷ Goldschmidt, W. (1990). *Derecho Internacional Privado: Derecho de la Tolerancia*. [En línea]. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma. p. 137. Recuperado en: <<https://es.scribd.com/doc/38434902/Derecho-Internacional-Privado-Goldschmidt-Werner>> consultado: 01 de septiembre de 2017.

Nuestro problema no tiene nada que ver con la interpretación del término 'Derecho extranjero' en las 'teorías de derecho'. Según todas las 'teorías de derecho', ha de entenderse por 'Derecho' toda norma jurídica vigente y no sólo el texto legal de la norma legal. Pero este problema de interpretación está separado por un abismo de la lucha entre las 'teorías de derecho y las 'teorías de hecho'³⁸. El mismo autor señala las consecuencias positivas de su teoría, indicación que se seguirá por razones de orden:

- a) Elimina la diferencia entre orden jurídico interno y orden jurídico internacional³⁹, cuestión que confunde la Teoría de la Incorporación. Goldschmidt se encarga de criticar estas teorías, por cuanto el autor no admite que una norma extranjera se introduzca dentro de otro ordenamiento, y que, aún en tal caso, no se equipara nunca la norma extranjera a la norma nacional.
- b) Es una forma correcta de reenvío⁴⁰. No pueden dos jueces remitirse uno al otro infinitamente, debe fallarse, de lo contrario habría denegación de justicia.
- c) En caso de existir pluralidad de ordenamientos, se debe acudir, primero, al derecho extranjero *interregional*, y luego al Derecho Internacional Privado que hubiere utilizado probablemente el juez de cuyo Estado se hubiere interpuesto la demanda o llevado el pleito⁴¹.
- d) Para el derecho procesal, el derecho extranjero tiene el tratamiento de los hechos, y por lo tanto, debe ser probado por las partes⁴². En tal circunstancia no es posible recurrir al recurso de casación por la errónea interpretación o infracción del derecho extranjero⁴³. Pero, señala Goldschmidt, esto no impide que el principio dispositivo ceda en post de la justicia, es decir, como situación excepcional el juez posee algunas facultades con respecto al contenido del

³⁸ Goldschmidt (1949), *Op. Cit.*, pp. 236-237.

³⁹ *Ibid*, p. 237.

⁴⁰ *Ibid*, p. 238.

⁴¹ *Loc. Cit.*

⁴² Goldschmidt (1949), *Op. Cit.*, pp. 238-239.

⁴³ *Ibid*, pp. 239-242.

derecho extranjero. Además, no es necesaria la prueba de aquél mediante un determinado medio de prueba, por el contrario, acepta de forma amplia cualquier medio legal idóneo⁴⁴. Para el caso de desconocimiento del derecho o que la prueba del mismo sea imposible por razones ajenas a las partes, se debe aplicar el derecho más próximo o emparentado⁴⁵.

- e) El juez al interpretar el derecho extranjero debe hacerlo según las reglas del derecho extranjero, aunque coincida la forma con el derecho nacional⁴⁶.

A pesar de la coherencia con que sostiene esta teoría, se ha cuestionado en varios puntos. Éstas se centran principalmente en el concepto de *imitación* y el silogismo judicial:

- a) Imitación: Este concepto como aplicación se vuelve complejo en casos que no han sido resueltos en el Estado extranjero, y por lo tanto, no hay nada que imitar, lo mismo sucede en casos de incompetencia del juez extranjero⁴⁷. La imitación del juez debe hacerse en base a las normas de otros Estados, puesto que ese es el *Estado jurídico* u ordenamiento que se debe aplicar, cuestión que en los casos referidos no se logra dilucidar. Distinto es la aplicación de un efecto jurídico sujeto a reciprocidad, como Derecho, pero la ley extranjera es un hecho del caso⁴⁸, y así no se explica.
- b) Silogismo judicial⁴⁹: En segundo lugar, apunta al fundamento mismo al resolver el juez con el derecho extranjero. Éste resuelve en base a un derecho y no un

⁴⁴ Goldschmidt (1949), *Op. Cit.*, pp. 239-242.

⁴⁵ *Ibid*, pp. 241-242.

⁴⁶ *Ibid*, p. 240.

⁴⁷ Balogh citado EN: Goldschmidt (1949), *Op. Cit.*, p. 291.

⁴⁸ Miaja de la Muela, *Op. Cit.*, pp. 318-319.

⁴⁹ Morelli explica el silogismo de la siguiente manera: “*Hay que tener presente la configuración de la sentencia como un silogismo cuya premisa mayor está constituida por la posición de la norma jurídica, la premisa menor por la posición del hecho, y la conclusión por la aplicación de la norma al hecho, o mejor, por la subsunción del hecho bajo la norma.*” Morelli, G. (1953). *Derecho Procesal Civil Internacional*. S. Sentís Melendo (Trad.). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América. p. 53.

hecho; no es posible aplicar *hechos a los hechos*⁵⁰. La premisa mayor nunca puede constituir un hecho, sino normas jurídicas, las cuales tienen una vigencia espacial⁵¹ (un cierto territorio y bajo ciertas excepciones, un territorio extranjero). Miaja de la Muela, reconoce el valor de la teoría de Goldschmidt, pero también ataca la ejemplaridad (influencia positiva de las normas dentro de un sistema jurídico⁵²). Aquellas no pueden extrapolarse a otro sistema jurídico, y menos sobreponerse al sistema imperante extranjero⁵³. Por otro lado, el juicio de probabilidad también es una falacia, éste daña la seguridad jurídica y certeza, ya que los jueces no tienen la capacidad de, por ejemplo, rectificar criterios ajenos⁵⁴. E incluso, si la utilización del derecho extranjero es ordenada por la norma nacional, es ésta última quien ocupa el lugar del derecho, sin encontrar cabida para el derecho extranjero⁵⁵. Bajo esta última premisa, toda discusión sobre la naturaleza del derecho extranjero es indiferente, ya que no hay dudas sobre la naturaleza de la *lex fori*⁵⁶.

⁵⁰ Wolff, M. (1958). *Derecho Internacional Privado*. A. Marín López (Trad.). Barcelona, España: Bosch. p. 207.

⁵¹ Miaja de la Muela, *Op. Cit.*, pp. 317-319.

⁵² Para Goldschmidt las normas jurídicas consisten en determinadas conductas, las cuales siguen un orden de reparto (como derechos, obligaciones, cargas, etc.), los cuales cumplen la función secundaria de ejemplaridad, por cuanto relación con el derecho extranjero: “*La recepción del Derecho extranjero es seguimiento, mientras que la llamada «aplicación» de Derecho extranjero, en virtud de las normas de Derecho internacional privado, constituye imitación. El juez imita el reparto extranjero obedeciendo a la orden de imitación de su propio legislador, con lo cual la aplica. Lo que se llama «aplicación del Derecho» es siempre obediencia con respecto a órdenes, y, por ende, sólo posible con respecto a repartos autoritarios. Con frecuencia se ha advertido que ya por esta sencilla razón el juez no aplica Derecho extranjero, puesto que no ha de obedecer al que manda en la comunidad extranjera...*” Goldschmidt, W. (1958). *La Ciencia de la Justicia*. Madrid, España: Aguilar. p. 120.

⁵³ Miaja de la Muela, *Op. Cit.*, p. 318.

⁵⁴ *Loc. Cit.*

⁵⁵ Morelli señala: “*En este último caso, el silogismo instrumental tendrá como premisa mayor la norma de derecho internacional privado, como premisa menor el proceso de producción jurídica del ordenamiento extranjero designado por esa norma, y como conclusión la enunciación de la juridicidad para el ordenamiento del Estado de la norma tomada del ordenamiento extranjero...*” Morelli, *Op. Cit.*, p. 55.

⁵⁶ Mosciati Olivieri, P. (1993). *La aplicación del derecho extranjero: Teoría del uso jurídico*. [En línea]. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. XX (1) pp. 55-56. Recuperado de <<https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/14486/000102337.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Consultado: 22 de septiembre de 2017.

Esta segunda crítica, paradójicamente transforma la Teoría del Uso Jurídico en la Teoría de la Incorporación del Derecho, cuestión que es rebatida fuertemente por Goldschmidt, especialmente por la extraterritorialidad de una ley extranjera, la cual reprocha y cuya función estrictamente corresponde a los órganos legisladores o tribunales nacionales (como en el sistema anglosajón)⁵⁷. También le recrimina la inamovilidad del derecho al momento en que es incorporado, es decir, al momento de dictar sentencia, e incluso, el derecho tendría efecto retroactivo a los hechos del caso, efecto que choca con el principio de irretroactividad de la ley⁵⁸. En sus palabras, la Teoría de la Incorporación: “...son iguales a un país que no cierra sus fronteras a los extranjeros, pero que los nacionaliza coactivamente tan pronto que las franqueen.”⁵⁹.

Las críticas planteadas se las puede resumir, en palabras de Mosciati: “...la del uso jurídico constituye una suma de proposiciones inarmónicas: el Derecho es un hecho que produce los efectos del Derecho.”⁶⁰

1.3. Teorías de Derecho

A grandes rasgos, la norma jurídica no pierde su naturaleza a pesar de que ésta deba ser aplicada en otro Estado, por lo tanto, el derecho extranjero no abandona su naturaleza y continúa constituyendo *derecho*. Podemos distinguir tres teorías a partir de la concepción de derecho:

1.3.1. Teoría del Derecho Extranjero propiamente tal

Esta teoría sostiene que el derecho extranjero es simplemente *derecho*. Cuando la *lex fori* ordena la aplicación de una ley extranjera se debe aplicar un derecho extranjero como *derecho*, éste con la particular característica de ser extranjero. Según el jurista francés Jaques Maury: “que el derecho sea derecho aun aplicado en

⁵⁷ Goldschmidt, W. (1990) *Op. Cit.*, pp. 141 - 142.

⁵⁸ *Ibid.* p. 142.

⁵⁹ *Loc. Cit.*

⁶⁰ Mosciati, *Op. Cit.*, p. 53.

*país distinto al suyo, parece algo, a primera vista, evidente*⁶¹. Esta teoría es defendida por Martin Wolff⁶² (1872-1953), profesor de Derecho en la Universidad de Berlín, y por la mayoría de la doctrina chilena, con figuras como Mario Ramírez Necochea⁶³ y Diego Guzmán Latorre⁶⁴.

En caso de aplicarse una norma extranjera, el juez nacional debe aplicar el derecho extranjero vigente, no el que ha sido derogado (que a primera vista podría aplicarse). Wolff señala, por ejemplo, el derecho de la Rusia zarista a rusos que habían huido del régimen, cuyo caso soluciona mediante la aplicación de la *lex fori* o de la residencia ordinaria⁶⁵. Además, el mismo autor indica que el juez debe aplicar todo el *derecho* en sentido amplio, es decir, el escrito, consuetudinario, de gobierno de *iure* o *de facto*, ya que el juez nacional que aplica el derecho no es quien debe interpretar si una cierta ley es razonable o justa para los parámetros de su derecho nacional⁶⁶. La aplicación, señala, debe ser exactamente como lo haría el tribunal extranjero, lo que genera las siguientes consecuencias; a) Las partes deben demostrar que el derecho extranjero está en vigor (no probar su existencia), cuestión que también puede constatar el tribunal⁶⁷, b) El tribunal nacional interpreta de acuerdo a las reglas del tribunal extranjero, c) Las decisiones jurisdiccionales extranjeras deben ser tomadas en cuenta, así sólo puede el juez revisar la interpretación del país extranjero cuando el país propio posea una ley con idéntico contenido al de aquel país⁶⁸ y por lo tanto, sólo en este caso está permitido el recurso de casación en el fondo.

Sobre la naturaleza del derecho extranjero, concluye: *“Lo que el tribunal aplica a los hechos establecidos ante él, es ‘derecho’, no simple hecho. Es carente de sentido*

⁶¹ Jaques Maury citado EN: Vitta, *Op. Cit.*, p. 494.

⁶² Wolff, *Op. Cit.*, pp. 203-216.

⁶³ Ramírez Necochea, *Op. Cit.*, p. 76.

⁶⁴ Guzmán, *Op. Cit.*, p. 325.

⁶⁵ Wolff, *Op. Cit.*, p. 204.

⁶⁶ *Loc. Cit.*

⁶⁷ *Ibid*, p. 205.

⁶⁸ *Ibid*, p. 206.

decir que un juez aplica un 'hecho' a los hechos. Toda decisión judicial constituye un silogismo; su premisa mayor es una regla jurídica, y no puede ser nada más, su premisa menor una serie de hechos.⁶⁹ El derecho, entonces, que resuelve el conflicto es el derecho extranjero, el cual nunca se nacionaliza, simplemente se aplica como la ley nacional ordena. Ahora, a pesar de su equiparación en naturaleza, se advierte que ambos no son tratados completamente igual dentro del proceso. El principio *iura novit curia* es atenuado, permitiendo la averiguación por parte del juez (conocimiento que es presumido para la ley nacional), como en Alemania o Austria, basado en el principio *nobile officium iudicis*, averiguación en que las partes participan como ayudantes para su conocimiento⁷⁰.

1.3.2. Teoría de la Incorporación

Por otro lado, desarrollada por la doctrina italiana y francesa⁷¹, y en Chile por Federico Duncker⁷², sostiene que la única ley aplicable por el tribunal es la *lex fori*, de esta forma, la ley extranjera no puede aplicarse directamente, sólo luego de la posterior incorporación al sistema interno nacional⁷³. El derecho nacional absorbe este derecho extranjero, se apodera de él y lo transforma, compartiendo el mismo tratamiento que la ley nacional; en general, en su interpretación y aplicación, sin consideración por la voluntad del legislador extranjero o su sentido dentro del ordenamiento foráneo. A su vez, se divide en Incorporación Material e Incorporación Formal, aunque ambas comparten la incorporación misma:

- a. Incorporación Material: la norma jurídica extranjera es apropiada por el ordenamiento interno, y de esta forma pierde su carácter extranjero y es

⁶⁹ *Ibid*, p. 207.

⁷⁰ Señala que Código Alemán de Procedimiento Civil en su Artículo 293 se refiere al conocimiento de la ley extranjera en el término *nachweisen*, cuya aproximación se acerca más a *demostración*, que a *prueba* o *beweisen*, Wolff, *Op. Cit.*, p. 208.

⁷¹ Weiss A. (1928). *Manual de Derecho Internacional Privado*. E. S. Zeballos (Trad.). Paris, Francia: Librairie du Recueil Sirey. Tomo I. 2º ed. p. 603 y pp. 614-616.

⁷² Duncker, *Op. Cit.*, pp. 336-338.

⁷³ Guzmán, *Op. Cit.*, p. 327.

nacionalizada, resultando en la creación de una ley interna con el contenido de la ley extranjera⁷⁴.

- b. Incorporación Formal: la ley extranjera es incorporada pero mantiene el sentido y valor que le pertenecen según su ordenamiento jurídico. No es una apropiación, sino una inserción de la norma extranjera al sistema jurídico del foro⁷⁵, conservando su sentido e interpretación propios.

P. Wigny critica la incorporación: “¿Se puede creer razonablemente – se pregunta el jurista belga Wigny- que la legislación de cada país vaya siendo aumentada o enriquecida de una manera invisible, pero cierta, por todas las leyes que han sido votadas en el mundo?”⁷⁶. Sostiene que mantienen una base artificial, basado en la incorporación no sólo de la norma, sino también de la doctrina y jurisprudencia extranjeras, las cuales sirven para la comprensión, alcance y aplicación del derecho extranjero⁷⁷. Finalmente la norma luego de incorporada se desnaturaliza y pierde su carácter de extranjera. De la misma forma que Goldschmidt rebate la incorporación, Wigny también concluye que al momento de ser incorporada, la norma se paraliza, que bien podría suceder en el país extranjero si son modificadas, derogadas o sustituidas⁷⁸. Por último, se le critica olvidar límites tan evidentes como el orden público, ya que no es posible incorporar una ley incompatible con el derecho nacional⁷⁹.

La Teoría de la Incorporación así, une al derecho extranjero con el derecho nacional por medio de su reconocimiento e incorporación, otorgándole la categoría de *derecho*, elevándolo a un nivel mayor de lo que hacen las Teorías de Hecho. Pero a la vez sólo lo hace cuando es la voluntad del legislador, puesto

⁷⁴ Guzmán, *Op. Cit.*, p. 328.

⁷⁵ *Ibid*, p. 329.

⁷⁶ Pierre Wigny EN: Guzmán, *Op. Cit.*, p. 329.

⁷⁷ *Loc. Cit.*

⁷⁸ *Ibid*, p. 330.

⁷⁹ Guzmán Latorre bien ejemplifica mediante la aceptación de un matrimonio poligámico, matrimonio que no es aceptado por el ordenamiento chileno, que mal podría incorporarse una norma del lugar de celebración, a pesar de que el matrimonio se regule por la ley del lugar de celebración, Guzmán, *Op. Cit.*, p. 330.

que sin esta voluntad no existe el derecho extranjero, ni tampoco existen otros elementos que lo contienen, como las sentencias o documentos públicos extranjeros.

1.3.3. Teoría de la Integración

Carnelutti (1879-1965), jurista italiano y abogado, plantea que la *lex fori* se remite a la ley extranjera con el fin de otorgarle al juez una herramienta útil para la solución de un conflicto, sirviendo como una fórmula que se satisface con el contenido de la ley extranjera⁸⁰. No existe una remisión al ordenamiento extranjero y tampoco una recepción del mismo, y en palabras del autor: “*La disposición interna, por tanto, jamás asume el contenido entero de la disposición externa, sino solamente integra su contenido adaptando a él una fórmula extranjera...*”⁸¹. Así mismo, sostiene que el ordenamiento jurídico nacional nunca asume todo el ordenamiento extranjero, ya que, si existiere un conflicto con el orden público interno, la ley nacional prevalece⁸². Concluye que la conveniencia de la integración de la norma extranjera afecta también las decisiones jurisdiccionales foráneas, para cuya explicación, la equivalencia jurisdiccional se refiere a la ley nacional y a la ley extranjera en conjunto⁸³. Así estos actos los denomina *actos compuestos*; la sentencia extranjera produce los efectos reconocidos propios del derecho nacional, no de su propio derecho, según la ley italiana⁸⁴, en referencia a su *lex fori*. De la doctrina nacional, Carvajal Cortés adhiere a la teoría de Carnelutti, quien a propósito de la integración del derecho se refiere a la determinación de la fórmula extranjera: “*El primer acto que conduce a la aplicación*

⁸⁰ Carnelutti, F. (1955). *Teoría General del Derecho*. F. Osset (trad.). Madrid, España: Revista de Derecho Privado. 3° ed. pp. 132-133.

⁸¹ Carnelutti, *Op. Cit.*, pp. 134.

⁸² *Ibid*, pp. 134-135.

⁸³ *Ibid*, pp. 136-137.

⁸⁴ *Loc. Cit.*

*del derecho extranjero consiste en determinar la legislación de la cual se sacará la fórmula que se integrará en la disposición interna.*⁸⁵.

1.4. Doctrina Nacional Actual

Apartándonos de la calificación de Hecho o Derecho, la doctrina moderna, con fuerza, sostiene que el derecho extranjero posee una naturaleza propia con respecto a los meros hechos o el derecho nacional⁸⁶. Si bien muchos puntos no están zanjados, por ejemplo, la aplicación supletoria de la *lex fori*, todo apunta a una nueva categorización del derecho extranjero. La Teoría del Uso Jurídico y su influencia, es útil en la contribución del estudio de la materia, centrándose en el conocimiento del derecho extranjero como un derecho de naturaleza particular.

Como se señaló, la crítica más fuerte a la Teoría del Uso Jurídico corresponde al acercamiento de los hechos a los efectos del derecho, sin que posea dicha calificación, puesto que, como el mismo Goldschmidt ha indicado, el derecho extranjero en el proceso posee el tratamiento de los hechos. La doctrina actual diferencia los hechos procesales y los extraprocesales, normativos o fuera de la causa⁸⁷. En síntesis, los hechos fuera de la causa son aquellos que resuelven el conflicto y no deben ser probados por las partes, a diferencia de los procesales, que constituyen el conflicto y cuyo conocimiento aportan las partes al tribunal. El derecho extranjero se encuadra en esta segunda categoría, produciendo los efectos del derecho, sin constituir un mero hecho de la causa. Por ejemplo, Eduardo Picand indica otros hechos que también pueden ocupar el lugar de la premisa mayor, tales

⁸⁵ Carvajal Cortés, A. (1966). *El Juez y el Derecho Extranjero*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. p. 77.

⁸⁶ Picand (2008), *Op. Cit.*, p. 184 y Villarroel, C. y G. Villarroel (1991). *La aplicación del derecho extranjero en Chile después del tratado con Uruguay*. [En línea]. *Revista chilena de derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile*, Vol. 18 (1). pp. 79-91. Recuperado de: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649767.pdf>> Consultado: 10 de septiembre de 2017.

⁸⁷ Micheli, G. (1970). *Estudios de Derecho Procesal Civil*. S. Sentís Melendo (Trad.). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América. Tomo IV. pp. 203-216 y Carnelutti F. (1944). *Sistema de Derecho Procesal Civil: Composición del Proceso*. N. Alcalá-Zamora y Castillo; S. Sentís Melendo (Trad.) Buenos Aires, Argentina: Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana. Tomo II. pp. 91-92.

como, la costumbre o la *lex mercatoria*⁸⁸. En palabras de Micheli: “Así pues, si no parece que las normas de derecho interno no escrito, o una escrito pero no publicadas en la Gaceta Oficial o de derecho extranjero, pueden constituir una categoría intermedia, entre el hecho y el derecho, cuyo régimen procesal sea análogo al de los hechos notorios y al de las máximas de experiencia, igualmente informada me parece según nuestro ordenamiento positivo, la tesis que configura las normas mismas como hechos...”⁸⁹.

La concepción de hecho normativo aporta dos grandes ideas; primero, la posibilidad de ciertos hechos de constituir la premisa mayor del silogismo judicial, cuya función es resolver el conflicto, y segundo, como objeto probatorio, sobre el cual no existe una obligación probatoria para las partes y abre la posibilidad al juez de investigar de oficio la ley extranjera.

En relación a ello, se discute la concepción del derecho extranjero como un hecho notorio. Goldschmidt, en cuanto carga probatoria, sostiene que existen hechos sometidos al principio inquisitivo, como por ejemplo, los hechos notorios: “...el contenido del Derecho extranjero, constituye un hecho notorio, lo que no es un hecho que todo el mundo conoce sino lo que todo el mundo es capaz de averiguar de una manera fidedigna.”⁹⁰. Coincide en este punto Eduardo Picand, quien acepta la investigación del juez, independiente de la naturaleza del derecho extranjero⁹¹. Al contrario, Gabriel y Carlos Villarroel no coinciden, puesto que el hecho notorio no sirve para resolver el conflicto como hecho extraprocesal, e indican como innecesario recurrir a este subterfugio para salvar la posibilidad de investigación de oficio por el tribunal⁹². Ante esta concepción, el concepto de hecho notorio de Goldschmidt no convence y es excesivamente amplio; no sólo se *conoce* el derecho extranjero, sino que se *aplica*, considerando al sistema jurídico completo, cuestión que va más allá

⁸⁸ Picand, *Op. Cit.*, p. 185.

⁸⁹ Micheli, *Op. Cit.*, p. 207.

⁹⁰ Goldschmidt (1990) *Op. Cit.*, p. 145.

⁹¹ Picand, *Op. Cit.*, p. 185.

⁹² Villarroel, C. y G. Villarroel, *Op. Cit.*, p. 84.

del mero conocimiento de normas, resultando irrisorio considerar como un hecho notorio un ordenamiento jurídico en su totalidad⁹³. Pero por sobre todo, esta noción implica que se asume el derecho extranjero como un hecho⁹⁴, de por sí un derecho desprestigiado. Al respecto, se ha desarrollado el nuevo concepto de *derecho notorio* o notoriedad científica, como nueva figura procesal, la cual implica la notoriedad expansiva hacia otros ordenamientos jurídicos, aunque, de todas formas se admite la excepcionalidad del concepto⁹⁵.

Como se había mencionado, la cercanía de la Teoría del Uso Jurídico con la Teoría de la Incorporación es patente, pero con claras distinciones. La diferencia del uso jurídico se refleja de mejor forma en cómo considera el ordenamiento jurídico en sí. La incorporación lo que hace es convertir el ordenamiento en “*una suerte de boa constrictor, apta para digerir por pedacitos, eso sí, los diferentes sistemas jurídicos del mundo*”⁹⁶. A pesar de esta última crítica a la teoría de la incorporación, Eduardo Picand considera apropiado que la aplicación, o más bien la *imitación*, se debe hacer posteriormente a la incorporación de la ley extranjera a la *lex fori*. Entendiéndolo así, el derecho extranjero es una especie de hecho normativo cuyo tratamiento se hace como lo haría la teoría del derecho incorporado⁹⁷. Para Gabriel y Carlos Villarroel, en cambio (que de alguna forma adhieren más fielmente a la Teoría del Uso Jurídico), la imitación debe abarcar al ordenamiento extranjero por completo, es decir, a la ley, doctrina y jurisprudencia, tal y como son, es decir, como derecho extranjero⁹⁸. Reafirman tan posición por las convenciones internacionales, (pocas en todo caso y

⁹³ Mosciati, *Op. Cit.*, p. 52.

⁹⁴ Al respecto, Sentís Melendo indica: “*Nos parece un poco discutible; en primer término, porque para ello es necesario admitir de una manera absoluta la condición de hecho de la ley; y, en segundo lugar, porque, de admitirse, el expediente no debe servir para resolver "parcialmente" las dificultades del art. 13, sino que debería servir para resolverlas de una manera general; pero es indudable que constituye una buena solución de armonía que, sin desconocer el texto de la ley, permite llegar a los resultados prácticos propugnados por la doctrina que ven en la ley extranjera una manifestación de derecho y no de hecho.*” Sentís Melendo, S. (1957). *El juez y el Derecho (Iura Novit Curia)*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones jurídicas Europa-América. pp. 129-130.

⁹⁵ Carvajal, *Op. Cit.*, pp. 63-64.

⁹⁶ Loussouarn y Bourel citado EN: Villarroel, C. y G. Villarroel, *Op. Cit.*, p. 86.

⁹⁷ Picand, *Op. Cit.*, p.188.

⁹⁸ Villarroel, C. y G. Villarroel, *Op. Cit.*, p. 84.

de discutible interpretación), en las cuales se le señala al juez las herramientas que le permitirían alcanzar el conocimiento del derecho extranjero, e indican los medios de prueba legales para las partes, aquellos en la Convención sobre Prueba e Información del Derecho Extranjero o en el Código Bustamante.

Este último punto es fundamental en la aplicación práctica del derecho extranjero; si éste se *imita* se debe hacer de la forma más fidedigna a su sistema jurídico propio, pero si es aplicado como *hecho* incorporado, nacería una especie de híbrido. En este último caso, surgen problemas propios de la teoría de la incorporación, como por ejemplo, la pérdida de identidad de *derecho extranjero*, la alteración del contenido del mismo por el derecho interno y la interposición de límites del sistema que lo incorpora (dependiendo si se incluye como norma formal o material).

Como consecuencia de lo analizado, si consideramos la armonía de las soluciones internacionales, ésta se divide: si preferimos una solución armónica con el ordenamiento interno, entonces la Teoría de la Incorporación del derecho es más adecuada, de lo contrario, si buscamos una mayor armonía para el sistema internacional, la Teoría del Uso Jurídico es preferible. Todo lo señalado a pesar de que, en ambos casos anteriores, se utilice el derecho extranjero para solucionar el asunto jurídico como premisa mayor del silogismo.

La teoría de Goldschmidt se basa en las conductas y el derecho. La *imitación* es el concepto clave ante el derecho extranjero, si este concepto es alterado y nos volcamos hacia la incorporación (sea como aplicación o calificación del mismo) la discusión sobre la naturaleza del derecho extranjero como hecho procesal o extraprocesal carece de importancia, ya que para la incorporación siempre se aplica una ley, la *lex fori* con contenido extranjero. De la misma forma pierde sentido la imitación del derecho, puesto que se estaría aplicando con el mismo resultado que como la Teoría de la Incorporación prescribe, si fuese éste incorporado.

De la doctrina moderna antes descrita, la más cercana al uso jurídico contiene una mayor coherencia interna y una mayor compatibilidad con los principios del Derecho Internacional Privado, además es mejor sustentada por la (precaria) normativa

internacional chilena. Parece mucho más coherente que el uso del derecho extranjero obedezca a su propio sistema jurídico (donde la *lex fori* no modifique su contenido, como sucede en la Teoría de la Incorporación material), tomando en cuenta su contenido propio. Ante un problema jurídico que podría presentarse ante diversos Estados, la aplicación de una norma extranjera tendría una única aplicación, interpretación y revisión, sin que la ley interna de aquellos Estados altere el derecho extranjero que resuelve finalmente el caso.

En materia de doctrina y la legislación comparada, sea en el *common law* o en el sistema continental, la tendencia obedece a otorgar a la ley extranjera una naturaleza particular, de tal manera que, a pesar de calificarla como derecho o hecho, ésta tiene una regulación procesal diversa al tratamiento del derecho nacional y a los meros hechos de la causa⁹⁹, como también se analizará más adelante.

Chile se encuentra en camino a un criterio similar, pero actualmente, y de acuerdo a lo señalado por la doctrina nacional, pareciera una mejor alternativa otorgar a la ley extranjera una naturaleza particular, o derechamente, no calificarla como hecho o como derecho. Tampoco parece razonable no reconocer el derecho extranjero como derecho propiamente tal, ya que la Teoría de Derecho sostiene argumentos concretos y efectivos al momento de calificar al derecho extranjero, y tal es la influencia que ha ejercido que actualmente pareciera ser la opinión mayoritaria.

⁹⁹ Villarroel, C. y G. Villarroel, *Op. Cit.*, p. 85 y Picand, *Op. Cit.*, p. 188.

CAPÍTULO II:

NORMAS CHILENAS Y CONVENCIONES INTERNACIONALES: ESCASA REGULACIÓN Y TAREAS PENDIENTES

La falta de normas sobre la naturaleza, recepción y aplicación del derecho extranjero en Chile ha complicado el panorama para su comprensión, uniformidad y justa aplicación. Si bien la doctrina prefiere una aplicación de éste como derecho, el arraigo a la territorialidad no ha logrado un cambio de la jurisprudencia en este sentido, que todavía mantiene una posición vacilante y ecléctica, y por lo tanto, en las normas no se ha reflejado una actualización o innovación sobre el tema. Incluso, en ocasiones en las cuales el derecho extranjero sí ha sido regulado expresamente, aquello no significa una claridad completa en cuanto a las consecuencias procesales, como se analizará a continuación.

Para el estudio de las normas, se hará mención de las Teorías de Hecho y de Derecho a grandes rasgos, sin mayores distinciones, puesto que así es entendida en el sistema jurídico chileno y en la mayoría de la jurisprudencia, tanto chilena como extranjera, de modo que de nombrar una teoría en particular se hará expresamente.

2.1. Panorama en el Derecho Comparado

2.1.1. Países del Common Law

Aunque la regulación legislativa no es tan significativa como el precedente judicial, es interesante analizarla como una especie de marco que adecúa la actuación del juez, dependiendo de su amplitud o restricción con respecto al derecho extranjero y la elección de ley o *choice-of-law*.

Tradicionalmente los países del *common law* tratan el derecho extranjero como un hecho. Bajo la ley inglesa la referencia al derecho extranjero debe alegarse por la

parte, de igual forma que cualquier otro hecho, de tal manera que su alegación es completamente voluntaria¹⁰⁰. En tal sentido, el término *pleading* es un término formal para alegación o defensa, y cuyo ordenamiento de Normas Civiles del Procedimiento de 1998 inglés, reemplaza por *statement of case*¹⁰¹, para distinguir ambos conceptos. En caso que una parte no alegue la ley extranjera se debe aplicar la *lex fori*, regla que es denominada *default rule*¹⁰², cuya manifestación es transversal en algunos países europeos o americanos y se tratará en el Capítulo III de este trabajo, ya que involucra mucho más criterios jurisprudenciales que normas.

En otros países, como el australiano, han incrementado los esfuerzos para que se asegure que la ley extranjera sea correctamente entendida, adoptada y aplicada, así, el *Uniform Rule Committee* ha adoptado nuevas normas, como las *Uniform Civil Procedure Rules* del año 2005¹⁰³. También se han desarrollado otros *Memorandum* con otros Estados para crear una unión más fuerte en caso de solicitar información de los tribunales australianos, así con el Estado de Nueva York o Singapur¹⁰⁴.

En Estados Unidos, el sistema es muy similar al inglés, pero el juez tiene mayor libertad a la hora de singularizar la ley extranjera. La norma 44.1 de las *Federal Rules of Procedure* permite al juez “*considerar cualquier material relevante o fuente, incluyendo testimonios, aportados por las partes o no o admisibles por las Federal Rules of Evidence*”¹⁰⁵, al determinar la ley extranjera. En la práctica los tribunales

¹⁰⁰ Hausmann, Rainer (Enero/Febrero, 2008). *Pleading and Proof of Foreign Law – a Comparative Analysis*. [En línea]. *The European Legal Forum*, Sec. 1°. p. 5. Recuperado de: <<http://www.simons-law.com/library/pdf/e/878.pdf>> Consultado: 16 de octubre de 2017.

¹⁰¹ Hausmann, *Op. Cit.*, p. 5.

¹⁰² *Ibid*, p. 6 y Hartley, T. (abril, 1996) *Pleading and Proof of Foreign Law: The Mayor European Systems Compared* [En línea] *The Internacional and Comparative Law Quarterly*. Vol. 45 (2). p. 285. Recuperado de: <www.simons-law.com/library/pdf/e/878.pdf> Consultado: 17 de octubre de 2017.

¹⁰³ Brereton, *Op. Cit.*, p. 9.

¹⁰⁴ Aquellos corresponden a los *Memorandum of Understanding between the Supreme Court of Singapore and the Supreme Court of New South Wales on Reference of Questions of Law*, y *Memorandum of Understanding between the Chief Justice of New South Wales and the Chief Judge of the State of New York on Questions of Law* citados EN: Brereton, *Op. Cit.*, p. 10.

¹⁰⁵ Koehnen, M. (2000). *Proof of Foreign Law in Common Law Courts* [En línea] McMillan Binch, Toronto. p. 10. Recuperado de <<http://www.langmichener.ca/Files/PP%20->

normalmente solicitan a las partes la alegación y prueba del derecho extranjero, y sólo ejercitan este derecho amplio de investigación respecto de otras normativas de los Estados vecinos americanos, Canadá o Inglaterra¹⁰⁶. En Nueva York además los jueces, según las facultades otorgadas por el artículo 344, del *Civil Practice Act* pueden requerir información sobre el derecho extranjero, como símil a la Convención sobre Prueba e Información del Derecho Extranjero en Latinoamérica, cuyo texto prescribe: “*Judicial notice, of matter of law.*

A. Except as otherwise expressly required by law, any trial or appellate court, in its discretion, may take judicial notice of the following matters of law.

1. A law, statute, proclamation, edict, decree, ordinance, or the unwritten or common law of a sister state, a territory or other jurisdiction of the United States, or of a foreign country or political subdivision thereof.”

La investigación de oficio del juez norteamericano se ha materializado en la *Uniform Judicial Notice of Foreign Law Act* de 1936, la cual permite, como se había mencionado, terminar con la tradición probatoria de leyes de Estados hermanos y conocer el contenido sus leyes¹⁰⁷. Esto no implica que las partes estén exentas de alegar la ley, ya que la contraparte debe tener la oportunidad de defensa, pero aquella medida de oportunidad o la prueba adecuada obligatoria es tarea de los tribunales¹⁰⁸.

En los Estados Unidos de América en referencia a los medios de prueba, encontramos la *Uniform Proof of Statutes Act* de 1920, la cual señala que una ley o decreto extranjero puede ser probado sin la necesidad de un testimonio oral, sino por una copia oficial o no, comúnmente aceptada por los tribunales extranjeros, mientras

[%20Proof%20of%20Law%20in%20Common%20Law%20Courts,%20October%201999,%20IBA.PDF>](#)
Consultado: 18 de octubre de 2017.

¹⁰⁶ Koehnen, *Op. Cit.*, p. 10.

¹⁰⁷ Nussbaum, A. (1947). *Principios de Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma. p. 284.

¹⁰⁸ *Ibid*, pp. 285-286.

sea sobre ley escrita o *written law*¹⁰⁹. Además, la tradición norteamericana, en un afán más liberal, ha aceptado los *affidavits*, una especie de declaración ante funcionario competente, para suplir la prueba testimonial¹¹⁰. De todas formas, sobre la ley no escrita o *unwritten law*, la tradición jurisprudencial, como veremos, prefiere igualmente el testimonio de expertos.

Por otra parte, a pesar de que el precedente no es una característica propia de las decisiones jurisdiccionales que aplican el derecho extranjero (y que se analizará en el Capítulo III de esta tesis), también el juez americano se ha remitido a otras sentencias sobre asuntos del mismo derecho, aunque no de manera categórica, sí como referencia o consulta en el análisis de asuntos incidentales al que las partes no se han referido¹¹¹. En esta línea, en Inglaterra el *Civil Evidence Act* de 1972 le permite a las partes introducir como evidencia otros fallos del Reino Unido sobre asuntos que contengan elementos de derecho extranjero¹¹². Se discute la extensión del precedente, por cuanto parte de la doctrina sostiene que a pesar de que el precedente judicial o los medios de prueba son necesariamente obligatorios para el juez nacional, la interpretación de la norma extranjera, como se hace en el sistema foráneo, sí lo es, e incluso, utilizar los medios del sistema extranjero¹¹³ (excepción al *lex locus regit processum*).

Sobre recursos, como el de casación o revisión, hay pocas referencias. La ley procesal del Estado de Nueva York “*requiere que el tribunal que entiende en el caso incluya la determinación de la ley extranjera en los ‘considerandos’ de la sentencia y autoriza a la corte de apelaciones a realizar una investigación independiente, del mismo modo que aquél.*”¹¹⁴. Aunque hasta cierto punto la ley extranjera sea revisada,

¹⁰⁹ Nussbaum, *Op. Cit.*, pp. 285-286.

¹¹⁰ *Loc. Cit.*

¹¹¹ Koehnen, *Op. Cit.*, p. 11.

¹¹² *Loc. Cit.*

¹¹³ Nussbaum, *Op. Cit.*, pp. 291-292.

¹¹⁴ *Ibid*, p. 294.

no es capaz de alcanzar el estatus de precedente, sea por razones históricas, tradicionales o políticas, y es limitada sólo a fallos de tribunales inferiores.

Del análisis del tratamiento, en parte normativo y en parte jurisdiccional, del *common law*, a pesar de considerar el derecho extranjero como un hecho tradicionalmente, ha debido adaptarse a las necesidades jurídicas que inevitablemente conlleva la aplicación de una ley extranjera, atenuar el criterio de Hecho y permitir la actuación *ex officio* del juez, propendiendo a una mayor libertad en caso de investigación y utilización del precedente judicial.

2.1.2. Europa Continental y Unión Europea

El juez entra en conflicto con el dilema clásico del derecho extranjero: su carácter normativo es claro, pero su contenido le es desconocido. Aunque en muchos países de Europa está regulada normativamente la calificación del derecho extranjero, cómo se trata en el proceso su alegación y prueba todavía está dividido¹¹⁵.

En Alemania el derecho extranjero es calificado como derecho. El Artículo 293 del Código Procesal Civil alemán, se refiere a la ley de otros Estados como Derecho¹¹⁶, idea inspirada claramente en el pensamiento de Von Savigny. A la vez, el juez tiene el deber de investigar de oficio si no conoce la ley, sin atenerse completamente al principio *iura novit curia*. Por otro lado, las partes deben contribuir al conocimiento del tribunal, quien a su vez, no está obligado a seguir el contenido de la evidencia presentada por ellas. Además, el juez tiene la libertad de ayudarse con otros instrumentos internacionales, como la Convención sobre Información del Derecho Extranjero del Consejo Europeo de 1968¹¹⁷. A pesar de una notable similitud con su propia ley nacional, la ley alemana restringe el recurso de casación o *Revision* en caso de infracción a la ley extranjera; el artículo 545 del mismo código alemán,

¹¹⁵ Hausmann, *Op. Cit.*, p. 2.

¹¹⁶ Artículo 293 del Código de Procedimiento Civil alemán EN: Hausmann, *Loc. Cit.*

¹¹⁷ Hartley, *Op. Cit.*, p. 276.

señala que sólo procede por violación de la ley federal, criterio que continúa aplicándose por la Corte Federal Alemana¹¹⁸.

En Austria, la Ley de Derecho Internacional Privado de 1978, ordena en sus artículos 3° y 4°.1, que no sólo se debe aplicar *ex officio* por el tribunal sino que éste tiene el deber de averiguar su contenido por deber propio, e incluso, en su artículo 2° señala que es deber del juez aplicar ciertas normas de conflicto, a menos que las partes puedan disponer de la ley aplicable¹¹⁹.

En Suecia, luego de la adopción de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado de 1987, en su artículo 16 (1) se ordena a los jueces la aplicación de oficio de la ley extranjera. Pero su aplicación no es tan estricta; el juez puede solicitar ayuda a las partes para determinar el contenido del derecho extranjero, o las partes pueden disponer utilizar la *lex fori* al caso¹²⁰.

En Francia, en cambio, la tradición siempre ha considerado el derecho extranjero como un hecho. El tribunal no tiene la obligación o la facultad de investigar su contenido, cuestión que la *Cour de Cassation* todavía aplica más o menos generalmente, ya que con el tiempo ha debido actualizar su práctica y ampliar el estricto criterio de hecho. Antiguamente el deber de alegar y probar la ley extranjera le correspondía a la parte cuya pretensión estaba gobernada por la ley extranjera, no por quien simplemente la alegaba. Aquella regla se denominaba *Lautour-Thinet*, nombrada así por dos casos de 1948 y 1984 de la *Cour de Cassation*¹²¹. En la actualidad la Corte de Casación francesa desde 1991, continúa requiriendo la alegación y prueba de la ley extranjera a las partes, pero ahora la parte que desee disponer de la ley aplicable debe alegar que la aplicación de una ley extranjera acarrearía efectos distintos de la aplicación de la ley francesa, como una especie de *default rule*. Por otro lado, al igual que sucede en Latinoamérica, las convenciones

¹¹⁸ Hartley, *Op. Cit.*, p. 276 y Hausmann, *Op. Cit.*, p. 2.

¹¹⁹ Hausmann, *Op. Cit.*, p. 9.

¹²⁰ *Loc. Cit* y Hartley, *Op. Cit.*, p. 277.

¹²¹ Hausmann, *Op. Cit.*, p. 10 y Hartley, *Op. Cit.*, p. 280.

internacionales son poco aplicadas debido a su desconocimiento, como por ejemplo la Convención sobre Información del Derecho Extranjero de 1968.

En Italia, cuya corriente es la del derecho incorporado, en el antiguo Código Civil italiano de 1942 en las *disposizioni preliminari*, la *Corte di Cassazione* presumía que la carga de la prueba correspondía a la parte que lo alegaba. Actualmente el nuevo Código de Derecho Internacional Privado de 1995 en su artículo 14(1) señala: “*El juez tiene que determinar la ley aplicable bajo su propia motivación.*”¹²², así las cosas, la doctrina que aplicaba el derecho extranjero estrictamente a petición de parte se ha abandonado; el juez tiene el deber de investigarlo de oficio y conocer su contenido¹²³.

En España, la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 ordena en su artículo 281.2: “*También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. (...) El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.*” De este texto damos cuenta que el legislador español separó claramente el derecho extranjero de los meros hechos¹²⁴, cuestión que parece adecuada ante una eventual regulación. Y el artículo 12.6 del Código Civil español al respecto prescribe: “*Los tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español.*”. Ante lo señalado por la ley, la doctrina mayoritaria española estima que el derecho extranjero, por regla general, debe ser probado, por regla general a instancia de parte, limitándose a su contenido y a su vigencia, como

¹²² Hausmann, *Op. Cit.*, p. 11 [Traducción propia]. Otro documento traducido al español señala: Artículo 14.- Aplicación de la Ley Extranjera:

1. La determinación de la ley extranjera aplicable corresponde al Juez de oficio. Para este fin el juez puede utilizar, además de los instrumentos indicados por los convenios internacionales, las informaciones obtenidas por intermedio del Ministerio de Justicia, y puede también interrogar expertos o a instituciones especializadas.

2. Cuando, aun con el concurso de las partes, el juez no puede llegar a establecer la ley extranjera indicada, el juez determinará la ley aplicable mediante los otros criterios de relación previstos eventualmente para la misma hipótesis normativa. En su defecto se aplica la ley italiana.

¹²³ *Loc. Cit.*

¹²⁴ Calvo Caravana, A. y J. Carrascosa González (2016). *Derecho Internacional Privado*. 16° ed. Granada, España: Comares. Vol. I. p. 257.

objeto diverso a los meros hechos procesales¹²⁵. La doctrina ha entendido que muchos aspectos procesales sobre el derecho extranjero no cubiertos por la norma antes citada, se solucionan con la práctica judicial, por ello el artículo no es categórico en la calificación del derecho extranjero. Por ejemplo, la norma guarda silencio sobre la alegación o la falta de ésta, el momento procesal, o los medios de prueba adecuados, entre otras consecuencias procesales¹²⁶. Si se está conteste que el primer artículo impone a las partes la carga de la prueba, y el segundo indica la aplicación *ex officio* por el tribunal español¹²⁷. Se espera razonablemente de las partes un deber de diligencia subjetiva, es decir, que cumplan con entregar al tribunal un conocimiento adecuado del derecho extranjero a aplicar, agotando los medios de prueba posibles¹²⁸ acreditándolo, sin llegar a convertirse en una obligación imposible. El juez por otro lado, de acuerdo a la norma, tiene un *deber* o una *facultad*, según el caso, para investigar la ley extranjera¹²⁹. El gran valor de la legislación española se manifiesta en sus artículos 12.6 del Código Civil y 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los cuales regulan dos efectos de la aplicación del derecho extranjero; primero, se regula la norma de conflicto en un caso concreto¹³⁰, y segundo, la prueba del derecho extranjero, su contenido y vigencia, a instancia de parte¹³¹. Ambas normas se complementan, y además, este último artículo establece una regla general y una excepción; la regla general indica que el tribunal no conoce el derecho extranjero, y por lo tanto, la parte cuya pretensión se fundamenta en él debe alegarlo y probarlo; y

¹²⁵ Martínez Rivas, F. (2010). *La prueba del Derecho extranjero en la Jurisprudencia Española* [En línea]. Tesis para optar al Grado de Doctor en Derecho. Murcia, España: Facultad de Ciencias Jurídicas y de la Empresa, Departamento de Ciencias Jurídicas Sociales y de la Empresa. pp. 40-41. Recuperado de: <<http://repositorio.ucam.edu/handle/10952/692>> Consultado: 28 de octubre de 2017 y Calvo Caravana, A. y Carrascosa González J., *Op. Cit.*, p. 257.

¹²⁶ Martínez, *Op. Cit.*, p. 41.

¹²⁷ Garcimartín Alférez, F. (2014). *Derecho Internacional Privado*. Navarra, España: Thomson Reuters. 2º ed. p. 248.

¹²⁸ *Ibid*, p. 250.

¹²⁹ *Loc. Cit.*

¹³⁰ Martínez, *Op. Cit.*, p. 239.

¹³¹ Calvo Caravana, A. y Carrascosa González J., *Op. Cit.*, p. 257.

la excepción, en cambio, se produce cuando el tribunal conoce el derecho extranjero, volviendo en innecesaria su prueba¹³².

En cuanto a los medios de prueba, los artículos 299 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los permiten de forma amplia¹³³, aunque comúnmente se utilizan los documentos públicos, el testimonio de expertos y los indicados en convenios internacionales. Los artículos 477 y siguientes del Código referido contemplan el recurso de casación, mientras la infracción sea con respecto al derecho nacional¹³⁴.

De todos los casos expuestos, a pesar que la normativa se haga cargo de la naturaleza de la ley extranjera, su introducción al proceso no por ello carece de problemáticas, es decir, no queda resuelto con esta sola regulación. Se debe también regular la aplicación *ex officio* o la estricta alegación de parte¹³⁵, como, por ejemplo, señala el derecho español, la forma de aplicación e interpretación y el recurso de casación, por nombrar las consecuencias más relevantes. Es imperativa una regulación que permita de forma amplia al juez resolver los asuntos procesales referentes al derecho extranjero. Pareciera ser éste el escenario más adecuado para regular un asunto que todavía no tiene límites fijos en el procedimiento. El ejemplo español es un modelo que efectivamente permite esta mayor libertad a los tribunales. Aunque la legislación no se pronuncia por una cantidad razonable de problemáticas, no restringe la naturaleza del derecho y por lo tanto, se concentra en el conocimiento y consecuencias del derecho extranjero, el derecho de las partes a aplicarlo y el deber del juez se ve atenuado, y a la vez fortalecido en los casos de aplicación imperativa, como también se verá más adelante en el Capítulo IV de esta tesis.

Con respecto a la Unión Europea, los esfuerzos para llevar a cabo una correcta asistencia judicial internacional han sido continuos en el tiempo y apuntados al ámbito procesal internacional. La asistencia judicial se orienta a ciertos actos

¹³² Calvo Caravana, A. y Carrascosa González J., *Op. Cit.*, pp. 258-259.

¹³³ *Ibid*, pp. 260-262 y Martínez, *Op. Cit.*, p. 119.

¹³⁴ Garcimartín, *Op. Cit.*, pp. 254-255.

¹³⁵ Hausmann, *Op. Cit.*, p. 3.

procesales relevantes; el régimen de notificaciones y comunicaciones en territorio extranjero, la realización de actos de instrucción, particularmente de prueba y finalmente el requerimiento relativo a la información sobre derecho extranjero aplicable¹³⁶, como también el cumplimiento de las resoluciones judiciales o el cumplimiento de medidas cautelares¹³⁷. Para poner en práctica la cooperación internacional, una de las primeras necesidades era procurar la eficacia de las sentencias extranjeras en los otros Estados miembros y para ello se han creado varios convenios, comenzando por el Convenio de Bruselas de 1968. El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea en su artículo 65 establece la competencia para elaborar normas para la cooperación judicial en materia civil, dentro del cual en su numeral 3° incluye: “c) *eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros.*” . Este nivel de armonización entre las legislaciones sólo es posible si se busca la máxima aplicación del derecho extranjero cuando fuere el caso y al mismo tiempo implica una base legal posible para que la Unión Europea imponga la prueba de oficio del derecho extranjero por el tribunal¹³⁸.

En tanto derecho extranjero aplicable, el Convenio europeo acerca de la información sobre el Derecho Extranjero de 1968, es uno de los más relevantes en la materia. Este convenio también ha sido ratificado por México, e implica que los Estados parte deben informar sobre el Derecho, procedimientos y organización judicial extranjera¹³⁹. La información sobre la cual se puede colaborar dice relación con materias civiles y mercantiles, extendiéndose a materias laborales o administrativas. Ahora, en cuanto a la aplicación de la ley extranjera, no hay convenios de la Unión

¹³⁶ Fernández Rozas, J. y Sánchez Lorenzo, S. (2015). *Derecho Internacional Privado*. 8va. Ed. Navarra, España: Thomson Reuters. pp. 285-290.

¹³⁷ Mansilla Mejía, M. (2005). *Análisis de la convención europea sobre información relativa al Derecho Extranjero*. [En línea]. *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Sin Vol. (243). p. 71. Recuperado de: <www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/download/61383/54091> Consultado: 10 de marzo de 2018.

¹³⁸ Calvo Caravana, A. y J. Carrascosa González, *Op. Cit.*, p. 255.

¹³⁹ Mansilla, *Op. Cit.*, p. 72.

que regulen tal materia específicamente, de allí que cada Estado regule individualmente la materia y se genere tanta confusión debido a los diversos tratamientos procesales del derecho extranjero. Esta gran diversidad procesal genera un obstáculo al buen funcionamiento dentro de la Unión Europea y por ello es que se debe propender a una ley que gobierne la aplicación de las leyes de los diversos estados partes de la comunidad europea¹⁴⁰. La contribución de esta especie de convenios, de la cual también hay un símil latinoamericano, es que facilitan la comunicación y respuesta legal entre Cortes de diferentes Estados, reducen el riesgo de malas traducciones y evitan la utilización de ficciones como la utilización de la *lex fori* en razón de que su contenido sea el mismo que el derecho extranjero, además contribuyen a la legitimación de las decisiones tomadas por el juez que aplica el derecho extranjero, puesto que aplica o al menos tiene en sus manos información mucho más fidedigna al texto actual de la ley extranjera, a la que podrían entregar las partes o peritos eventualmente¹⁴¹.

Finalmente se han propuesto varias opciones para remediar los problemas del derecho extranjero: armonizar las normas procesales en la Comunidad Europea que tratan el derecho extranjero y su aplicación en casos de conflictos de ley, por ejemplo, la propuesta sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, a las obligaciones no contractuales, a la jurisdicción y la introducción de reglas concernientes aplicables en materias de matrimonio, entre otras¹⁴².

2.1.3. Otros Ordenamientos Latinoamericanos

De los países cercanos, la influencia de otros sistemas es evidente, pero Chile en su momento tuvo gran importancia a la hora de establecer un parámetro para el derecho

¹⁴⁰ Hausmann, *Op. Cit.*, p. 13.

¹⁴¹ Brereton, *Op. Cit.*, p. 11.

¹⁴² See *Proposal for a Regulation on the law applicable to contractual Obligations, Regulation on the law applicable to non-contractual Obligations, Proposal for a Regulation amending Regulation as regards jurisdiction and introducing rules concerning applicable law in matrimonial matters, Proposal for a Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, Green Paper on conflicts of laws in matters concerning matrimonial property, including the question of jurisdiction and mutual recognition, and see Green Paper succession and wills*, citadas EN: Hausmann, *Op. Cit.*, p. 14.

extranjero en los procesos de codificación Latinoamericanos¹⁴³. El territorialismo, como principio antagónico a la aplicación de elementos extranjeros, era dominante en el incipiente desarrollo jurídico de Latinoamérica, tanto así, que los primeros Códigos no contenían nada sobre la aplicación de una ley extranjera, e inclusive algunos todavía no lo contemplan¹⁴⁴. En general la Teoría de Hecho es la que ha influenciado gran parte del pensamiento Latinoamericano¹⁴⁵, como se verá en los párrafos siguientes.

En Argentina, el Código Civil anteriormente señalaba en su artículo 13: *“La aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este Código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes exceptúanse las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República por convenciones diplomáticas, o en virtud de ley especial.”*. Tal influencia fue tomada del proyecto brasileño de Teixeira de Freitas, y se extendió a otros países; al artículo 13 del Código Civil de Paraguay, al artículo VII del Código Civil de Nicaragua y al artículo 2371 del Código Civil de Honduras¹⁴⁶. En la actualidad, luego de la reforma del año 2014, este artículo ha sido modificado y el artículo 4to., con idéntico contenido que nuestro artículo 14, prescribe: *“Artículo 4º. Ámbito subjetivo: Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, residentes, domiciliados o transeúntes, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales.”*.

Además, la reforma del 2014 sí tuvo en cuenta disposiciones de Derecho Internacional Privado, las cuales se encuentran en el Título IV. Al respecto los artículos 2594 y 2595 dan cuenta de un desarrollo con respecto a la antigua calificación de Hecho del antiguo artículo 13. El primero de ellos ordena: *“Artículo 2594. Normas aplicables. Las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por los tratados y las*

¹⁴³ Samtleben, *Op. Cit.*, pp. 374-375.

¹⁴⁴ *Ibid*, p. 392 y p. 398, el autor señala, por ejemplo el caso de Bolivia.

¹⁴⁵ Guzmán, *Op. Cit.*, p. 331.

¹⁴⁶ Samtleben, *Op. Cit.*, p. 394.

convenciones internacionales vigentes de aplicación en el caso y, en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas del derecho internacional privado argentino de fuente interna.”. La modificación es clara y difiere de la aplicación general del derecho argentino, y por consiguiente del principio de territorialidad, más bien, aplica en un primer momento en asuntos con elementos internacionales, las fuentes internacionales para resolver el conflicto. Si bien es un avance, la norma sólo menciona los tratados y convenciones internacionales vigentes *para el derecho argentino*, las cuales se califican como tal, es decir, como parte de su ordenamiento, y no se pronuncia por las normas de otros Estados. Ahora, el artículo siguiente indica: “*Artículo 2595. Aplicación del derecho extranjero. Cuando un derecho extranjero resulta aplicable:*

a) el juez establece su contenido, y está obligado 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. Si el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido se aplica el derecho argentino;(...)”. El contenido de la norma señala varios puntos con respecto a la aplicación de la ley extranjera; primero, no se pronuncia sobre la naturaleza del derecho extranjero y tampoco sobre la necesidad de prueba, sólo indica que *el juez establece su contenido* pero luego, *que las partes pueden alegar y probar la existencia de la ley invocada*. No aclara de ninguna forma esta disposición, puesto que la expresión “pueden” es ambigua, ya que podría ser interpretada de tal forma que alegar y probar el derecho extranjero es una *facultad*, es decir, una acción voluntaria y no obligatoria para las partes, y además que al poder “alegar y probar” la existencia de la ley extranjera, ésta será considerada un hecho, puesto que la prueba es una actividad exclusivamente orientada a los hechos del caso. Segundo, la interpretación está en concordancia con la influencia de Goldschmidt, en relación con la Teoría del Uso Jurídico y la calificación de hecho de la ley extranjera, que añade un punto para considerarla un hecho de la causa. Y tercero, finalmente termina con la aplicación supletoria de la ley argentina en caso de no ser posible la determinación de su contenido, lo cual nos lleva a la *default rule* del derecho anglosajón, sin que se pueda determinar si la falta de contenido del derecho extranjero provenga de un caso de fuerza mayor que

imposibilite su contenido o provenga de la falta de voluntad de las partes de no aplicar una cierta legislación extranjera.

En cuanto a los medios de prueba adecuados para tal tarea, las normas en el Código Civil no indican ninguno en especial, y por lo tanto, el trabajo de adecuación se radica en la jurisprudencia, permitiendo varios medios de prueba de forma laxa, aunque con discrepancias y excepciones¹⁴⁷. A este respecto, el Código Civil Peruano, en cambio, en su título preliminar contiene las siguientes reglas, que regulan los medios de prueba a instancia de parte e implícitamente otorga facultades discrecionales al juez de oficio sobre el conocimiento de la ley extranjera: *“Regla XI: Las partes litigantes pueden ofrecer las pruebas que tengan por conveniente sobre la existencia de la ley extranjera y su sentido, pero si la actuación de la prueba corresponde al juez, éste puede negar o restringir los medios que no considere idóneos.”*, *“Regla XII: Los jueces pueden solicitar, del 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.”* y *“Regla XIII: La Corte Suprema está autorizada para contestar las consultas que se le dirijan por un tribunal extranjero, por la vía diplomática, sobre los puntos del derecho nacional.”* Por último, el concepto de hecho notorio (tratado también en la jurisprudencia), no sólo abarca un conocimiento definido, sino también la posibilidad de que los componentes de una relación jurídica tengan a su alcance medios para llegar a un cierto conocimiento¹⁴⁸, extendiendo su acceso y posibilidad de investigación, corriente que prefiere la doctrina argentina.

En Brasil es necesario probar el derecho extranjero cuando el tribunal lo desconociere, posición que admite, al menos indirectamente, el conocimiento propio del juez sobre la ley extranjera, tema que no todos los países aplican o distinguen, permitiéndole al juez una actuación más activa¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Romero del Prado, *Op. Cit.*, pp. 548-552 y Goldschmidt (1985), *Op. Cit.*, pp. 507-509.

¹⁴⁸ Sentís, *Op. Cit.*, p. 131.

¹⁴⁹ Samtleben, *Op. Cit.*, p. 401.

El Código Civil Guatemalteco en su artículo 20, siguiendo la calificación de Hecho, prescribe: “*El que funde su derecho en leyes extranjeras deberá probar la existencia de éstas. No obstante, las leyes extranjeras no serán aplicables cuando se opongan a las leyes de orden público.*”. Y, al igual que en Argentina, no indica medios de pruebas idóneos para tal fin.

En México, antiguamente el Código Civil se refería a la ley extranjera como un hecho. Actualmente la disposición del artículo 284 del Código de Procedimientos Civiles de 1932 señala: “*Sólo los hechos están sujetos a pruebas; el derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras o en usos, costumbres o jurisprudencia.*”. Interesante es notar que el Código mexicano señala al derecho extranjero como Derecho, pero sometido al régimen de prueba, y por lo tanto, refuerza la idea de que la naturaleza del derecho extranjero por sí misma no resuelve todos los asuntos procesales en torno a éste¹⁵⁰. Como medios de prueba se reconocen la información entregada por el Ministerio de Asuntos Exteriores, certificados consulares sobre la existencia de una ley o el peritaje, y a diferencia de la antigua posición en los Estados Unidos de América, no es necesaria la prueba de las leyes de otros Estados mexicanos¹⁵¹. Además, el Código Civil Federal Mexicano en sus artículos 12, 13, 14 y 15 regula la aplicación de la ley y casos de aplicación de la ley extranjera, en un esfuerzo considerablemente mayor al de otros Estados Latinoamericanos de regular una materia tan crucial. El primero de ellos señala: “*Las leyes mexicanas rigen a todas las personas que se encuentren en la República, así como los actos y hechos ocurridos en su territorio o jurisdicción y aquéllos que se sometan a dichas leyes, salvo cuando éstas prevean la aplicación de un derecho extranjero y salvo, además, lo previsto en los tratados y convenciones de que México sea parte.*”. Es evidente la similitud con nuestro artículo 14 del Código Civil, pero damos cuenta que el artículo mexicano debilita la preponderancia del principio de territorialidad en caso de aplicar un derecho extranjero. Incluso regula la forma de aplicación del derecho extranjero, la cual se interpretará según los parámetros del

¹⁵⁰ Samtleben, *Op. Cit.*, p. 396.

¹⁵¹ *Ibid*, pp. 396-397.

juez de cuyo país proviene el Derecho, y también los límites a su aplicación¹⁵². Esta regulación es una notable muestra de cambios sobre la materia en Latinoamérica, precaviendo situaciones concretas del procedimiento, tales como su interpretación y forma de aplicación.

¹⁵² Los otros artículos señalan; Artículo 13.- La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas:

I. Las situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades de la República o en un Estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas;

II. El estado y capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio;

III. La constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, así como los contratos de arrendamiento y de uso temporal de tales bienes, y los bienes muebles, se regirán por el derecho del lugar de su ubicación, aunque sus titulares sean extranjeros;

IV. La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren. Sin embargo, podrán sujetarse a las formas prescritas en este Código cuando el acto haya de tener efectos en el Distrito Federal o en la República tratándose de materia federal; y

V. Salvo lo previsto en las fracciones anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos de que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho.

Artículo 14.- En la aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente:

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;

II. Se aplicará el derecho sustantivo extranjero, salvo cuando dadas las especiales circunstancias del caso, deban tomarse en cuenta, con carácter excepcional, las normas conflictuales de ese derecho, que hagan aplicables las normas sustantivas mexicanas o de un tercer estado;

III. No será impedimento para la aplicación del derecho extranjero, que el derecho mexicano no prevea instituciones o procedimientos esenciales a la institución extranjera aplicable, si existen instituciones o procedimientos análogos;

IV. Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, no deberán resolverse necesariamente de acuerdo con el derecho que regule a esta última; y

V. Cuando diversos aspectos de una misma relación jurídica estén regulados por diversos derechos, éstos serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales derechos. Las dificultades causadas por la aplicación simultánea de tales derechos se resolverán tomando en cuenta las exigencias de la equidad en el caso concreto. Lo dispuesto en el presente artículo se observará cuando resultare aplicable el derecho de otra entidad de la Federación.

Artículo 15.- No se aplicará el derecho extranjero:

I. Cuando artificiosamente se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión; y

II. Cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano.

En el caso de países como Bolivia o República Dominicana, la situación es aún más precaria, ya que no se encuentra actualmente una regulación en absoluto de la materia¹⁵³. En Cuba, en cambio, luego de la promulgación del nuevo Código Civil de 1987, éste contiene normas similares a las contenidas en el título preliminar de nuestro Código Civil, relativas a la situación de las personas, bienes y la celebración de contratos, y particularmente, el artículo 19 del Código Civil Cubano se refiere a la ley extranjera, aunque de manera excluyente, es decir, cuando aquella no se aplica¹⁵⁴.

Entre Ecuador y Colombia rige el Tratado de Lima de 1878, que en su artículo 55 indica: *“Corresponde al que invoca una ley extranjera y pide su aplicación conforme a los títulos precedentes, probar la existencia de dicha ley.”*. Actualmente el Código de Procedimiento Civil Colombiano señala en su artículo 188: *“El texto de las leyes extranjeras deberá reducirse a copia auténtica de oficio o a solicitud de parte.”*, en razón a que previo a este artículo los tribunales eran muy estrictos a la hora de apreciar la prueba entregada por las partes¹⁵⁵, entregando ahora un mayor grado de certeza para determinar los medios permitidos.

2.2. Normas de Códigos Nacionales

Ante la norma de conflicto nacional, cuya orden es aplicar una norma extranjera, el juez chileno se encuentre inmediatamente en el predicamento sobre el tratamiento procesal y el conocimiento de la ley extranjera. En la práctica, las diferencias entre una norma nacional y una extranjera son evidentes; el contenido de la ley extranjera le es desconocido al juez nacional, o al menos, en un sentido acabado de estudio y,

¹⁵³ Samtleben, *Op. Cit.*, p. 398.

¹⁵⁴ Por ejemplo, los artículos del título preliminar que se refieren a la eventual aplicación de una ley extranjera; *“ARTÍCULO 12.1. La capacidad civil de las personas para ejercer sus derechos y realizar actos jurídicos se rige por la legislación del Estado del cual son ciudadanas.”*, *“ARTÍCULO 13.1. La forma de los actos jurídicos civiles se rige por la legislación del país en que se realizan.”*, *“ARTÍCULO 14.1. Los actos jurídicos civiles relativos a bienes muebles e inmuebles y sus formalidades se rigen por la legislación del Estado en que están situados.”*, *“ARTÍCULO 17. A falta de sumisión expresa o tácita de las partes, las obligaciones contractuales se rigen por la ley del lugar de ejecución del contrato.”* y *“ARTÍCULO 21. La ley extranjera no se aplica en la medida en que sus efectos sean contrarios a los principios del régimen político, social y económico de la República de Cuba.”*

¹⁵⁵ Samtleben, *Op. Cit.*, p. 399.

además, la forma en que debe aplicar, interpretar o regular en el proceso tal norma le son, al menos, difíciles de asimilar en un procedimiento que está diseñado casi exclusivamente para la *lex fori*.

Luego de la promulgación y publicación de una ley nacional, según lo prescrito por el artículo 8° del Código Civil, ésta se presume conocida por todos, y se espera que el juez nacional aplique una ley sólo cuando conoce exactamente su contenido¹⁵⁶. Aunque parte de la doctrina considere que se remite sólo al derecho nacional¹⁵⁷, el primer problema es dilucidar cómo el juez llega a conocer este contenido, y, además cómo superar las barreras del lenguaje o de interpretación, considerando el sistema jurídico completo de aquella norma¹⁵⁸.

Ante estas problemáticas el sistema jurídico nacional prácticamente no tiene respuesta alguna, sólo algunas normas aisladas, que a continuación se señalan.

En nuestro ordenamiento se hallan escasas normas que se refieren al derecho extranjero, siendo el artículo 411 del Código de Procedimiento Civil, el único que menciona el tratamiento procesal de la legislación extranjera de forma explícita, señalando: “*Podrá también oírse el informe de peritos: (...) 2°: Sobre puntos de Derecho referentes a una legislación extranjera*”. La interpretación dada por la doctrina y jurisprudencia se ha prestado para fundamentar la recepción del derecho extranjero tanto conforme a las Teorías de Hecho como a las Teorías de Derecho.

El artículo precedente no sostiene nada en cuanto la naturaleza jurídica del derecho extranjero, sino más bien regula su prueba y conocimiento. Por lo tanto, cualquier conclusión de la doctrina deriva de la suposición desde la prueba hacia su naturaleza. Quienes sostienen las Teorías de Hecho señalan que, como únicos puntos materia de prueba son los hechos, si el derecho extranjero admite prueba,

¹⁵⁶ Guzmán, *Op. Cit.*, p. 331.

¹⁵⁷ Etcheberry, A. (1960). *American-Chilean Private International Law*. Nueva York, Estados Unidos: Oceana. (Bilateral Studies in Private International Law, N° 10). p. 83.

¹⁵⁸ Duncker, *Op. Cit.*, p. 356.

entonces éste es un hecho de la causa, determinando así su naturaleza¹⁵⁹. José Bernardo Lira, uno de los redactores del Código de Procedimiento Civil, señaló que al juez no le consta la verdad del derecho extranjero, ya que no se encuentra dentro de su conocimiento o en los Códigos, volviendo imperativa su prueba¹⁶⁰. E incluso, que sea facultativo no es un punto tan relevante, sino más bien que se acepta como medio idóneo de prueba un medio que se utiliza para la prueba de los hechos¹⁶¹.

Quienes sostienen las Teorías de Derecho señalan, en cambio, que a partir de otra interpretación la palabra *podrá* (y no *deberá*), señala una posibilidad de las partes para valerse de ese medio de prueba¹⁶². Al ser ésta facultativa, permitiría probar el derecho extranjero por otros medios, o incluso no sería necesaria, ya que la prueba sólo es imperativa si el juez de la causa desconoce tales o cuales hechos, razón última por la cual puede probarse o no hechos del conflicto¹⁶³. Según esta posición, y en opinión de José Clemente Fabres, el sistema que se adoptó en el Código fue la Teoría de Derecho, bajo las influencias de la teoría de Savigny, de modo que no necesita prueba para su efectiva aplicación por los tribunales nacionales¹⁶⁴. Además, de acuerdo a la historia del Código de Procedimiento Civil, la expresión *deberá* fue modificada por la comisión revisora, otorgándole el carácter facultativo definitivo¹⁶⁵.

Como acertadamente sostiene Ramírez Necochea, quien critica la Teoría de Hecho: *“Esta última doctrina supone que el derecho no puede, como tal, ser objeto de prueba; basta con recordar los arts. 4 y 5 del C. de C., que indican medios para*

¹⁵⁹ Guzmán, *Op. Cit.*, p. 343.

¹⁶⁰ Picand, E. (2016). *La ley extranjera y su aplicación en el derecho chileno*. Material de apuntes de clases de Derecho Internacional Privado. p. 147 y Guzmán, *Op. Cit.*, p. 343.

¹⁶¹ Al respecto Carvajal, *Op. Cit.*, p. 60.

¹⁶² Guzmán, *Op. Cit.*, p. 343, Duncker, *Op. Cit.*, p. 368, Canelo, C. (2014). *Derecho Procesal Internacional*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. pp. 95-96 y Albónico Valenzuela F. (1943). *El Derecho Internacional Privado ante la Jurisprudencia Chilena*. Santiago, Chile: Nacimiento. p. 18. (Colección de Estudios Jurídicos n° XI bajo la dirección de Luis Barriga Errázuriz), el último autor, en referencia al antiguo artículo 413, con el mismo contenido del artículo actual 411 del Código de Procedimiento Civil.

¹⁶³ Ramírez Necochea, *Op. Cit.*, p.78.

¹⁶⁴ Albónico, *Op. Cit.*, p. 19 y Duncker, *Op. Cit.*, p. 345.

¹⁶⁵ Guzmán, *Op. Cit.*, p. 343, Duncker, *Op. Cit.*, p. 368 y Albónico, *Loc. Cit.*

*probar las costumbres mercantiles constitutivas de derecho, para rechazar dicha afirmación.*¹⁶⁶. El autor también sostiene que, al menos en lo que sí podemos estar claros, es la admisibilidad del peritaje como medio idóneo para probar el derecho extranjero¹⁶⁷. En concordancia, Carola Canelo indica que el legislador claramente diferencia entre el informe de peritos requerido para el conocimiento especial de alguna ciencia o arte y el referente a puntos de derecho de una legislación extranjera, recalcando que el legislador ha expresado que se recibe el informe sobre *puntos de derecho*, expresión que denota la naturaleza del derecho extranjero¹⁶⁸. Por otro lado, Federico Duncker también sostiene que el juez puede solicitar de oficio el informe de peritos como una medida para mejor resolver, reafirmando su carácter facultativo con respecto a otros medios de prueba¹⁶⁹.

A su vez, el artículo 160 del Código de Procedimiento Civil señala: “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,...”. En la misma línea que el artículo 411, según la Teoría de Hecho, el juez debe dictar sentencia de acuerdo al mérito del proceso, así si ninguna de la partes alega el derecho extranjero, no puede el juez pronunciarse sobre él, ni siquiera mediante su investigación de oficio¹⁷⁰. Por otro lado, según la Teoría de Derecho, esta norma no excluye del mérito del proceso el derecho extranjero, y al ser éste un derecho, está por sobre el mérito del mismo y no debe ser probado por las partes para que el juez falle de acuerdo a él¹⁷¹.

¹⁶⁶ Ramírez Necochea, M. (1967). *La infracción de la Ley Extranjería frente al Tribunal de Casación*. [En línea] Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Vol. 7 (7). Recuperado de <<http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/viewArticle/10313/10369>> consultado: 28 de septiembre de 2017.

¹⁶⁷ Ramírez Necochea (1967), *Op. Cit.*

¹⁶⁸ Carola Canelo, *Op. Cit.*, p. 96.

¹⁶⁹ Duncker, *Op. Cit.*, p. 369 y Carvajal, *Op. Cit.*, p. 65.

¹⁷⁰ Villarroel, C. y G. Villarroel, *Op. Cit.*, p. 74.

¹⁷¹ Guzmán, *Op. Cit.*, p. 343 y Duncker, *Op. Cit.*, p. 368.

El artículo 1462 del Código Civil fue interpretado inicialmente por la jurisprudencia chilena como una norma que contenía también una mención indirecta a la legislación extranjera y que imponía como sanción de objeto ilícito al acto o convención que implicara el sometimiento de la relación jurídica a una jurisdicción extranjera. Actualmente la jurisprudencia y la doctrina están contestes en no considerar, de forma general, el sometimiento a una jurisdicción extranjera como un objeto ilícito, pues esta sanción tenía como objeto la sujeción a una jurisdicción eclesiástica y no de otros Estados¹⁷². Esta conclusión se refuerza por la creciente normativa que faculta a las empresas públicas y a los particulares a la sumisión por la legislación y jurisdicción de Estados extranjeros, en este sentido, por ejemplo el D.L. 2349 de 1978¹⁷³. El Estado chileno sí reconoce la jurisdicción de otros Estados, y ello es patente, por ejemplo, en el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. En definitiva, la redacción actual de este artículo no es más que un resabio de la lucha de la ley nacional como imperante y obligatoria frente al derecho eclesiástico.

De la legislación sustantiva, las principales normas sobre relaciones jurídicas internacionales privadas son los artículos 14 a 18 del Código Civil. Esta especie de *mini-código* es la base normativa del Derecho Internacional Privado del Código Civil, regulando materias tan relevantes como la ley aplicable dentro del Estado chileno o la situación de la persona o bienes. Estos artículos contienen normas unilaterales y de limitado contenido, que no alcanzan a solucionar todos los problemas que se suscitan dentro de la materia¹⁷⁴. A pesar de su importancia, de ellas no podemos extraer alguna conclusión sobre el derecho extranjero propiamente tal, aunque sí principios que se refieren a él, como el famoso principio de la territorialidad o también el *lex rei sitae*. Sí existen dentro del Código otras normas que se remiten al derecho extranjero, generalmente atributivas, pero ninguna hace referencia a la forma en que

¹⁷² Ríos de Marimón, *Op. Cit.*, p. 170 y pp. 203-204.

¹⁷³ Ramírez Necochea (2010), *Op. Cit.*, p. 18.

¹⁷⁴ Mereminskaya, E. (2007). *Las paradojas del derecho internacional privado chileno*. [En línea] *Revista del Magister y Doctorado en Derecho*, sin Vol. (1). p. 141. Recuperado en: <<http://www.rmdd.uchile.cl/index.php/RMDD/search>> Consultado: 12 de septiembre de 2017.

éste debe aplicarse o la calificación jurídica del mismo, por lo que no se analizarán para este trabajo.

Ante la gran falta de normas sobre el derecho extranjero, los criterios jurisprudenciales han tenido un papel preponderante en responder varias de las inquietudes que no logran las normas jurídicas referentes al tema. Algunos de ellos son; la forma de aplicación del derecho extranjero, la procedencia o no del recurso de casación, la falta de prueba o insuficiencia de ella, límites en la aplicación de una ley extranjera, entre varios otros. Y aunque la jurisprudencia tampoco resuelve por sí misma aquellas interrogantes, sí toma de otros ordenamientos algunos criterios, generando patrones que podrían plasmarse posteriormente en alguna regulación normativa, o al menos en precedentes uniformes, como el ejemplo de la jurisprudencia española.

Actualmente se hacen esfuerzos para regular el Derecho Internacional Privado de una mejor manera, incluyendo la regulación del derecho extranjero como tal, aunque estos esfuerzos se encuentran en una etapa temprana¹⁷⁵.

2.3. Convenciones Internacionales

Las convenciones internacionales constituyen el principal recurso para el estudio de la naturaleza del derecho extranjero en Chile. Al contrario de alguna tendencia normativa latinoamericana, en numerosos tratados internacionales la respuesta ha sido contraria¹⁷⁶, es decir, calificar al derecho extranjero como Derecho, ampliando las facultades investigativas del juez y aplicación de oficio. Contradictoriamente, Chile presenta una baja adhesión a los convenios internacionales de la OEA o de las Conferencias de la Haya para el Derecho Internacional Privado¹⁷⁷. Varias medidas se

¹⁷⁵ Comunicaciones Facultad de Derecho U. de Chile (4 de octubre de 2017). *Facultad de Derecho, Ministerio de Justicia y ADIPRI suscriben convenio para impulsar Ley de Derecho Internacional Privado*. [En línea]. Santiago, Chile: Facultad de Derecho Universidad de Chile. Recuperado de: <<http://www.derecho.uchile.cl/noticias/137478/facultad-de-derecho-firma-convenio-con-ministerio-de-justicia-y-adipri>> Consultado: 23 de octubre de 2017.

¹⁷⁶ Carvajal, *Op. Cit.*, p. 33.

¹⁷⁷ Mereminskaya, *Op. Cit.*, p. 141.

han propuesto para paliar esta falta de colaboración y claridad; organismos nacionales o extranjeros encargados de proporcionar el texto y sentido de normas extranjeras eventualmente aplicables¹⁷⁸, intercambio de copias¹⁷⁹, exhortos, acudir a ciertas corporaciones, colegios de abogados, escuelas de derecho o Ministerios acordes¹⁸⁰, son algunas.

En este panorama, las convenciones ratificadas por Chile y que se encuentran vigentes en la materia son:

2.3.1. Convención sobre Aplicación e Información del Derecho Extranjero

Como se había mencionado, este Convenio en su artículo 1° manifiesta con fuerza la influencia de la Teoría del Uso Jurídico, disponiendo: *“Los Estados parte estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces u órganos administrativos del Estado a cuyo ordenamiento éste pertenece”*. Así es como una parte de la doctrina plantea que este es el sistema que debería utilizar la jurisprudencia chilena para resolver los conflictos que impliquen la aplicación de una legislación extranjera¹⁸¹.

La importancia de esta Convención es inmensa, pues constituye el único texto vinculante sobre *cómo* debe ser aplicada la ley extranjera. Particularmente es importante ante cualquier otro asunto no previsto en las convenciones internacionales o la norma nacional, al ser indirectamente recurrible¹⁸².

Si analizamos esta Convención según los artículos 22 a 24 del Código Civil, los cuales consagran los criterios de interpretación de la legislación, denominados lógico y sistemático, y el espíritu general de la legislación y la equidad natural, el tratado con Uruguay constituye una herramienta para interpretar los puntos oscuros en la

¹⁷⁸ Guzmán, *Op. Cit.*, p. 332.

¹⁷⁹ *Ibid*, p. 333.

¹⁸⁰ *Ibid*, p. 334.

¹⁸¹ Villarroel, C. y G. Villarroel, *Op. Cit.*, p. 79, Ríos de Marimón, *Op. Cit.*, p. 146 y Picand (2016), *Op. Cit.*, p. 148.

¹⁸² Mereminskaya, *Op. Cit.*, p. 145.

legislación, permitiendo además su aplicación general¹⁸³. Sin embargo, una interpretación tan extensiva se considera fantasiosa, pues proviene de un convenio bilateral con efecto relativo, sólo aplicable entre los ordenamientos de Chile y Uruguay, y específicamente a conflictos con categoría de ley¹⁸⁴.

Secunda la fuerza que tiene en nuestra legislación el tratado anterior, la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, suscrita pero no ratificada por Chile en 1979, en cuyo artículo 2° expresa: *“Los jueces y autoridades de los Estados Partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero 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.”*. Como vemos, contiene la misma influencia de la Teoría del Uso Jurídico, de modo que, siguiendo a Carlos y Gabriel Villarroel, no hay problemas en la ratificación de esta convención, pues es armónica en su texto con el Convenio suscrito con la República Oriental del Uruguay¹⁸⁵.

2.3.2. Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante y el Tratado de Montevideo

El Código Bustamante, como es conocido mayormente el Código de Derecho Internacional Privado, se encuentra ratificado por Chile, pero excesivamente limitado debido a la reserva chilena, la que señala: *“...con la reserva formulada por los delegados de Chile, y además 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.”*

Sin perjuicio de ello, los artículos 408 a 411 disponen reglas especiales sobre la prueba del derecho extranjero. El artículo 408 es de especial importancia puesto que

¹⁸³ Villarroel, C. y G. Villarroel, *Op. Cit.*, p. 79, quienes previenen, en el caso de que Chile ratifique o suscriba otras convenciones, posibles contradicciones.

¹⁸⁴ Mereminskaya, *Op. Cit.*, pp. 145-146.

¹⁸⁵ Villarroel, C. y G. Villarroel, *Op. Cit.*, p. 79.

en éste se señala con claridad la aplicación de oficio del juez del derecho de otros Estados contratantes: *“Artículo 408. Los jueces y tribunales de cada Estado contratante aplicarán de oficio, cuando proceda, las leyes de los demás sin perjuicio de los medios probatorios a que este capítulo se refiere.”*. Sin que exista entre las disposiciones chilenas una norma que regule la materia, el Código Bustamante cubre esta laguna. Ahora, la jurisprudencia ha sido reacia a esta aplicación, ya sea por cuestiones culturales o por falta de conocimiento sobre los tratados internacionales. En Chile no hemos encontrado ninguna sentencia que haga alusión a este artículo para fundamentar la aplicación de oficio de la legislación extranjera de otro país parte.

De la aplicación de oficio, el Código prescribe los medios de prueba con los cuales es posible probar una legislación extranjera de otros Estados contratantes; éstos corresponden a dos certificados de abogados en ejercicio o informes del Estado requerido: *“Artículo 409. 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.”* y *“Artículo 410. 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.”*. Aquellos preceptos no se encuentran en contradicción con la ley chilena, y por lo tanto, son perfectamente aplicables.

El sentido de estas normas no obedece a la misma lógica del artículo 411 del Código de Procedimiento Civil (discusión todavía no zanjada sobre la calificación de Hecho o Derecho de la ley extranjera según si debe o no probarse) sino, como expresamente establece el Código Bustamante, para *conocer el sentido*¹⁸⁶ de la ley, mas no

¹⁸⁶ Villarroel, C. y G, Villarroel, *Op. Cit.*, p. 80.

cuestionar su existencia misma como derecho¹⁸⁷, es decir, lo que está detrás de esta regulación es el desconocimiento del derecho, no así el cuestionamiento de su calidad como tal, como han creído los defensores de la Teoría de Hecho.

Aunque son un claro ejemplo de desarrollo en la materia, los artículos 408 y 409 no son claros sobre la invocación de las leyes extranjeras, en palabras de Carvajal Cortes: “...el citado artículo pareciera decir que sólo la parte que la alegue puede rendir prueba sobre ella. Ello es consecuencia de los términos equívocos de que se vale su autor (...) y no distingue con claridad los tres aspectos básicos del tratamiento procesal del derecho extranjero: su alegación, su prueba y su aplicación.”¹⁸⁸.

Por otro lado, según los principios del Código Bustamante y el Tratado de Montevideo de 1889 (no ratificado por Chile), en sus artículos 1° y 2° del protocolo adicional, éstos indican: “Art. 1° - Las leyes de los Estados Contratantes serán aplicadas en los casos ocurrentes, ya sean nacionales o extranjeras las personas interesadas en la relación jurídica de que se trate.” y “Art. 2° - Su aplicación será hecha de oficio por el juez de la causa sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley invocada.”, ambos permiten la aplicación de oficio del derecho extranjero de otro país contratante¹⁸⁹, debido también a la influencia de la Teoría de la comunidad de los Estados¹⁹⁰. Además, no se pronuncia expresamente por la naturaleza del derecho extranjero, admitiendo tanto la aplicación de oficio de éste como su alegación por las partes.

¹⁸⁷ Ramírez Necochea (2010), *Op. Cit.*, p. 78 y Canelo, *Op. Cit.*, p. 97.

¹⁸⁸ Carvajal, *Op. Cit.*, p. 53.

¹⁸⁹ Samtleben, *Op. Cit.*, pp. 399-400.

¹⁹⁰ Sentís, *Op. Cit.*, p. 139.

2.3.3. Convención Interamericana sobre Prueba e Información del Derecho Extranjero

A pesar de que esta Convención no se manifiesta por la naturaleza de la ley extranjera o en relación, sí permite la prueba del derecho extranjero de forma amplia, es decir, por diversos medios de prueba igualmente idóneos¹⁹¹, como prescribe su artículo 2º: *“Con arreglo a las disposiciones de esta Convención, las autoridades de cada uno de los Estados partes proporcionarán a las autoridades de los demás que lo solicitaren, los elementos probatorios o informes sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su derecho.”*

Los medios idóneos son documentos legalizados, informes de peritos e informes de los Estados requeridos, y, de la misma forma que el Código Bustamante, otorga otro sentido a la prueba, cuyo es determinar el alcance y sentido de esta ley¹⁹², y no su calidad como derecho.

¹⁹¹ Ramírez Necochea (2010), *Op. Cit.*, p. 78.

¹⁹² Villarroel, C. y G, Villarroel, *Op. Cit.*, p. 80.

CAPÍTULO III:

JURISPRUDENCIA CHILENA: RECONOCIMIENTO DEL DERECHO EXTRANJERO A TRAVÉS DEL SISTEMA NACIONAL

A diferencia de lo que sucede en doctrina, cuyo estudio es profundo y saturado de distinciones de las cuales la normativa no se ha hecho cargo, la jurisprudencia chilena mantiene un criterio dualista con respecto a la naturaleza del derecho extranjero, es decir, su estudio lo divide en *hecho-derecho*, sin adentrar en mayores detalles, con atención a los fundamentos de cada teoría. Las teorías se dividen en Hecho y Derecho, que principalmente se desarrollan en base a los argumentos generales ya mencionados de la normativa chilena existente, especialmente el Artículo 411 del Código de Procedimiento Civil. Por otro lado, es claro que las convenciones internacionales no han influenciado de manera destacada los criterios jurisprudenciales y nuevamente el principio de territorialidad juega un papel preponderante en la discusión, más como sesgo cultural que como principio jurídico.

3.1. Pronunciamiento sobre el derecho extranjero en la Jurisprudencia Extranjera

3.1.1. Common Law y Europa Continental

La lucha de las calificaciones de Hecho y de Derecho ha calado en varios sistemas jurídicos, los cuales han adoptado una u otra teoría en su propia legislación o vacilan sobre algunos criterios. En países como Inglaterra, los Estados Unidos de América y Francia la Teoría de Hecho prevalece por sobre la del Derecho, aunque con notables excepciones que atenúan sus efectos como mero hecho del caso, por ejemplo, la investigación de oficio de la Suprema Corte Estadounidense de la ley de otros

Estados federales involucrados en un caso¹⁹³ o la revisión por la Corte de apelación inglesa en caso de aplicación incorrecta de la ley extranjera¹⁹⁴.

Como sistema relevante, el *common law* no está ajeno a la problemática del derecho extranjero, pero muchas veces con disyuntivas que nuestro sistema no posee. Así por ejemplo, en lo relativo a las cuestiones sobre el derecho extranjero son resueltas por un jurado¹⁹⁵, o también, la no aplicación de la *doctrine of precedent*¹⁹⁶ o *stare decisis*¹⁹⁷. Una de las características más notables de los fallos en el *common law* es el precedente que marcan, como fuente formal del derecho. En el caso del derecho extranjero, la premisa teórica consiste en que *si no es posible calificarlo como derecho, debe ser un hecho*, y así, la evidencia presentada ante un tribunal no puede presentarse ante otro con similares problemas sobre la ley extranjera. Además, las decisiones de los tribunales superiores, en razón de la apelación del fallo, no tienen fuerza de *stare decisis*¹⁹⁸.

Generalmente el derecho extranjero es calificado como hecho, y por lo tanto se regula por las mismas normas que tratan acerca de ellos, y el juez conserva un papel pasivo, desconociendo otro derecho que no fuere el propio¹⁹⁹. Tradicionalmente en los Estados Unidos de América, los estados tratan como ley nacional su propia reglamentación y la Ley Federal, pero no así antiguamente la ley de otros Estados

¹⁹³ Wade Rogers, Henry (1882). *Proof of Foreign Law* [En línea] *The Central Law Journal*. Faculty Scholarship Series. p. 126. Recuperado de: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4054/> Consultado: 16 de octubre de 2017.

¹⁹⁴ Hausmann, *Op. Cit.*, p. 3.

¹⁹⁵ Así, la construcción o interpretación de la ley extranjera en casos controversiales, sobre la ley extranjera no escrita en cuyo caso deba testificar un experto, debe resolverlo un jurado. Con el tiempo una solución razonable ha sido permitir al juez asistir al jurado sobre el contenido de los testimonios o el análisis del derecho extranjero. Stern, W. (marzo, 1957). *Foreign Law in the Courts: Judicial Notice and Proof*. [En línea] *California Law Review*. Vol. 45 (1). p. 27. Recuperado de: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3263&context=californialawreview>> Consultado: 17 de octubre de 2017, y Hartley, *Op. Cit.*, p. 284.

¹⁹⁶ Brereton, *Op. Cit.*, p. 1.

¹⁹⁷ Vitta, *Op. Cit.*, p. 492.

¹⁹⁸ Stern, *Op. Cit.*, p. 25 y pp. 28-29.

¹⁹⁹ Brereton, *Op. Cit.*, p. 5.

del mismo Estados Unidos (fundamentado en la soberanía y el concepto estricto de la *ley* y del conocimiento judicial de la *ley*²⁰⁰).

Actualmente el criterio predominante no es tan estricto, muchas Cortes permiten a otros tribunales averiguar la ley de otros Estados o Provincias Federales²⁰¹, así por ejemplo; el *Evidence (colonial statutes) Act* de 1907 permite a las Cortes Británicas investigar el texto de la ley de otros territorios británicos sin la necesidad de expertos, y varias provincias canadienses permiten algunos grados de investigación de las leyes de otras provincias²⁰² y la *Uniform Judicial Notice of Foreign Law Act* de los Estados Unidos de América, ya citada.

Según las Cortes inglesas “*La forma de conocer las leyes extranjeras es admitiéndolas ser probadas como hecho*”²⁰³, las partes deben alegar la aplicación y probar el derecho extranjero como cualquier otro hecho²⁰⁴, a tal punto que es considerado un principio dentro del ordenamiento inglés. Las partes tienen una especie de *derecho* en la elección de la ley que regirá el conflicto ante el tribunal inglés, es decir, al no alegar o probar una ley extranjera, se subentiende que ellas están renunciando a su aplicación, debiendo regirse por la *lex fori*. Una de las razones para ello es evitar costos adicionales o incertidumbre en la decisión del tribunal²⁰⁵. El *onus probandi* es relegado completamente a las partes, quienes deben alegar y probar el derecho extranjero, con los medios que permite la ley para la prueba de los hechos, negando al juez consecuentemente la capacidad para investigar de oficio, ya que no es suficiente que exista una norma de conflicto que se

²⁰⁰ Stern, *Op. Cit.*, p. 24 y Wade, *Op. Cit.*, p. 126.

²⁰¹ Koehnen, *Op. Cit.*, p. 10.

²⁰² *Ibid*, p. 27.

²⁰³ *Mostyn v Fabrigas*, fallo de 1774 citado EN: Hausmann, *Op. Cit.*, p. 3.

²⁰⁴ Hartley, *Op. Cit.*, pp. 282-283.

²⁰⁵ Hausmann, *Op. Cit.*, p. 7.

remita a tal derecho, restringiendo al juez por el principio dispositivo o *adversary principle*²⁰⁶.

Si bien el sistema inglés y el norteamericano comparten la calificación de hecho, se diferencian en los criterios probatorios y medios de prueba; el sistema inglés prefiere los testigos, en particular el testimonio de expertos²⁰⁷, en cambio en los Estados Unidos de América, distinguen la ley escrita o *written law*, cuya prueba son los documentos autenticados²⁰⁸, y la no escrita o *unwritten law*, en cuyo caso es por expertos o también por el precedente extranjero²⁰⁹. Interesante es notar que los tribunales admiten como prueba, medios que son aceptados en otros Estados, como excepción al *lex fori regit processum*, por ejemplo, comentarios sobre la ley alemana fueron aceptados como evidencia, ya que en ese país son fuentes de ley²¹⁰.

Aún con una alta restricción investigativa al juez, en casos cuya evidencia es obviamente falsa, incompatible o presenta puntos de vista conflictivos, el tribunal tiene la facultad de analizar las fuentes del derecho extranjero invocado²¹¹, en razón de la correcta aplicación del derecho y estándares probatorios, lo que se analizará a continuación con mayor detalle.

En otro escenario, si no es posible la prueba de la ley extranjera o ésta se torna imposible por cualquier circunstancia ajena a las partes²¹², este sistema en general

²⁰⁶ Hausmann, *Op. Cit.*, p. 5.

²⁰⁷ Hartley, *Op. Cit.*, p. 283.

²⁰⁸ Aunque también se permiten copias de textos de relevancia o copias de las leyes extranjeras entregadas por un conducto regular a la Suprema Corte de Estados Unidos. Wade, *Op. Cit.*, pp. 128-129. Además, la regla de la *mejor prueba o best evidence rule* indica que debe proporcionarse la mejor prueba disponible al tribunal, así, prefiere el texto autenticado a la copia privada de una ley. Nussbaum, *Op. Cit.*, p. 283.

²⁰⁹ Stern, *Op. Cit.*, pp. 26-27, Wade, *Op. Cit.*, p. 128 y Nussbaum, *Op. Cit.*, p. 290, aunque señala este autor, que el testimonio de expertos esta en actual desuso por sus grandes costos.

²¹⁰ Stern, *Op. Cit.*, p. 46.

²¹¹ Brereton, *Op. Cit.*, p. 5.

²¹² Aunque la imposibilidad es una de las causales mas lógicas para utilizar supletoriamente la *lex fori*, las partes podrían también presentar prueba pero también puede ocurrir que sea insuficiente, o incluso que las partes por motivos financieros o tácticos elijan no aplicar la ley extranjera por algún acuerdo. Koehnen, *Op. Cit.*, p. 12.

responde mediante la *lex fori*, en razón de que presupone que el contenido del derecho extranjero es similar al derecho nacional²¹³, excepción que es denominada *default rule*²¹⁴. Esta regla se explica claramente por la tradición y cultura jurídica de aquellos sistemas.

La *default rule* consiste en una ficción que presume, al no haber alegado una parte el derecho extranjero, que el contenido de este derecho foráneo es igual al de la ley nacional. Supone que la *lex fori* es supletoriamente aplicable, sin que aquello conlleve a un perjuicio o injusticia para quien no ha alegado otro derecho. Aunque existen excepciones con respecto a la *default rule*, como la investigación de oficio por el juez (*judicial notice*) en casos calificados, la Corte inglesa es propensa a aplicar la norma nacional cuando se puede presumir que su contenido es similar al extranjero²¹⁵. Algunos ejemplos de excepción a la *default rule* son: la Convención de Roma sobre Contratos Internacionales, en caso de ejecutarse un contrato de forma ilegal por la norma extranjera, según el orden público internacional de aquel país²¹⁶, no debe ejecutarse, o el desestimar una demanda de nulidad de matrimonio cuando no se ha probado la nulidad según los requisitos de la ley extranjera, como lo señala el artículo 10.14 de las *Family Proceedings Rules* de 1991²¹⁷.

En las Cortes norteamericanas también se ha aplicado la *default rule*. A pesar de ello, por razones de justicia, el desestimar la demanda por falta de prueba (de la ley extranjera) pareciera más razonable en algunos casos, y por ello se recomienda por la doctrina norteamericana un estudio caso a caso. El famoso caso *Cuba Railroad v. Crosby* es un claro ejemplo a favor de la revisión en detalle del caso concreto; un trabajador cubano habría perdido una mano a causa de un accidente con un ferrocarril del empleador (Norteamericano) ocurrido en Cuba, y por ello demanda la

²¹³ Brereton, *Op. Cit.*, p. 6 y Stern, *Op. Cit.*, p. 29.

²¹⁴ Koehnen, *Op. Cit.*, Hausmann, *Op. Cit.*, p. 7 y p. 13 y Hartley, *Op. Cit.*, p. 285.

²¹⁵ Hausmann, *Loc. Cit.*

²¹⁶ *Loc. Cit.*

²¹⁷ Hartley, *Op. Cit.*, p. 286.

indemnización ante tal accidente laboral según la ley cubana²¹⁸. Posteriormente ninguna de las partes alega la ley extranjera, y con especial atención, no la alega la empresa de ferrocarriles, quien teniendo los medios y capacidad para probarla, decide no hacerlo. La Corte de Norteamérica termina rechazando la demanda en razón de esta falta de prueba. Esto pareciera una solución injusta a la luz de la capacidad de (al menos) una de las partes para probar la ley extranjera, o que no se consideró la utilización de la *default rule*, aunque fuere la ley norteamericana, para otorgar una respuesta al trabajador.

La *default rule* implica, por las mismas razones antes esgrimidas, una sumisión a la *lex fori*, y así, según sus seguidores, la efectiva entrega de justicia y una mayor seguridad, pero, a pesar que estos argumentos son muy razonables, más bien, su gran popularidad se debe a un cierto predominio del contenido de la *lex fori* al de la ley extranjera, disfrazada de razones más loables²¹⁹. En referencia a esto pareciere más justo en el caso Crosby haber esperado que el trabajador demandante hubiere probado o, en su defecto, aplicar las normas norteamericanas, para así efectivamente resguardar sus derechos y entregar justicia sustantiva, según la razonabilidad del caso o *rule of reasonableness*²²⁰.

La *default rule* tiene sentido, pero sólo en casos cuyas jurisdicciones estén unidas al *common law* y empleen el inglés como lenguaje²²¹, como situación excepcional²²². Y también cuando se use la regla de razonabilidad, la cual no implica la obligación de

²¹⁸ Cuba R. Co. v. Crosby, 222 U.S. 473 (1912) [En línea]. Recuperado de: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/222/473/case.html>> Consultado: 18 de octubre de 2017.

²¹⁹ Nussbaum, *Op. Cit.*, pp. 295-296.

²²⁰ Nussbaum agrega: “Pero debe admitirse que existen situaciones en las cuales la aplicación de la *lex fori* está completamente fuera de lugar y la única alternativa es el rechazo de la demanda, a menos que el actor pruebe la ley extranjera, por ejemplo en lo tocante a los derechos emergentes de las relaciones extranjeras familiares y sucesorias. Es innecesario decir que la ley extranjera que gobierna, por ejemplo, la anulación del matrimonio, no puede ser reemplazada por la *lex fori* por el sólo hecho de no haberse alegado o probado aquella ley.” *Ibid*, pp. 298-299.

²²¹ Stern, *Op. Cit.*, p. 31.

²²² Hartley, *Op. Cit.*, p. 289.

aplicar una ley extranjera sino cuando ésta esté en el mejor interés de las partes, según el caso²²³.

Ahora, las referencias que solicita un tribunal a otro extranjero son muy útiles en las investigaciones; varios instrumentos establecen estos mecanismos, como el *Supreme Court Act* en Australia, el *Memorandum of Understanding between the Supreme Court of Singapore and the Supreme Court of New South Wales on References of Questions of Law*, el *Memorandum of Understanding between the Chief Justice of New South Wales and the Chief Justice of Estate of New York on References of Questions of Law* y la Convención Europea sobre Información del Derecho Extranjero²²⁴.

Inglaterra, como nos habíamos referido, mantiene la ley extranjera fuera del conocimiento o investigación de sus tribunales nacionales, como cuestión que hecho. A pesar de esta categorización, a medida que la utilización del derecho extranjero aumenta, sus criterios se han flexibilizado; así, es posible recurrir de apelación ante la aplicación incorrecta del derecho, como se expresa en el fallo *Parkasho v. Singh*²²⁵, ya que implica indirectamente que una norma inglesa no ha sido correctamente aplicada, infracción que se extiende sobre la norma extranjera.

En Europa el panorama no es muy distinto aunque con discusiones propias, ya que no compromete un solo sistema jurídico, tal como el *common law*. Alemania como notable expositor, señala a la ley extranjera como derecho, bajo la influencia de F.K von Savigny y Martin Wolff. A pesar de la claridad con que se expresa la norma

²²³ Nussbaum, *Op. Cit.*, p. 301.

²²⁴ Brereton, *Op. Cit.*, pp. 10-11.

²²⁵ Trata de una pareja en India que contrae matrimonio, posteriormente el esposo viaja a Inglaterra y la esposa con un hijo nacido en el matrimonio viaja también a Inglaterra. Allí lo demanda por manutención y el esposo alega que el tribunal inglés no tiene jurisdicción porque es un matrimonio potencialmente poligámico. La ley Hindú admite en ciertos casos que el matrimonio una vez poligámico se transforme de cierto modo en monogámico, de modo que las limitaciones propias a los matrimonios del extranjero no afectan los derechos bajo otra ley, en este caso, la ley inglesa. Finalmente, la discusión recae sobre la modificación del *locus regit actum* y la aplicación de la ley extranjera en caso del matrimonio como inmodificable. Fallo citado EN: Goldsworthy, P. (1968) *Convertible Marriage: Ali v. Ali*. [En línea] Sidney Law Review. Australia. Vol. 64. Recuperado de: <<http://classic.austlii.edu.au/au/journals/SydLawRw/1968/5.htm>> Consultado: 18 de octubre de 2017.

referida en el capítulo anterior, las consecuencias procesales no son tan claras. La forma en que el tribunal accede a la ley extranjera queda a su discreción, y las partes son libres de contribuir a tal tarea²²⁶. El juez *ex officio* debe aplicar la ley extranjera, sólo así queda plasmada como *ley*²²⁷, cuyo criterio continúa aplicando la jurisprudencia²²⁸.

Tal como en Alemania, en Suiza desde 1987 es considerado una materia de ley federal, como derecho, pero con dos grandes excepciones; la primera con respecto a materias patrimoniales, en cuyo caso la prueba queda en manos de las partes, de lo contrario el tribunal aplicará la *lex fori*, y la segunda, en caso de que las partes deseen disponer de la ley aplicable mientras esté permitido por su Derecho Internacional Privado²²⁹. En Austria también se adoptó un criterio de derecho, *ex officio* el tribunal debe aplicar de la misma forma el derecho extranjero en su país de origen y además investigar su contenido²³⁰. Particularmente el Ministro de Justicia tiene un papel preponderante, puesto que es el encargado de transferir materiales para el conocimiento del derecho extranjero, tales como estatutos, juicios o textos²³¹.

En Francia, uno de los sistemas más tradicionales, estima que el derecho extranjero debe ser alegado y probado por las partes²³², como hecho, aunque muchas decisiones recientes de la *Cour de Cassation* han modificado antiguos criterios²³³. Las partes si bien deben alegar el derecho extranjero, en caso de que no lo hagan, por la razón que sea, el tribunal no debe decidirse por una actuación de oficio, y la *lex fori* supletoriamente debe resolver el conflicto. A pesar de ello, en un fallo

²²⁶ Hartley, *Op. Cit.*, pp. 275-276.

²²⁷ Hausmann, *Op. Cit.*, p. 3.

²²⁸ Varios casos citados EN: Hausmann, *Op. Cit.*, p. 3.

²²⁹ *Ibid*, p. 9.

²³⁰ *Loc. Cit.*

²³¹ *Loc. Cit.*

²³² En la jurisprudencia francesa la prueba debe ser aportada por quien cuyas pretensiones se basan en la ley extranjera, no por quien simplemente la alega. Además, en caso cuyo resultado sea diverso al resultado luego de la aplicación de la ley francesa, aquella parte que lo alega debe probarlo. Casos citados EN: Hausmann, *Op. Cit.*, p. 10.

²³³ Guzmán, *Op. Cit.*, p. 340.

relativamente reciente de 1959 de la *Cour de Cassation*, en el cual un matrimonio de españoles elige aplicar la ley francesa y no la española para solicitar el divorcio²³⁴, la Corte expresa su disconformidad al proceder de aquellas. La Corte señala que el tribunal francés debió aplicar de oficio la ley española aunque las partes no la hubieren alegado. La Corte señala de todas formas que esta tarea del tribunal inferior es facultativa y no obligatoria²³⁵, y vuelve a indicarlo claramente en el fallo *Compagnie Algérienne de Crédit et de Banque v. Chemouny*²³⁶, de similares características pero posterior. Posteriormente, ya en 1986 y 1988, la Corte hace un importantísimo cambio de criterio; no sólo es facultad del tribunal, sino también obligación²³⁷ en casos regidos por convenciones internacionales, en el cual las partes disputaren derechos indisponibles, y en el cual ambas partes se encontraren facultadas para discutir sobre ello, bajo el principio contradictorio²³⁸. Los medios de prueba no varían de los adecuados por la ley inglesa; el testimonio de expertos, habitualmente abogados, es el más recurrente.

En Italia, cuyo sistema está influenciado fuertemente por la teoría de la incorporación del derecho extranjero, el juez está sujeto a la ley extranjera de Derecho Internacional Privado como a la ley italiana. El tribunal debe actuar *ex officio*²³⁹, y bajo el aforismo *iura aliena novit curia* el juez debe conocer tanto el derecho extranjero como el nacional²⁴⁰. La práctica judicial italiana considera razonable como prueba adecuada los textos o estatutos extranjeros traducidos al italiano, sin ser necesaria la doctrina o práctica judicial foránea²⁴¹.

²³⁴ Caso Bisbal de 1959, citado EN: Hausmann, *Op. Cit.*, p. 4 y en Hartley, *Op. Cit.*, p. 278.

²³⁵ Hausmann, *Loc. Cit.*

²³⁶ Hartley, *Op. Cit.*, p. 278.

²³⁷ Casos de la *Cour de Cassation* citados EN: Hausmann, *Op. Cit.*, p. 4 y *Rebouh y Schule* EN: Hartley, *Op. Cit.*, p. 279.

²³⁸ Hausmann, *Op. Cit.*, p. 5.

²³⁹ Referencia de casos EN: *Ibid*, p. 11.

²⁴⁰ *Loc. Cit.*

²⁴¹ *Loc. Cit.*

España, como referencia recurrente en la jurisprudencia chilena y doctrina, marca un punto importante. A comienzos del siglo XVIII el derecho extranjero no podía ser considerado como derecho, bajo los fundamentos, también recurrentes en nuestro sistema jurídico, de soberanía y territorialidad de la ley²⁴². En 1974 el criterio se modificó y en el año 2000 se reguló en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, dejando en manos de los tribunales una variedad de asuntos, como una especie de regulación normativa y jurisprudencial²⁴³. Es más, la jurisprudencia ha tenido un papel preponderante en la determinación de la prueba y alegación del derecho extranjero en España, tanto así que parecieran *reglas* que rigen la materia; el Tribunal Supremo Español señala que *alegar* significa *aportar en el proceso* todos los hechos relevantes, pero también que señalar la legislación útil para resolver el conflicto no es obligatoria, todo esto en la sentencia SP de 10 de junio de 2005²⁴⁴. Luego de la alegación, el derecho extranjero debe ser probado por las partes, en tanto su vigencia como su contenido, de lo contrario, la doctrina estima que se debe desestimar la demanda²⁴⁵, aplicar la *lex fori* o que el tribunal investigue de oficio. Ni la doctrina ni la jurisprudencia tienen un criterio unívoco, pero esta última se inclina por la aplicación de la *lex fori*, similar a la regla de *default law* del *common law*. Así, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, con fecha 30 de abril de 2008 señala: “... el derecho extranjero es una cuestión de hecho, y es necesario acreditar y probar la exacta entidad del derecho vigente, su alcance y autorizada interpretación, pues de otro modo, cuando no le sea posible al Tribunal español fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero, habrá de juzgar y fallar según el Derecho patrio...”²⁴⁶.

²⁴² Calvo Caravana, A. y Carrascosa González J., *Op. Cit.*, p. 255.

²⁴³ Garcimartín, *Op. Cit.*, p. 248.

²⁴⁴ Fallo citado EN: Martínez, *Op. Cit.*, p. 45.

²⁴⁵ Martínez, *Op. Cit.*, pp. 64-65.

²⁴⁶ Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 8 de abril de 2008, [En línea] Recuperado de: <<https://comaroig.files.wordpress.com/2014/04/sts-30-de-abril-de-2008.doc>> Consultado: 20 de octubre de 2017.

Las partes están facultadas para utilizar todos los medios de prueba que la ley dispone, mediante las normas procesales nacionales²⁴⁷, cuestión que también lo distingue del criterio adoptado en los Estados Unidos de América, al aplicar éste último varias excepciones a la *lex fori regit processum*. En cuanto a la carga de la prueba, la regla general es que debe probar quien lo alega, es decir, a instancia de parte y excepcionalmente el tribunal investigaría de oficio, cuya actividad nunca puede suplir a la de las partes (de acuerdo al criterio del Tribunal Supremo). Pero esta regla cede en favor de las partes cuando éstas han sido lo razonablemente diligentes (esta razón también se presta para considerar al derecho extranjero de naturaleza especial, como se explicará más adelante). Este criterio lo corroboran los fallos del 4 de julio de 2007, 9 de febrero de 1999, 4 de julio de 2006, 27 de diciembre de 2006, entre otros²⁴⁸. La Corte indica: *“Debe, además, repararse en la circunstancia de que, en este caso, la prueba, cuya acabada práctica resultó frustrada al no disponer de la traducción del Derecho extranjero aplicable al caso, no lo es en puridad sobre hechos, sino sobre normas jurídicas; y en que, además, la aplicación al caso de ese peculiar ‘hecho’ en que convierte el Código Civil al Derecho extranjero no proviene del alegato de la Sra. Charlouian, sino de la remisión del art. 107 del Código Civil [...] no se trataba en el caso concreto de que la recurrente probase lo alegado por ella [la aplicación al caso del Derecho armenio], sino de la acreditación del Derecho aplicable al caso por imperativo del mencionado art. 107 del Código Civil, lo que, a la luz de las garantías contenidas en el art. 24.1 CE, hubiese exigido de los órganos judiciales, y dadas las singularidades del caso de autos, una más activa participación en la consecución de dicha prueba una vez que la parte aportó un principio de prueba, sin que en momento alguno del procedimiento se dé razón de por qué no se acudió a otras medidas complementarias, habida cuenta de la facultad que el propio art. 12.6 in fine del Código Civil confiere a los órganos judiciales.”*²⁴⁹. Como vemos, el legislador español quiso otorgar un mayor poder

²⁴⁷ Martínez, *Op. Cit.*, p. 118.

²⁴⁸ *Ibid*, p. 147.

²⁴⁹ Tribunal Constitucional Español, Sala Primera, 17 de enero de 2000, [En línea]. < <http://hj.tribunalconstitucional.es/pl/Resolucion/Show/3994> > Consultado: 20 de octubre de 2017.

regulador a los tribunales, al momento de determinar la alegación, prueba y falta de aquella sobre el derecho extranjero²⁵⁰, y un mayor criterio sobre la investigación del mismo.

3.1.2. Contexto Latinoamericano

Como se ha señalado, en Latinoamérica el principio de la territorialidad está muy arraigado en todos los sistemas jurídicos, y en relación inversa, la aplicación de la ley extranjera es un campo complejo, con lagunas legales y criterios que no han logrado asentarse. Por su cercanía territorial y crecientes lazos de cooperación internacional, el sistema argentino es uno de los que más vale la pena mencionar.

El artículo 13 del Código Civil Argentino retrata la ley extranjera como un hecho, debiendo las partes probarla, influencia que alcanzó a la doctrina y legislaciones de varios otros países latinoamericanos²⁵¹, éste prescribe: *“La aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este Código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes exceptúanse las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República por convenciones diplomáticas, o en virtud de ley especial.”*. Aunque es criticado, la jurisprudencia ha aplicado casi literalmente lo señalado por el anterior artículo²⁵². En cuanto medios de prueba, están permitidos todos los medios probatorios establecidos en la ley argentina, con excepción de la prueba testimonial²⁵³, y las declaraciones de ministros diplomáticos extranjeros, éstos son insuficientes para otorgar fe del contenido del derecho²⁵⁴. En este sentido, la amplitud de medios probatorios se extiende a opiniones doctrinarias privadas y, en fallos recientes, al conocimiento propio del juez²⁵⁵. De todas formas no es prudente confundir dos

²⁵⁰ Calvo Caravana, A. y Carrascosa González J., *Op. Cit.*, p. 257 y Martínez, *Op. Cit.*, p. 239 y p. 241.

²⁵¹ Samtleben, *Op. Cit.*, p. 394.

²⁵² *Loc. Cit.* y Sentís, *Op. Cit.*, p. 144.

²⁵³ Romero del Prado, *Op. Cit.*, p. 548.

²⁵⁴ *Ibid*, p. 550.

²⁵⁵ Sentís, *Op. Cit.*, p. 155.

asuntos distintos: uno es la prueba de la ley extranjera y otro el conocimiento del juez sobre aquel, ya que no todos los medios de prueba son adecuados y tampoco todos los conocimientos personales son correctos²⁵⁶. Aunque no hay norma que se pronuncia sobre la interpretación del derecho extranjero o su sentido, la jurisprudencia considera adecuado, sea o no fuente formal del derecho, las referencias a la jurisprudencia extranjera como buen método de orientación²⁵⁷, tal como también lo plantea Goldschmidt. Por otro lado, cuando la jurisprudencia trata la materia como *hecho notorio* no necesita prueba alguna: “*Es un hecho notorio y como tal no puede ser ignorado por los jueces, que en la República de Paraguay rige el mismo Código Civil que entre nosotros.*”²⁵⁸ y “*...cuando se trata de un régimen legal de fácil conocimiento como es el francés.*”²⁵⁹. Según esta corriente, cada vez más los tribunales investigan de oficio la ley extranjera como hecho notorio²⁶⁰, aunque no es compartido por toda la doctrina²⁶¹, pues si bien es una solución práctica, se confunden los conceptos de hecho notorio y de legalidad o ley notoria, con énfasis en el carácter de ley y no en el de hecho²⁶².

En México, ya mencionada su situación particular legislativa, la ley extranjera, a pesar de ser *ley*, se encuentra bajo las normas reguladoras de la prueba, orientación que siguen los tribunales mexicanos. Tal ley debe probarse por determinados medios auténticos, y, a diferencia de lo que veíamos en un principio en los Estados Unidos de América, no es necesaria la prueba de la ley de otros Estados Federales mexicanos²⁶³. Vecinos centroamericanos, como Guatemala, El Salvador y Nicaragua,

²⁵⁶ Sentís, *Op. Cit.*, p. 173, el autor también distingue la prueba de la ley, su vigencia y su sentido.

²⁵⁷ *Ibid*, p. 111.

²⁵⁸ Cámara Nacional Civil, fecha de 8 de mayo de 1953, citada EN: Samtleben, *Op. Cit.*, p. 395.

²⁵⁹ Cámara Nacional Federal, fecha de 3 de diciembre de 1958, citada EN: *Loc. Cit.*

²⁶⁰ *Loc. Cit.*

²⁶¹ Sentís, *Op. Cit.*, p. 129.

²⁶² *Ibid*, p. 156.

²⁶³ Samtleben, *Op. Cit.*, p. 397.

han adoptado el modelo mexicano, tanto sobre la alegación como de los medios probatorios²⁶⁴.

Como se analizó en el anterior capítulo, los tratados contribuyen en la mayor aplicación de la ley extranjera, aunque no todos los tribunales apliquen sus disposiciones, aún ratificados. La Corte Suprema peruana sobre un conflicto de divorcio, debiendo aplicar la ley del lugar de celebración, en este caso la ley argentina, aplicó la *lex fori*, en circunstancias que tanto Argentina como Perú han ratificado el Código Bustamante, en cuyo texto prescribe la aplicación de oficio entre países adheridos²⁶⁵. De forma similar en Argentina, la declaración de dos testigos abogados no es suficiente para probar la ley extranjera, tanto porque no se encuentra regulada procesalmente en dicho país, como por el título de abogado el cual debe ser reconocido, hecho que debiera acreditarse previamente a la presentación del testimonio²⁶⁶, todo a pesar de que se encuentra expresamente señalado por el Código Bustamante.

En Venezuela, donde el Código Bustamante ha contribuido fuertemente, los tribunales han aplicado continuamente de oficio la ley extranjera, y además han solicitado los medios probatorios que permite el mismo Código, particularmente los certificados de abogados en ejercicio del país cuya legislación se averigua²⁶⁷.

En cuanto a los recursos, en general, no hay en Latinoamérica un desarrollo jurisprudencial extenso; pero en materia de tratados internacionales la tendencia es que procedan en caso de infracción de normas de Estados parte²⁶⁸. A pesar de ello, la situación es desfavorable. Esto se explica por, primero, su calificación de hecho, consecuentemente es imposible someterlo al recurso de casación o institución

²⁶⁴ Samtleben, *Op. Cit.*, p. 397.

²⁶⁵ *Ibid*, p. 400.

²⁶⁶ Romero del Prado, *Op. Cit.*, p. 550.

²⁶⁷ Samtleben, *Op. Cit.*, p. 401.

²⁶⁸ Romero del Prado, *Op. Cit.*, p. 564.

análoga²⁶⁹, y segundo, las exigentes causales del recurso de casación hacen del derecho extranjero una *víctima secundaria* en caso de infracción, mucho más relevante es la infracción de la norma nacional que la infracción a la extranjera. Aunque la situación no favorece a la norma extranjera, en países como Brasil, Venezuela y el nuestro, va en aumento la revisión por la infracción al derecho extranjero, por el tribunal supremo correspondiente²⁷⁰.

3.2. Jurisprudencia Nacional y Casos Emblemáticos Chilenos

En Chile la jurisprudencia ha sido básicamente vacilante y contradictoria, situación que, como se comentó, también presentan otros países Latinoamericanos.

El uso del derecho extranjero en Chile no mantiene una aplicación constante, es decir, en muchos casos, su aplicación depende de la situación particular, social o del mayor o menor conocimiento de los jueces con respecto a la materia y no de criterios jurídicos concretos. Aunque no hay un estudio de las sentencias de la Corte Suprema reciente y en específico, el Tribunal Constitucional ha hecho referencias al derecho extranjero en varias sentencias, las cuales en gran cantidad corresponden a países tales como España, Alemania o Italia, entre otros²⁷¹, la mayoría citas de jurisprudencia (aunque varias vagas e incompletas²⁷²) generalmente concernientes a derechos fundamentales, como el derecho a la igualdad ante la ley y la no discriminación. Más allá de cada mención a la jurisprudencia extranjera, la pregunta fundamental central está en la búsqueda de aquellas referencias, es decir, *el porqué* se acude a un determinado derecho extranjero y no otro²⁷³. Para el estudio del derecho extranjero y su entendimiento es necesario encontrar una conexión o

²⁶⁹ Samtleben, *Op. Cit.*, p. 403.

²⁷⁰ CS, 31.5.1966, RDJ, Tomo LXIII, sección 1°, p. 180, Supremo Tribunal Federal de Brasil, de 1945 y Corte Suprema Argentina, de fecha 31 de octubre de 1961, ambos citados EN: Samtleben, *Op. Cit.*, p. 403.

²⁷¹ Galdámez Zelada, L. (2012). *El uso del Derecho y la jurisprudencia Extranjera en los fallos del Tribunal Constitucional de Chile: 2006-2010*. [En línea]. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 34 (1) p. 193. Recuperado de: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3985176>> Consultado: 17 de octubre de 2017.

²⁷² Galdámez, *Op. Cit.*, pp. 193-194.

²⁷³ *Ibid*, p. 205.

fundamento para tal referencia por nuestros tribunales, lo cual no sólo debe aplicarse al Tribunal Constitucional sino también a los demás tribunales chilenos. Las razones de justicia, igualdad y certeza jurídica son fundamentales en esta materia, por ello se referirá a ellas luego de estudiar la jurisprudencia relevante.

La jurisprudencia ha calificado como hecho el derecho extranjero en reiteradas ocasiones. Así se ha pronunciado en sentencias significativas del siglo XX, tales como: fallo “Sucesión Neckelman con Gosch” de la Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, en el cual se señala: “...*que el derecho extranjero es ante los Tribunales chilenos un hecho cuya demostración debe hacerse de acuerdo con las leyes chilenas y no ha sido probado que el derecho alemán haya hecho revivir la obligación...*”²⁷⁴, en “Sociedad Hauts Fourneaux, Forges et Acieries du Chili con Conde Abel Armand y Abel Eugenio Carbonel”²⁷⁵ y “Juan Ivo Baburrizza Gabric y otros con Impuestos Internos”²⁷⁶ ambos de la Excma. Corte Suprema. En estos últimos casos, la Excma. Corte indica como necesaria la comprobación de la ley extranjera como *hecho* de la causa, y además, como *hecho* inmodificable por el recurso de Casación²⁷⁷.

En fallos recientes, tanto la Excma. Corte Suprema, como algunas Cortes de Apelaciones han calificado a la ley extranjera como un hecho de la causa, y de la misma forma, también se han referido a ella como derecho, tanto en razón de la calificación que le otorga nuestra propia ley nacional o como por el reconocimiento de su naturaleza, calificaciones de Hecho y de Derecho completamente contrarias.

En el fallo de 2 de noviembre de 2007, considerando 8º, la Excma. Corte Suprema indica: “*Que, en consecuencia, considerando a la jurisdicción como un atributo de la soberanía, se extiende hasta donde ésta alcanza en ejercicio, esto es, hasta los*

²⁷⁴ RDJ, 16.12.1941, Tomo XXXIX, sec. 1º, p. 388.

²⁷⁵ RDJ, 12.11.1926, Tomo XXIV, sec. 1º, p. 289.

²⁷⁶ RDJ, 27.10.1954, Tomo LI, sec. 1º, p. 547.

²⁷⁷ Otros fallos EN: Guzmán, *Op. Cit.*, p. 334; RDJ, tomo XXII, sección 1º, p. 398; RDJ, tomo XXIV, Sección 1º, p. 289; RDJ, tomo XXXIX, Sección 1º, p. 388. RDJ, tomo LI, Sección 1º, p. 351; RDJ, tomo LVI, sección 1º, p. 75; RDJ, tomo LXII, Revista N° 3, Sección 1º, p. 125.

confines territoriales del Estado y fuera de ellos, en los sitios y casos en que el derecho internacional admite, como en alta mar sobre los barcos que llevan su bandera o pasan por aguas de su exclusivo dominio. Y cuando se admite en determinados casos la extraterritorialidad de la ley, como cuando se reconoce eficacia a la actividad jurisdiccional de los órganos del extranjero, no se hace otra cosa que respetar el derecho interno que permite se aplique la ley extranjera y se tengan por válidos los pronunciamientos jurisdiccionales de otro Estado. Es decir, que la extraterritorialidad de las leyes y sentencias extranjeras, no tiene lugar por el hecho de ser leyes y sentencias, que sólo tienen eficacia dentro del lugar donde han sido dictadas, sino porque ha mediado la voluntad del Estado, donde incidentalmente se trata de aplicar. De manera que si esa voluntad no se manifiesta expresamente, sea de un modo general, sea en forma restringida, no puede tener, dentro del Estado, eficacia alguna la actividad jurisdiccional extranjera (Jurisdicción y Competencia. D.L., Buenos Aires, Editorial G.K.L., 1941).". Y en términos similares, la Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, con fecha 13 de julio de 2007, considerando 4º, expresa: "Que de lo razonado surge indefectiblemente que el legislador no ha podido ni ha querido referirse a la ley extranjera en el artículo 17 N° 22 del Decreto Ley N° 824 sobre Impuesto a la Renta, pues se refiere a regulaciones internas de orden impositivo que se vincula con el erario nacional y la actividad presupuestaria del Estado [...] No se trata de hacer una distinción arbitraria y ajena a las normas de interpretación de las leyes, sino de buscar el verdadero sentido y alcance de lo estatuido en la disposición en comento, sin que sea posible extender el mandato legislativo a situaciones no comprendidas en la norma, más aún si la legislación nacional no asimila el derecho extranjero al concepto de ley del artículo 1 del Código Civil, no sólo por lo expresado en la sentencia de primer grado, sino especialmente por toda la dogmática que entiende que el derecho chileno tiene sus fuentes directas e indirectas en la ley, la jurisprudencia, la doctrina y los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile, lo que se encuentra plasmado especialmente en el párrafo segundo del Libro I del Código de Procedimiento Civil sobre las normas que regulan el cumplimiento de las resoluciones pronunciadas por los tribunales extranjeros. Especial mención debe hacerse al cuidado y acuciosidad

del legislador de valorar los instrumentos públicos otorgados fuera de Chile que también carecen de fuerza probatoria mientras no se dé cumplimiento al procedimiento estatuido en el artículo 345 del mismo Código, de lo que se deduce que la ley extranjera para los efectos impositivos nacionales, carece de valor, salvo que el propio legislador lo señale expresamente.”.

Es de particular interés la sentencia de la Ilma. Corte de Apelaciones de Punta Arenas con fecha 10 de marzo de 2008, en cuya instancia el Ministerio Público solicitó la extradición de un sujeto condenado en Chile por el delito de violación encontrándose aquél en Argentina. La solicitud del Ministerio fue rechazada por la Corte al no acreditar el requisito de la doble incriminación, es decir que el delito de violación también era penalmente sancionado en la legislación argentina. El fallo expresa: “Que el Derecho extranjero es, ante los tribunales chilenos, un hecho cuya demostración debe hacerse conforme a las leyes chilenas, como lo demuestra, por ejemplo, el artículo 411 N° 2 del Código de Procedimiento Civil, que permite oír informe de peritos sobre puntos de derecho referentes a alguna legislación extranjera, no siéndole aplicable, entonces, la presunción de conocimiento a que se refiere el artículo 8° del Código Civil...” y “Que así las cosas, puesto en la necesidad de probar la norma extranjera y, con ello, la concurrencia de los requisitos referidos en la motivación tercera del presente fallo, el Ministerio Público no produjo tal prueba, razón por la cual estos sentenciadores no accederán a la solicitud de extradición en análisis...”²⁷⁸.

La misma Corte, con fecha 13 de junio de 2005, habría fallado en términos similares otra petición de extradición por robo en lugar no habitado, resultando igualmente rechazada, bajo fundamentos similares a los ya transcritos.

De ambos casos de extradición, la crítica por la doctrina ha apuntado en la errónea interpretación de la Ilma. Corte de Apelaciones sobre las normas de conflicto. El error está en plantear la discusión de la aplicación de la ley extranjera, es decir, en ningún

²⁷⁸ Sentencia Reservada de Corte de Punta Arenas, 10.3.2008, citado EN: Picand (2008), *Op. Cit.*, p. 177.

caso habría aplicación de la ley extranjera, y, por lo tanto, nunca debió pronunciarse sobre ella. La ley penal es imperativa y, a menos, que excepcionalísimamente se señale en la ley nacional, no puede aplicarse otra que no sea la *lex fori*²⁷⁹. Adicionalmente, la doble incriminación a la que alude la Ilma. Corte en razón del uso de la ley extranjera, no es uno de los requisitos establecidos por el Código Procesal Penal ante la procedencia de la extradición²⁸⁰. En consecuencia, las partes no debieron alegar como un hecho sustancial otro derecho, en este caso el argentino, cuestión que, además, debe ser constatado con mayor rigurosidad por el tribunal argentino, de acuerdo a los principios que rigen internacionalmente el procedimiento de extradición²⁸¹.

Por otro lado, la jurisprudencia ha fallado en varias ocasiones de acuerdo al derecho extranjero como derecho, así en “Compañía Inglesa de Vapores con Mc Gregor” de la Ilma. Corte de Apelaciones de Valparaíso²⁸², el fallo “Ferrer con Banco Español de Chile en liquidación” de la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago²⁸³ y “Artola viuda de Acha con Cía. Huanchaca de Bolivia” de la Excma. Corte Suprema²⁸⁴, entre otros del siglo XX²⁸⁵. Respecto al fallo Ferrer se expresa: *“Los actos ejecutados y los contratos celebrados fuera de Chile se rigen por la ley del país donde se ejecutan o celebran.[...] Las letras de cambio giradas, aceptadas y avaladas en España, por lo que respecta a su valor, inteligencia y fuerza, deben regirse únicamente por la legislación española, y tanto los requisitos de forma de esas letras y de ese aval,*

²⁷⁹ Picand (2008), *Op. Cit.*, p. 195.

²⁸⁰ *Loc. Cit.*

²⁸¹ *Ibid*, pp. 196-198.

²⁸² RDJ, 2.1. 1908, Tomo VI, sec. 2°, p. 70.

²⁸³ RDJ, 13.1.1931, Tomo XXX, sec. 2°, p. 33.

²⁸⁴ RDJ, 5.1. 1933, Tomo XXX, sec. 1°, p. 373.

²⁸⁵ Otros fallos EN: Guzmán, *Op. Cit.*, p. 334; RDJ, tomo VI, sección 2°, p. 70. RDJ, tomo VI, sección 1°, p. 88. RDJ, tomo VIII, sección 1°, p. 371.; RDJ, tomo X, sección 1°, p. 282; RDJ, tomo XV, sección 1°, p. 253; RDJ, tomo XXV, sección 1°, p. 544; RDJ, tomo XXVI, sección 1°, p. 113; RDJ, tomo XXVI, sección 1°, p. 192; RDJ, tomo XXX, sección 2°, p. 33; RDJ, tomo XXXIII, sección 1°, p. 449; RDJ, tomo XXXIV, sección 1°, p. 187; RDJ, tomo XXVIII, sección 1°, p.722; RDJ, tomo XXX, sección 1°, p. 373; RDJ, tomo XXXIV, sección 1°, p. 344.

como su eficacia jurídica y las facultades de quienes los suscriban deben juzgarse con arreglo a las leyes españolas y con arreglo a éstas debe apreciarse si su causa es ilícita, si hubo o no dolo, si los apoderados del avalista tenían o no facultades para otorgar el aval. Vencido los cuatro años procede acoger la prescripción opuesta por el demandante a la excepción de dolo alegada por el demandado, tanto porque así lo prescribe el artículo 1301 del Código Civil Español, cuando porque estando prescrita la acción de dolo está igualmente prescrita la excepción fundada en él.”

Importante es señalar el fallo de fecha 2 de octubre de 2007 de la Excma. Corte Suprema, cuya sentencia resuelve acoger la excepción por falta de jurisdicción, al aplicar la Ilma. Corte de Apelaciones de Punta Arenas la ley chilena para resolver un conflicto laboral, debiendo hacerlo por la ley japonesa. En primera instancia el Tribunal Laboral acogió la excepción por falta de jurisdicción, puesto que alegó la demandada que el contrato de trabajo se regía por la ley japonesa. Posteriormente, la Ilma. Corte de Apelaciones de Punta Arenas resolvió por medio del derecho chileno, y finalmente la Excma. Corte Suprema acogió el recurso de casación, acogiendo la excepción por falta de jurisdicción.

Esta sentencia suscribe en el considerando 8º: “...cuando se admite en determinados casos la extraterritorialidad de la ley, como cuando se reconoce eficacia a la actividad jurisdiccional de los órganos del extranjero, no se hace otra cosa que respetar el derecho interno que permite se aplique la ley extranjera y se tengan por válidos los pronunciamientos jurisdiccionales de otro Estado. Es decir, que la extraterritorialidad de las leyes y sentencias extranjeras, no tiene lugar por el hecho de ser leyes y sentencias, que sólo tienen eficacia dentro del lugar donde han sido dictadas, sino porque ha mediado la voluntad del Estado, donde incidentalmente se trata de aplicar. De manera que si esa voluntad no se manifiesta expresamente, sea de un modo general, sea en forma restringida, no puede tener, dentro del Estado, eficacia alguna la actividad jurisdiccional extranjera.” Y parte del considerando 10º: “En otros términos, la ley chilena se aplica, en general, en territorio nacional y no es admisible su vigencia en territorio extranjero, como se ha pretendido por los demandantes.”

Sobre la actividad probatoria, caso en el cual se admite la autonomía de voluntad sobre el derecho aplicable, con fecha 30 de noviembre de 2004, la Excma. Corte Suprema prescribió: *“Que, así las cosas, al establecer la sentencia que la legislación aplicable es la del derecho extranjero y que al no haberse acreditado por el actor, debió, como lo hizo, rechazar la demanda, ha dado una correcta aplicación al inciso 2° del artículo 16 del Código Civil y 113 del Código de Comercio.”*. Aunque es la alternativa preferida por la jurisprudencia extranjera, además del uso de la *lex fori*, este fallo lamentablemente no es reflejo de un criterio general o común.

Aunque la doctrina señala que la Corte ha aceptado en reiteradas veces la investigación de oficio, también la ha rechazado en otros²⁸⁶. En el último caso transcrito podemos observar que se estima primero que la carga de la prueba es por quien alega la aplicación de otro derecho (sin pronunciarse sobre la naturaleza del derecho extranjero), segundo; el rechazo de la demanda ante el riesgo de la falta de prueba, y tercero; consecuentemente rechaza, o al menos restringe, la investigación de oficio por el tribunal. En el famoso caso de “Junta Provincial de Sevilla con Guzmán y Otros”²⁸⁷, el tribunal efectivamente avaló la investigación de oficio del derecho extranjero, como reza el fallo: *“Para descubrir la verdad jurídica y la influencia que el quebrantamiento de determinada disposición haya podido tener con lo dispositivo del fallo, los jueces de casación en el fondo se encuentran investidos de facultades suficientes para investigar el derecho sin cortapisa alguna, haya sido o no invocado por las partes: y es así que cualquiera que haya sido el error con que se haya aplicado un determinado precepto, no procede acoger la casación si existe otra ley, aunque no se la haya invocado, que resuelva en el mismo sentido el litigio. Esta investigación, que es de la esencia misma de la casación, para asegurar un fallo acertado se obstaculiza en forma insubsanable al tratarse de la ley extranjera [...] Estas dificultades insubsanables para un Tribunal de casación, no son extensivas a los Tribunales de la instancia, por cuanto ellos tienen facultad para ordenar todas las probanzas que su criterio exige para una más exacta justicia y porque por sobre ellos*

²⁸⁶ Duncker, *Op. Cit.*, p. 369 y Albónico, *Op. Cit.*, p. 18.

²⁸⁷ CS, 10.8.1936, Tomo XXXIII, sección 1°, p. 449.

pesa el deber de ejercer su autoridad aun sin ley que resuelva la cuestión sometida a su decisión...”.

También en el caso de un matrimonio colombiano, que debió ser válido según las leyes colombianas, el tribunal aplicó de oficio la ley colombiana: *“Ha de aplicar la ley extranjera para determinar si el matrimonio es válido o nulo, aunque no se haya hecho valer en la demanda...”*²⁸⁸. Sin embargo, en otro caso, sobre el derecho checoslovaco se decidió: *“Sin embargo, ninguna prueba se ha rendido en la causa acerca de que el certificado otorgado en Praga por el Ministerio del Interior del indicado país [...] sea en Checoslovaquia una forma legal de acreditar el vínculo matrimonial...”*²⁸⁹. Éste da a entender que el tribunal no sólo admite los medios de prueba de la *lex fori*, sino también los extranjeros, es decir, si efectivamente se hubiere comprobado que el certificado daba fe del vínculo matrimonial, el tribunal chileno lo hubiere tenido por acreditado. Es una conclusión que no puede generalizarse, pero si la respuesta fuere afirmativa, es una excepción al principio *lex locus regit processum*; una de las reglas más importantes que configura el sistema jurídico procesal en general y que excepcionalmente es modificada por la ley extranjera. Finalmente el tribunal resolvió aplicando la *lex fori* tal como una *default rule*.

En la legislación actual el único medio de prueba que se refiere a la ley extranjera es el peritaje, surgiendo dudas ante la posibilidad de presentar por las partes otros medios de prueba o si el tribunal está facultado para cuestionar aquellos medios aportados. La Ilma. Corte de Apelaciones de Temuco debió analizar el contenido de un informe de peritos sobre el derecho argentino en un caso de sucesión, cuyo informe no resultó del todo correcto. La Ilma. Corte revisó aquel informe y concluyó: *“Un peritaje sobre derecho extranjero prueba la existencia y texto de esas leyes; pero no su alcance. Su interpretación y aplicación al testamento materia del juicio incumbe privativamente a los tribunales chilenos. [...] Incorre en la misma causal, pero en*

²⁸⁸ Corte de Santiago, 19.12.1964, RDJ, Tomo LXI, sección 2°, p. 97.

²⁸⁹ Corte de Santiago, 10.6.1970, RDJ, Tomo LXVIII, sección 1°, p. 35.

*relación con el N° 5 del artículo 170 del citado Código la sentencia que, debiendo aplicar la legislación extranjera, omitió las referencias a los artículos pertinentes. No obstante lo anterior, puede no invalidarse el fallo, si el ocurrente no ha sufrido perjuicio reparable sólo con su anulación.*²⁹⁰.

En relación del recurso de casación, en general la jurisprudencia chilena acepta la procedencia del recurso, pero sólo en determinados casos. Según los preceptos legales que regulan este recurso, la infracción de ley que influye en lo dispositivo del fallo es una causal general, pero se ha visto influenciada por las Teorías de Hecho y las Teorías de Derecho, hasta ser restringida. Si consideramos el derecho extranjero como un hecho, no cabe la posibilidad de recurso. Si es un derecho en cambio, al menos por parte mayoritaria de la doctrina²⁹¹, es posible recurrir ante la errónea aplicación o interpretación del derecho extranjero. Sin analizar a fondo el recurso (cuestión que se hará más adelante), existe una cantidad razonable de jurisprudencia estudiada por la doctrina que proporciona algunas luces sobre el recurso y las condiciones para su procedencia. De los fallos más relevantes se encuentran “Lauri con Fisco” con fecha 31 de mayo de 1966²⁹², “Baburizza y otros con Impuestos Internos” y “Junta Provincial de Beneficencia de Sevilla con Guzmán y otros”, éstos dos ya mencionados, entre otros. El primero, uno de los más relevantes, por cuanto la Corte Suprema se refiere expresamente a la procedencia del recurso de casación, señalando: “5° Que probada la existencia del texto o norma jurídica extranjera, y cuando la ley chilena se remite a ella, obliga al juez nacional a aplicarla correctamente, pues si dicha aplicación, que es cuestión de derecho, vulnera el texto extranjero, se produce de inmediato la infracción de la ley nacional, que exige una correcta aplicación de aquél, violaciones que quedan dentro del ámbito de la casación de fondo;”, “12. Que en esta forma, la sentencia infringe las disposiciones que se comentan, al concluir que el Código suizo establece, a falta de convención en

²⁹⁰ Corte de Temuco, 26.11.1968, RDJ, Tomo LXVII, sección 1°, p. 332.

²⁹¹ Albónico, *Op. Cit.*, p. 22.

²⁹² CS, 31.5.1966, RDJ, Tomo LXIII, sección 1°, p.180.

contrario, el régimen de sociedad conyugal y al determinar que Erika Riehl y Ernesto Lauri tuvieron ese régimen durante su matrimonio.”.

Pero en el caso Sevilla y Guzmán, ya individualizado, prescribe: *“20. Que, siendo, pues, la casación una institución técnica independiente del interés particular, creada como ya se ha dicho, con el fin primordial de mantener la estructura jurídica, que no puede ser otra que la propia de la nación que la ha establecido; carece de objeto y de interés el ocuparse técnicamente del derecho extranjero, y lo contrario significaría la adopción de medidas que iban a surtir efectos en otra nación, redundando en una invasión de atribuciones en desmedro de su soberanía y jurisdicción;”.*

A pesar de lo prescrito por la jurisprudencia en este último caso, en general, la tendencia moderna es aceptar la procedencia del recurso, básicamente bajo los mismos argumentos esgrimidos en el caso Lauri. El mismo panorama se observa en Cortes que aún consideran como hecho la ley extranjera, como ocurre en Francia e Inglaterra.

3.3. Análisis de los fallos: Idea de un reconocimiento indirecto

A pesar de los casos expuestos, en cuyas sentencias el derecho extranjero es considerado como un hecho de la causa, la jurisprudencia mayoritaria de la Corte Suprema mantiene un criterio normativo, es decir, de derecho, aunque sin manifestarlo explícitamente como se ha expuesto en el fallo de la Ilma. Corte de Apelaciones de Punta Arenas, en el cual se rechazó la solicitud de extradición. De esta forma no se aprecia una fundamentación lo suficientemente nutrida como para sentar raíces sobre un criterio normativo claro.

Es interesante analizar el fallo antes referido de la Corte Suprema de fecha 2 de octubre de 2007, puesto que en éste se indican varios puntos conflictivos sobre el derecho extranjero.

De acuerdo a lo señalado, la parte demandada alegó que la relación jurídica debía regularse por un derecho extranjero determinado, en este caso el japonés, y aún, que los tribunales japoneses eran los competentes para conocer del caso, pero esta parte

no probó ni demostró más sobre tal pretensión, es decir, si alegó la aplicación del derecho japonés, debería señalar las normas aplicables acerca de tal derecho. La demandante, en cambio, alegó de acuerdo al derecho chileno, por la nacionalidad de las partes. El tribunal de primera instancia rechazó lo que conocemos como *default rule*, es decir, no falló de acuerdo al derecho chileno, puesto que ninguna de las partes habría probado regirse por tal o cual derecho, lo que resultaría en la aplicación de la *lex fori*. El tribunal entonces acogió la excepción, pero no ante la actuación poco diligente o la omisión de la actora, sino por la defensa de la demandada. Esta parte tenía la carga de la prueba sobre el derecho aplicable, cuestión que no está fundamentada en la sentencia en tales términos, y por lo tanto, se entiende que el tribunal acogió la excepción porque la *demandante* no probó o no alegó cuál era el derecho aplicable al caso, confundiendo, tanto los efectos de aplicar o no una ley extranjera, como la carga de la prueba de aquella pretensión. En segunda instancia, en cambio, la Ilma. Corte de Apelaciones de Punta Arenas, falló aplicando la ley chilena, aceptando por lo tanto la *default rule*, y así fallando según la ley chilena sobre la relación laboral y las remuneraciones solicitadas por la parte demandante. La Corte Suprema acogió el recurso de casación interpuesto por la demandada, principalmente bajo el fundamento de la excepción de falta de jurisdicción. Como consecuencia de la decisión de la Corte Suprema, debió aplicarse otro derecho, el derecho japonés, al cual indirectamente le otorga validez, pero paradójicamente, entendió que el derecho (también otras sentencias extranjeras) era aplicable tal sólo cuando el derecho nacional lo reconoce.

Como vimos sobre el recurso de casación, la jurisprudencia entiende que procede dicho recurso mientras la infracción afecte una norma de la *lex fori*, es decir, del sistema nacional, aunque sea a través de la ley extranjera indirectamente, de modo que acepta la transgresión de la norma territorial pero no de la extranjera por sí sola²⁹³. E inclusive, la infracción a la ley extranjera, aunque sea calificada como

²⁹³ Ramírez Necochea (1967), *Op. Cit.*

hecho, según este razonamiento, procedería el recurso de casación ya que su justificación es la infracción a la *ley nacional* y no a la *ley extranjera*²⁹⁴.

Cuando la Corte Suprema se refiere al derecho incorporado en el fallo de Sevilla, Guzmán y otros, no es clara. Aunque parece señalar que el derecho extranjero incorporado puede ser infringido y así transgrediendo el derecho nacional, finalmente termina por rechazar el recurso: “*Que, salvo cuando la ley se considere incorporada a la legislación de otro país en conformidad con el derecho internacional, el territorio de cada Estado es el límite del imperio de aquélla; [...] Que a este fin primordial tiende el recurso de casación en el fondo, cuya misión es la de fijar el genuino sentido y alcance de la ley [...] Que expuestos los fundamentos filosóficos que informan la casación se impone que las cuestiones de derecho resueltas en conformidad con las leyes extranjeras que no estén incorporadas a la legislación nacional, no pueden ser revisadas por este recurso, equiparándose así a simples puntos de hecho, en lo cual los jueces del fondo actúan con facultades peculiares;*”.

Aunque no parecen completamente concordantes los argumentos de Ramírez Necochea sobre sus conclusiones del derecho extranjero y el recurso de casación²⁹⁵, sí parece razonable señalar que este fallo da cuenta de la falta de claridad sobre los conceptos que se utilizan sobre el derecho extranjero.

Podemos apreciar que la jurisprudencia, si bien adhiere a la Teoría de Derecho mayoritariamente, lo hace con matices que se inclinan por la Teoría del Derecho Incorporado, pero no por las razones tradicionales propias de esta teoría. La absorción o inserción del derecho extranjero al nacional en Chile no tiene por fin reconocer como derecho la ley extranjera, como es tradicionalmente considerado, sino más bien resguardaría la superioridad y unidad del derecho nacional chileno²⁹⁶.

²⁹⁴ Villarroel, C. y G. Villarroel, *Op. Cit.*, p. 95.

²⁹⁵ El autor indica que el derecho extranjero es *derecho*, pero aún así no procede el recurso de casación en caso de una eventual infracción a la ley extranjera. Ramírez Necochea (1967), *Op. Cit.*

²⁹⁶ Benadava, S. (enero/abril 1962). *Las relaciones entre derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos. Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo LIX. 1° parte. pp. 1-2. Este autor además se refiere a la incorporación automática de reglas internacionalmente aceptadas y generales.

De cierta forma engrandece el arraigado principio de territorialidad, pero bajo criterios que parecieran a primera vista razonables, los cuales también secundan la aplicación supletoria de la *lex fori* o de la *default rule*. Sobre esta línea, algunos de ellos se refieren a la autoridad pública del juez²⁹⁷ (sujeto al orden nacional), la responsabilidad internacional legislativa y ejecutiva²⁹⁸, la consecuente aplicación de la *lex fori* y el *lex locus regit processum*.

Si bien el estudio de la aplicación del derecho extranjero y del procedimiento de exequátur son objetos diferentes, la apreciación que efectúa la jurisprudencia sobre ellos los une en sus bases. En ambos está presente un elemento extranjero que, de alguna forma u otra, afecta al sistema jurídico nacional, por ejemplo, una sentencia dictada en el extranjero sólo posterior a su reconocimiento puede ser ejecutada, o luego de la prueba y alegación de un derecho extranjero éste puede ser aplicado. En varias ocasiones de forma implícita la jurisprudencia los considera de forma amplia, de lo que se deduce que el sistema jurídico nacional filtra todo elemento extranjero para luego reconocerlo o aplicarlo. Varios fallos hay en este sentido: la sentencia de la Corte Suprema, de fecha 10 de marzo de 2008, señala: “*Que el Derecho extranjero es, ante los tribunales chilenos, un hecho cuya demostración debe hacerse conforme a las leyes chilenas...*”, fecha 11 de mayo de 2009, a la sazón expone: “*Las estipulaciones pactadas en contratos internacionales que someten sus efectos a una legislación extranjera y otorgan competencia a tribunales foráneos, no hacen más que representar una manifestación de la autonomía de la voluntad absolutamente lícita en nuestra legislación.*”, y de 9 de noviembre de 2006: “*El exequátur es necesario para que la sentencia extranjera tenga valor de cosa juzgada fuera de los límites del país en que ha sido dictada. La resolución foránea por emanar de un poder público extranjero, sin el juicio previo de reconocimiento, no es más que un hecho y, por lo tanto, ningún efecto produce, es decir, carece de fuerza ejecutiva y de autoridad de cosa juzgada.*”, entre otros. Es interesante también el criterio jurisprudencial actual sobre el procedimiento de exequátur de sentencias

²⁹⁷ Benadava, *Op. Cit.*, p. 14.

²⁹⁸ *Ibid*, p. 15.

extranjeras, requerido, según la Corte Suprema, tanto para la acción de cosa juzgada como la excepción, en contraposición a varias convenciones internacionales que lo restringen sólo al caso de acción (tal es el Código Bustamante).

Esto da cuenta del excesivo cuidado con que se mira a los sistemas jurídicos extranjeros. Tal criterio se manifiesta en el siguiente considerando, con fecha 23 de octubre de 1933: *“La circunstancia que la resolución del tribunal extranjero no contenga declaración o mandato que corresponda ejecutar, no es óbice para que a su respecto pueda concederse el exequátur. La excepción de toda cosa juzgada que emana de toda sentencia ejecutoriada, puede ser invocada en Chile, tanto respecto de un fallo nacional como de uno extranjero si a este último se le ha concedido el pase correspondiente.”*²⁹⁹.

Como se había esbozado, en el fallo de 2 de octubre de 2007, del caso japonés, la jurisprudencia no sólo analiza el derecho aplicable al caso determinado, sino también, hace una referencia a la eficacia de las sentencias extranjeras, cuestión que agrupa en la *extraterritorialidad* del derecho. De los casos estudiados, damos cuenta que el derecho extranjero es tratado de forma especial por la jurisprudencia, sin importar el origen (por ejemplo, de una sentencia extranjera o la aplicación de este derecho, propiamente la ley extranjera aplicable según normas de conflicto o la voluntad de las partes), de modo que asimila *como un gran todo* el tratamiento del derecho en un caso particular y las resoluciones o sentencias dictadas en el extranjero, debiendo ambas ser reconocidas por la *lex fori* para adquirir fuerza como tales³⁰⁰.

²⁹⁹ CS, 26.10.1933, RDJ, Tomo XXXI, sección 2°, p. 530.

³⁰⁰ Santiago Benadava agrega que también la jurisprudencia considera que debe existir una aprobación o, al menos, un procedimiento por la ley nacional para los tratados internacionales, los cuales no tienen en el plano interno el valor de ley sin que hubieren sido ratificados y publicados en Chile, cuestión que ve reflejada en un caso al cual nos hemos referido de “Junta provincial de beneficencia de Sevilla con Guzmán y otros”. Benadava, *Op. Cit.*, pp. 20-24.

CAPÍTULO IV:

CONSECUENCIAS PRÁCTICAS Y PROCESALES DE ACUERDO A LAS TEORIAS Y LA JURISPRUDENCIA SEÑALADAS

La insuficiencia y diversa interpretación de la legislación chilena en la materia ha traído diversos problemas, los cuales luego se manifiestan de forma práctica en las decisiones jurisdiccionales. Para generar algunas conclusiones es necesario combinar los esfuerzos de cada una de estas áreas; el pronunciamiento de la jurisprudencia, el estudio de la doctrina y el desarrollo teórico.

A continuación se estudian las diversas consecuencias prácticas y teóricas de la aplicación y calificación de la ley extranjera en el proceso judicial, las cuales se delimitan especialmente al proceso civil, puesto que en el proceso penal la ley, a menos que ésta lo ordene expresamente, está delimitada exclusivamente al territorio jurisdiccional en sus efectos y se sujetan estrictamente al principio de territorialidad (con la excepcional situación del artículo 6° del Código Orgánico de Tribunales y de otras regulaciones especiales), en relación al *ius puniendi*, cuyos límites son las fronteras del Estado y la soberanía³⁰¹. Esta limitación se extiende no sólo a la aplicación de las leyes penales sino también a las normas del procedimiento penal, cuestión por la cual las normas de derecho extranjero no inciden en tal sede, a menos que, como se ha recalcado, por alguna legislación especial se deban aplicar³⁰².

Con respecto a la delimitación del derecho extranjero, otra distinción importante es la de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado. En cuanto a su aplicación, el juez no debería, en principio, distinguir entre el público o el privado, ya

³⁰¹ Koehnen, *Op. Cit.*, p. 19.

³⁰² Picand (2008), *Op. Cit.*, pp. 195-196.

que, según la mayoría de la doctrina, se debe tener en cuenta un sistema jurídico completo³⁰³. Pero, a pesar de la amplitud con la que se plantea ignorar esta división, en la mayoría de los casos, el derecho privado es aquel que prevalece. De igual forma existe la posibilidad de aplicar también el derecho procesal (público en este caso), el derecho laboral o el derecho administrativo³⁰⁴.

Según el derecho procesal, las normas aplicables al procedimiento se rigen bajo el principio *lex fori regit processum*, cuyo sentido es que el juez de cada Estado aplica su propia ley procesal nacional, aunque para resolver el fondo del asunto deba aplicar la ley del fuero o la ley extranjera³⁰⁵. Esto tiene mucho sentido dada la neutralidad de estas normas y la impracticabilidad de incluir distintos sistemas jurídicos extraños dependiendo del caso³⁰⁶. Así, de acuerdo al principio, la *lex fori* no sólo regula el procedimiento, sino que también delimita el Derecho Internacional Privado, ordenando variadas formas de aplicación, extensión y los medios probatorios que el juez posee para examinar su contenido³⁰⁷, en este sentido las normas reguladoras de la prueba.

Sin entrar a cuestionar las instituciones procesales que podrían verse modificadas o no por el derecho extranjero, el principio *lex fori regit processum* admite excepciones, como por ejemplo, la admisibilidad en sistemas comparados de varios medios de prueba aceptados en el país de origen del derecho extranjero y, en el caso nacional, la remisión expresa de la *lex fori* a una institución procesal extranjera o la adaptación casuística por el juez para lograr una tutela judicial efectiva y adecuada³⁰⁸, aunque en

³⁰³ Feuillade, M. (2012). *Aplicación del derecho público extranjero* [En línea] *Prudencia Iuris*, sin Vol. (73). pp. 99-101. Recuperado de: <<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/aplicacion-derecho-publico-extranjero.pdf>> consultado: 21 de Septiembre de 2017.

³⁰⁴ *Ibid*, pp. 98-112.

³⁰⁵ Hausmann, *Op. Cit.*, p. 1 y Canelo, *Op. Cit.*, p. 105.

³⁰⁶ Garcimartín, *Op, Cit.*, p. 228.

³⁰⁷ Hausmann, *Op. Cit.*, p. 1.

³⁰⁸ Garcimartín menciona como ejemplos de remisión el Artículo 32 del Reglamento Bruselas I bis "..., el juez español debe determinar la fecha de pendencia del proceso en otro Estado miembro teniendo en cuenta si, conforme al derecho procesal de ese otro Estado, la presentación de la demanda precede a la cédula de emplazamiento o no (*supra*, tema 13). Este dato es determinante, para, a

Chile es difícil encontrar manifestaciones y regulaciones con una visión internacional³⁰⁹. En tanto, el Código Bustamante prescribe en su artículo 398: “*La ley que rija el delito o la relación de derecho objeto del juicio civil o mercantil, determina a quién incumbe la prueba.*”, el cual prescribe que la ley que rige la carga de la prueba es aquella de la relación o del delito objeto del juicio, que no siempre es, en este caso, la chilena. Debido a la reserva chilena, prevalece ésta última con respecto a esta norma, y por lo tanto generalmente se aplica la *lex fori*³¹⁰.

El análisis se seguirá de acuerdo al derecho civil en el procedimiento civil. En caso de estudiar otra rama del derecho, se hará la respectiva referencia.

En ese escenario, aunque las Teorías previamente señaladas intentan determinar la naturaleza jurídica de la ley extranjera, del reconocimiento de uno y otro se siguen efectos dispares, en relación a los siguientes tópicos:

4.1. Necesidad probatoria e Investigación de Oficio por el Juez

La actividad probatoria que realizan las partes y la posibilidad de investigación *ex officio* del juez, constituye una de las más significativas consecuencias. De la determinación como Hecho o como Derecho, se sigue para las partes la prueba de su existencia y contenido, o bien, una mera facultad. Además de la teorías, en nuestro ordenamiento juegan un papel muy relevante dos principios a la hora de analizar este punto; el *iura novit curia* y la presunción de conocimiento de la ley extendida a la ley extranjera³¹¹.

continuación, decidir si admite o no la excepción de litispendencia.” Y en el caso de la segunda excepción, señala el Artículo 9 del Convenio de La Haya de 1970 “*Si un juez extranjero se dirige a un juez español para que practique una prueba en España, éste último la practicará conforme al Derecho español (lex fori); no obstante «se accederá a la solicitud de la autoridad requirente de que se aplique un procedimiento especial, excepto si este procedimiento es incompatible con la ley del Estado requerido o es imposible su aplicación debido a la práctica judicial del Estado requerido o por dificultades prácticas».* La ratio de esta excepción es lograr que la práctica de la prueba en España sea adapte lo mejor posible al proceso principal extranjero, que es donde va a sufrir sus efectos...”. Garcimartín, *Op. Cit.*, p. 229.

³⁰⁹ Canelo, *Op. Cit.*, p. 105.

³¹⁰ *Ibid*, p. 106.

³¹¹ Carvajal, *Op. Cit.*, p. 58.

A grandes rasgos, según las Teorías de Hecho, la prueba del derecho extranjero es indispensable, ya que el juez no carga con la obligación de conocerlo ni aplicarlo *a priori*, y por lo tanto, quien lo alega debe utilizar todos los medios de prueba permitidos por la ley con este propósito. Además, el juez no puede aplicarlo de oficio, puesto que no le es permitido fallar sobre puntos de hecho que no han sido sometidos a su conocimiento³¹², como se había mencionado, de acuerdo al estudio del artículo 160 del Código de Procedimiento Civil. Como derecho, en cambio, está previsto por la llamada presunción de conocimiento del artículo 8° del Código Civil, a la orden del principio *iura novit curia*; su prueba no es obligatoria por las partes, pero el juez tiene la obligación de aplicar el derecho extranjero (de la misma forma que aplicaría el derecho nacional si fuese el caso), e incluso, actuar de oficio ante la investigación y aplicación del mismo.

Las teorías tradicionales, desde la visión dualista que las caracteriza, están cada una claras con respecto a las consecuencias procesales, es decir, por un lado, la Teoría de Hecho sostiene la necesidad de probar su existencia como un *hecho* propiamente tal, no así la Teoría de Derecho, que básicamente otorga el carácter de ley a la ley extranjera. Lo que ambas teorías olvidan, y que muchas veces tal tarea asumen los catedráticos en la materia, son las consecuencias de aquellas directrices, es decir, de la regulación procesal específica para que aquellas consecuencias procesales lleguen a manifestarse, así por ejemplo, si fuere necesario probar el derecho extranjero, debieren indicarse los medios de prueba útiles para el caso o al menos ciertos estándares probatorios.

En razón de lo anteriormente señalado a continuación se presenta un estudio de algunas consecuencias procesales relevantes que debieran estudiarse en consideración con el derecho extranjero, sin asumir su limitación a estas categorías, pero sí como puntos importantes para su estudio teórico y práctico.

³¹² Duncker, *Op. Cit.*, p. 336.

4.1.1. Distinciones previas

Como primer alcance, se distingue por la doctrina varios rangos de actividad probatoria de las partes: ellas *prueban* (propiamente tal), *acreditan* o ejercen un *deber de diligencia probatoria*.

- a. Probar propiamente tal: esta calificación mantiene relación con las Teorías de Hecho, es decir, el derecho extranjero se prueba, y consecuentemente es necesario probar la existencia y contenido del derecho, de lo contrario el juez no lo puede aplicar. El contenido del derecho se extiende o restringe al caso concreto o a todos los aspectos que sea necesario conocer por el tribunal nacional³¹³. De esta última concepción, el Uso Jurídico es la teoría que requeriría una mayor investigación o contribución por las partes, puesto que la *imitación* del sistema jurídico es de forma completa, y conlleva un mejor y mayor conocimiento, que muchas veces el tribunal no puede lograr por sí mismo.
- b. Acreditar: la doctrina moderna señala que éste es realmente el deber de las partes, ya que al no ser éste un hecho de la causa, sino un hecho normativo, no corresponde propiamente tal *probarlo*³¹⁴, sino señalar, por ejemplo, un cierto alcance o contenido, para que posteriormente el juez deba fallar de forma más similar a como lo haría el juez extranjero (forma más aceptada de aplicación), en una actitud de colaboración.
- c. Deber de diligencia probatoria: Por último, el deber de diligencia corresponde a agotar por la parte todos los medios de prueba *razonables y necesarios*, de otro modo, si aquello no se realiza, el juez resuelve con la *lex fori* o desestima la demanda (ambas discutidas pero las alternativas más recurrentes). Si la parte cumple este deber diligente, el juez *debe* fallar conforme al derecho extranjero, y *puede* además proseguir de oficio³¹⁵.

³¹³ Calvo Caravana, A. y J. Carrascosa González, *Op. Cit.*, p. 265.

³¹⁴ Picand (2008), *Op. Cit.*, p. 191.

³¹⁵ Garcimartín, *Op. Cit.*, p. 250.

4.1.2. Cuando falla la actividad probatoria: *lex fori* o desistimiento de la demanda

Aunque ya logramos dilucidar parte del problema probatorio, la siguiente pregunta es fundamental: “¿qué sucede si las partes no cumplen con su carga o deber de probar el Derecho extranjero designado por la norma de conflicto?”³¹⁶. Como respuesta la doctrina sugiere 3 posibles soluciones: resolver con la *lex fori*, desestimar la demanda o requerimiento, como especie de inadmisibilidad, u otorgar al juez la posibilidad de investigar de oficio, independiente del comportamiento de las partes³¹⁷. Éste último punto será tratado en un apéndice diferente debido a su relevancia.

En relación, la tutela judicial efectiva³¹⁸ que para nuestro ordenamiento es entendida como el *debido procedimiento*, al sistema anglosajón es un símil al *due process of law*, que consiste en que cada persona tiene *derecho* a la protección de sus derechos o intereses ante órganos jurisdiccionales, en un sentido procesal, no así en la aceptación efectiva de sus pretensiones. Esta idea está detrás de, especialmente, la aplicación de la *default rule*, que se trata a continuación cuando falla la actividad de las partes o del tribunal en dilucidar la ley extranjera aplicable.

La práctica se inclina muchas veces por la *lex fori* o la *default rule*, cuya manifestación encontramos en las decisiones jurisprudenciales, especialmente en el ámbito comparado. Si las partes nada prueban del derecho extranjero, a pesar de fundamentar sus pretensiones bajo estas normas, se debe fallar con la ley del foro, puesto que se presume que las partes renuncian tácitamente a su aplicación. Según esta posición, la *lex fori* posee una doble característica: es residual y general. El juez, además, debe fallar el fondo del asunto para evitar la denegación de justicia³¹⁹ o, según nuestro entendimiento, una consecuencia derivada de la Inexcusabilidad de la

³¹⁶ Garcimartín, *Op. Cit.*, p. 249.

³¹⁷ *Loc. Cit.*

³¹⁸ Concepto que es admitido por la jurisprudencia chilena y según está protegido por la Constitución Política de la República, Galdámez, *Op. Cit.*, p. 198. Un mayor estudio del tema EN: Martínez, *Op. Cit.*, p. 18 y ss.

³¹⁹ Calvo Caravana, A. y J. Carrascosa González, *Op. Cit.*, p. 268.

Jurisdicción del artículo 76 inciso 2° de la Constitución Política de la República. La ley nacional es complementaria a la ley extranjera, y además con un papel práctico, pues conduce a decisiones uniformes³²⁰. Parte de la doctrina española desarrolla una crítica fuerte a esta posición ya que, según ella³²¹: a) Vulnera el carácter imperativo de la ley extranjera, b) Implica a priori la imposibilidad de conocer las normas que reglaran el conflicto, generando inseguridad jurídica, c) Favorece conductas fraudulentas por las partes, las cuales estratégicamente podrían convenir en evitar una cierta legislación, d) La ley nacional no es de general aplicación en casos internacionales, sino, más bien, como ley interna, y e) El pronunciamiento sobre el fondo del caso no debe regirse obligatoriamente por la *lex fori*, sino mejor desestimar la demanda, respuesta que satisface la tutela judicial efectiva.

Por otro lado, quienes sostienen como correcto el desestimar la demanda, distinguen entre suplir el fundamento de una pretensión y la actividad que realiza el juez de oficio o actividad instructora³²² (en palabras de Micheli, constatación³²³). La parte que no ha probado su pretensión, debiendo hacerlo, no puede beneficiarse por el fallo, regla que se denomina *non liquet*³²⁴. El tribunal no puede fallar con la ley del foro, y por ello la respuesta más correcta viene a ser la desestimación (respuesta que se repite también en el caso de la imposibilidad probatoria). En tanto denegación de justicia (como argumento más fuerte en apoyo de la default rule), el juez no deniega nada en caso de desechar la demanda, la doctrina estima que deja a salvo la cosa juzgada, por lo que el asunto puede volver a plantearse, pero correctamente. Para afirmar esta posición se señala un claro ejemplo: *“Dos portugueses solicitan el divorcio contencioso ante un juez español. La cuestión se rige por la ley portuguesa: art. 107. 2 Cc., pero no alegan ni prueban la Ley extranjera: argumentan según el Derecho español.-que es lo que pretenden las partes-. Solución: el derecho*

³²⁰ Vitta, *Op. Cit.*, p. 495.

³²¹ Calvo Caravana, A. y J. Carrascosa González, p. 268.

³²² Morelli, *Op. Cit.*, pp. 61-63 y Micheli, *Op. Cit.*, p. 233.

³²³ Micheli, *Op. Cit.*, p. 212.

³²⁴ Hausmann, *Op. Cit.*, p. 2.

*extranjero lo deben probar las partes. Si no lo hacen, el tribunal desestimará la demanda, y no se pronunciará sobre el fondo. Queda abierta la vía para un correcto planteamiento del proceso en base al Derecho portugués.*³²⁵.

4.1.3. En caso de faltar prueba o como actividad facultativa: Investigación de Oficio por el Juez

La investigación del juez es una respuesta justa y concordante con lo ordenado por la *lex fori*, tanto en caso de que las partes omitan alegar un cierto derecho extranjero (obligatoriamente) o cuando aquellas lo hicieren pero el juez estimare necesaria una mayor investigación. Los Códigos de Procedimiento Civil alemán y austríaco establecen expresamente este criterio, y vasta doctrina está de acuerdo con éste, así por ejemplo, von Savigny, Pillet, Weiss³²⁶, Wolff³²⁷, Romero del Prado, entre otros³²⁸.

La ley extranjera no puede ser considerada un hecho de la causa, ésta es un derecho que rige los hechos, de lo contrario también debiese probarse la ley nacional. La parte que invoca el derecho extranjero se encuentra en la misma situación de quien invoca el derecho nacional³²⁹. El juez tiene el deber de actuar de oficio, es parte activa, decisiva y responsable, tanto de la norma de colisión o conflicto de la *lex fori*, como de la norma extranjera³³⁰, sea en *ayuda* de la actividad probatoria o para suplirla enteramente ante ciertas circunstancias³³¹.

Estas circunstancias especiales de actuación también están, por parte de la doctrina, restringidas a ciertos casos: cuando las partes son incapaces de presentar prueba, demostrando que tal prueba resulta imposible. Estas imposibilidades en general se refieren a la dificultad para solicitar información de la ley de países muy lejanos y/o

³²⁵ Calvo Caravana, A. y J. Carrascosa González, *Op. Cit.*, p. 273.

³²⁶ Weiss, *Op. Cit.*, p. 603.

³²⁷ Wolff, *Op. Cit.*, pp. 203-216.

³²⁸ Duncker, *Op. Cit.*, pp. 365-366.

³²⁹ *Ibid*, p. 363 y Albónico, *Op. Cit.*, pp. 17-18.

³³⁰ Guzmán, *Op. Cit.*, p. 336.

³³¹ Calvo Caravana, A. y J. Carrascosa González, *Op. Cit.*, p. 267.

envueltos en conflictos bélicos o guerra, o que la parte no disponga de recursos económicos suficientes³³².

De todas formas, la posición mayoritaria, sostiene que si la *lex fori* ordena la aplicación de una ley extranjera, aquella aplicación no depende de la alegación de las partes, quienes no tienen una verdadera obligación probatoria.

La doctrina en ciertos casos diferencia la fuente de la norma extranjera, de modo que la actuación *ex officio* del juez encuentra un sustento y equilibrio con respecto al interés de las partes, es decir, en caso de normas imperativas, las partes nunca pueden disponer de ellas, no así en las normas cuya disposición está permitida por ley, y así, la prueba de normas que las partes han determinado por su propia voluntad (aún sin que explicitaran un contenido específico) afectan sólo su interés particular, y por lo tanto, la necesidad probatoria está mucho más limitada a su actuar propio. En cambio, la prueba de normas que exigen su aplicación por el derecho nacional, por ejemplo, las normas atributivas en materia de familia o derecho laboral, las que velan por un interés social o de la comunidad toda, generan una mayor actividad para el juez, requiriendo su actuación de oficio cuando fuese necesario³³³.

En los casos que el juez deba investigar de oficio, puede hacerlo por los principales medios probatorios señalados en la normativa nacional o a través de los mecanismos señalados en las convenciones internacionales³³⁴, como informes de peritos, certificados oficiales de agentes diplomáticos, documentos auténticos, entre otros.

³³² Los autores dan un caso como ejemplo: “...una mujer armenia solicitó el divorcio de su marido armenio, pero vista la situación bélica de su país, no pudo probar el Derecho extranjero. El TC indicó que el juez no debió desestimar la demanda de divorcio, sino que debía haber ayudado a la demandante a probar el Derecho extranjero (STC 10/2000 de 17 de enero de 2000, caso de los armenios). Si el tribunal no interviniera en estos casos, se vulneraría la tutela judicial efectiva...”. Calvo Caravana, A. y J. Carrascosa González, *Op. Cit.*, p. 267.

³³³ Los autores ejemplifican con casos en los cuales existen *intereses sensibles* como protección de menores, defensa del consumidor, del trabajador o alimentario. Calvo Caravana, A. y J. Carrascosa González, *Op. Cit.*, pp. 266-267.

³³⁴ Picand (2008), *Op. Cit.*, pp. 186-188 y Villarroel C. y G. Villarroel, *Op. Cit.*, pp. 87- 88, éstos últimos mencionan específicamente el Artículo 2° de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.

Dentro de la doctrina nacional, Carvajal Cortés recurre a una idea diferente. Sostiene que ante la falta o imposibilidad de probar el derecho extranjero, el juez debe (al igual que sobre el derecho nacional aplicable) recurrir a los mecanismos de integración de la ley e integrar el contenido de la norma extranjera, pero con la ley extranjera que no se ha podido probar, no con la ley nacional³³⁵. Aunque no es muy clara esta posición, puesto que no se ha podido probar la ley extranjera y por lo tanto no hay nada con lo que integrar, Sentís Melendo también recurre a la aplicación supletoria de la normas de integración extranjera³³⁶, lo cual implica un rechazo a la supletoriedad de la *lex fori*, y aboga por una mayor integración y equidad.

4.1.4. Imposibilidad de conocimiento de la ley extranjera

Como se refirió, hay circunstancias que ameritan el actuar activo del juez, una de ellas, la más relevante, cuando las partes están imposibilitadas de probar el derecho extranjero objetivamente. Los casos más recurrentes son guerra interna o división territorial, y falta de recursos económicos por las partes. Tres son las opciones; la aplicación de la *lex fori*, el desistimiento de la demanda (estos ya analizados previamente) o la aplicación de un sistema similar o afín del que se debe aplicar, pero el cual se desconoce³³⁷, lo que implica la actuación del juez. Si el juez investiga y llega al cabal conocimiento de la ley extranjera alegada, entonces ésta es la aplicable, y no cabe la discusión sobre estas tres opciones mencionadas. Aunque el desistimiento de la demanda es la tendencia actual, también es preferida por la doctrina la aplicación de un sistema jurídico similar³³⁸, de modo que el juez deba buscar una solución compatible con una mayor probabilidad para resolver el conflicto. Goldschmidt sostiene esta posición y al respecto señala: “...podría acudir a otro Derecho emparentado, podrá solucionar con cierta probabilidad el asunto controvertido conforme lo haría el juez cuyo Derecho el nuestro desconoce. Sólo, en este último lugar, debe aplicar el juez su propio Derecho, ya que dada la unidad del

³³⁵ Carvajal, *Op. Cit.*, p. 68.

³³⁶ Sentís, *Op. Cit.*, pp. 194-196.

³³⁷ Calvo Caravana, A. y J. Carrascosa González, *Op. Cit.*, p. 251.

³³⁸ *Loc. Cit.*, y Villarroel C. y G. Villarroel, *Op. Cit.*, pp. 97-99.

*género humano, existe una probabilidad, por pequeña que fuese, de que nuestro Derecho coincida con el Derecho extranjero. Si, por ejemplo, el juez argentino tuviese que aplicar el Derecho de Etiopía y no lograra acceso a sus fuentes, pero supiese que está inspirado en el Derecho francés y en el Suizo, habría de orientarse en estos dos...*³³⁹. Ahora, la doctrina nacional que acepta esta posición, la refuerza con el artículo 170 N°5 del Código de Procedimiento Civil; según el cual el fallo, a falta de ley que resuelva el asunto, debe fundamentarse de acuerdo a la equidad, cuestión que se logra aplicando un derecho similar o emparentado, a la vez señalando la razón de por qué el juez ha elegido tal sistema y no otro en la sentencia³⁴⁰.

4.1.5. Medios de Prueba

Como se refirió, la necesidad probatoria del derecho extranjero proviene de su falta de conocimiento por el juez, cuestión que abarca su existencia, vigencia, contenido, interpretación y alcance³⁴¹. De oficio el juez tiene el deber de averiguarlo, sin embargo las partes tienen libertad de presentar sus propios medios probatorios o de acreditación para el mismo. La cooperación internacional es fundamental para tratar la situación sobre el derecho nacional y el extranjero con igualdad, en especial a la tutela judicial civil, particularmente en la presentación de los medios de prueba en el proceso³⁴². El juez en ciertos casos está obligado a solicitar colaboración a otros jueces de un diverso Estado, ya sea en la realización de un medio probatorio o la adquisición de un elemento de prueba. Ante tal escenario Chile ratificó el Convenio sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, cuyo objetivo principal es facilitar la obtención de estos medios, mencionados de forma amplia.

³³⁹ Goldschmidt, W. (1985). *Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma. p. 143.

³⁴⁰ Villarroel, C. y G. Villarroel, *Op. Cit.*, p. 99.

³⁴¹ Guzmán, *Op. Cit.*, p. 342.

³⁴² Micheli, *Op. Cit.*, p. 254.

La ley permite de forma amplia todos los medios de prueba, incluyendo los medios modernos de prueba³⁴³, aunque se descartan algunos naturalmente como la confesión, presunciones o testigos³⁴⁴ (puesto que, se dice, no acarrearán certeza del contenido del derecho). Además es necesario tener en consideración el principio *lex fori regit processum*, de modo que la limitación natural de los medios de prueba está dado por los medios admitidos ante el tribunal del lugar donde se lleva a cabo el proceso³⁴⁵, aunque con contadas excepciones, tanto en materia internacional como nacional.

Aunque no hay norma expresa que señale los medios probatorios que pueden o no ser adecuados para dar por probada la ley extranjera, los principales medios señalados por la doctrina³⁴⁶ son:

- a) Texto auténtico o copia legalizada y auténtica de la ley extranjera. Las fotocopias o documentos privados no permiten acreditar con certeza la normativa, e inclusive su fidelidad, no permite consultar su contenido o integridad³⁴⁷, aunque es preferible una evaluación del caso concreto para descartarlas completamente³⁴⁸. Símil a las fotocopias son las “colecciones privadas de leyes” y obras doctrinales de autores extranjeros.
- b) Certificación oficial de los agentes diplomáticos o de los cónsules del país de cuya ley se trata. El Código Bustamante en su Artículo 410 señala “*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*”.

³⁴³ Canelo, *Op. Cit.*, p. 107.

³⁴⁴ Fernando Albónico EN: Picand (2016), *Op. Cit.*, p. 142 y Calvo Caravana, A. y J. Carrascosa González, *Op. Cit.*, p. 261.

³⁴⁵ Calvo Caravana, A. y J. Carrascosa González, *Op. Cit.*, p. 260.

³⁴⁶ Duncker, *Op. Cit.*, pp. 365-366.

³⁴⁷ Picand (2008) *Op. Cit.*, pp. 194-195.

³⁴⁸ *Ibid*, p. 195 y Calvo Caravana, A. y J. Carrascosa González, *Op. Cit.*, p. 262.

- c) Informes oficiales expedidos por los Ministerios de Justicia o Relaciones Exteriores o por los jueces o tribunales del país cuya legislación se invoca. También por órganos de cooperación internacional, creados a partir de convenios bilaterales o multilaterales, con el propósito de facilitar la entrega de información fidedigna de un país a otro. Convenios relevantes en Chile son el Código Bustamante, la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero y la Convención sobre Aplicación e Información del Derecho extranjero. El primero en su Artículo 411 dispone *“cada Estado contratante se obliga a suministrar a los otros, en el más breve plazo posible, la información a que el artículo anterior se refiere y que deberá proceder de su Tribunal Supremo o de cualquiera de sus salas o Secciones, o del Ministerio Fiscal, o de la Secretaría o Ministerio de Justicia”*. El segundo, dispone en su artículo 3° como medios idóneos la prueba documental, la prueba pericial e informes del Estado requerido, entre otros. Por último, la Convención sobre Aplicación e Información del Derecho Extranjero, para efectos del conocimiento del derecho extranjero, los Estados parte pueden requerir información a otros por intermedio del Ministerio de Justicia, información que abarca la legislación vigente, opinión doctrinaria y decisiones jurisprudenciales, para el conocimiento acabado de la materia³⁴⁹.
- d) Informes expedidos por Notarios, por las Facultades de Derecho o los Colegios de Abogados del país respectivo.
- e) Informes de abogados o juristas de reconocida competencia y autoridad en la materia³⁵⁰. En España y Alemania es considerado tradicionalmente idóneo, tanto como informe de peritos o prueba documental³⁵¹, y en Inglaterra es siempre requerido para explicar e interpretar el derecho extranjero³⁵². Una exigencia adicional es que los jurisconsultos sean nacionales del país cuyo derecho se

³⁴⁹ Picand (2008), *Op. Cit.*, p. 194.

³⁵⁰ Brereton, *Op. Cit.*, p. 3, quien señala que el conocimiento puede provenir de entrenamiento, estudio o experiencia.

³⁵¹ Calvo Caravana, A. y J. Carrascosa González, *Op. Cit.*, p. 252 y Hausmann, *Op. Cit.*, p. 9.

³⁵² Hausmann, *Op. Cit.*, p. 13.

informa, pero la flexibilidad probatoria abarca también informes de academias o instituciones, sean nacionales o extranjeras³⁵³. El Código Bustamante dispone en su Artículo 409: “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.”. Por otro lado, aunque en general sea el testimonio de un abogado, quienes pueden hacerlo depende de las circunstancias, por ejemplo, secretarios de compañías de seguro, navieros u hombres de negocios³⁵⁴.

Aunque la declaración de los expertos no es obligatoria, muchas veces es seguida por del tribunal, quedando en manos del experto la decisión de la Corte³⁵⁵.

Por otro lado, el medio probatorio es habitualmente muy costoso, lo que implica una dificultad adicional con el que deben lidiar las partes para probar el derecho extranjero, tal es el fallo *Murakami v Wiryadi and Others*³⁵⁶, con relación a la tutela judicial efectiva.

- f) El informe de peritos. Tal como ordena el Artículo 411 del Código de Procedimiento Civil, en la única disposición chilena que se refiere a la materia. Como tal, es parte también del testimonio de expertos o *expert evidence*, pero la diferencia consiste en la presentación del experto en juicio o sólo la presentación del informe.
- g) Notoriedad de la ley, por referencia unánime de los textos de los autores o de la jurisprudencia extranjera³⁵⁷.

Las partes no necesariamente deben presentar varios de estos medios, sino exclusivamente uno si cumple con el objetivo probatorio de la ley extranjera de

³⁵³ Calvo Caravana, A. y J. Carrascosa González, *Op. Cit.*, p. 252.

³⁵⁴ Wolff, *Op. Cit.*, p. 210.

³⁵⁵ Hausmann, *Op. Cit.*, p. 9.

³⁵⁶ *Murakami v Wiryadi and Others* 268 ALR 377 fallo citado EN: Brereton, *Op. Cit.*, p. 3.

³⁵⁷ Wolff, *Op. Cit.*, p. 366, se remite a lo ya analizado a la luz de la actividad de oficio del juez y teorías de la doctrina moderna.

acuerdo a los estándares probatorios del tribunal³⁵⁸. Incluso, Martin Wolff, sostiene (en consideración con el sistema jurídico inglés, cuyo tratamiento del derecho extranjero es igual a los hechos) la inconsistencia de los tribunales, quienes no cuestionan el estudio del derecho puramente inglés, las decisiones americanas o con paralelos de leyes extranjeras e inglesas, pero sí los de otros ordenamientos³⁵⁹.

Con respecto a la apreciación de los medios de prueba el Código Bustamante prescribe en su artículo 401: “*La apreciación de la prueba depende de la ley del juzgador*”, pero en nuestro sistema no existe norma que regule expresamente la apreciación de los medios en relación a la ley extranjera, para lo cual los jueces aplican tradicionalmente la *lex fori* según las reglas generales para los medios de prueba. Tampoco existe regulación sobre la forma para rendir los medios de prueba, de modo que el principio *lex locus regit processum* es la herramienta más útil para los jueces nacionales, lo que hace urgente establecer reglas claras sobre juicios de Derecho Privado Internacional³⁶⁰.

En la legislación comparada existen otros mecanismos que sirven a la acreditación del derecho extranjero previstos en convenios internacionales: tales como, el Convenio Europeo de Londres sobre Información del Derecho Extranjero o la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil. Éstos buscan una comunicación más expedita y eficiente para el conocimiento del derecho extranjero, mediante *puntos de contacto* que canalicen rápidamente la petición de las autoridades hacia la fuente de información³⁶¹.

4.1.6. Conocimiento propio del juez

En relación con la prueba de la ley extranjera, el conocimiento propio del juez posee una complejidad diversa a la presentación y análisis de los medios de prueba.

³⁵⁸ Calvo Caravana, A. y J. Carrascosa González, *Op. Cit.*, p. 261.

³⁵⁹ Wolff, *Op. Cit.*, pp. 210-211.

³⁶⁰ Canelo, *Op. Cit.*, p. 112.

³⁶¹ Calvo Caravana, A. y J. Carrascosa González, *Op. Cit.*, p. 264.

Si el derecho extranjero es un Hecho depende absolutamente de la actividad de las partes su aplicación, y por lo tanto, no podemos incluir el saber propio del juez desde esta aproximación. En cambio, si el juez actúa de oficio en la investigación del mismo, el conocimiento del juez entra en juego.

Bajo este supuesto, distinto es considerar este saber como un hecho público y notorio; al momento que las partes presentan ante el juez el conflicto, éste ya tiene un conocimiento previo sobre el derecho extranjero aplicable, similar a lo que ocurre con el derecho nacional. Aunque los hechos públicos y notorios no deben probarse, son hechos procesales, es decir, no resuelven el conflicto, sino parte de él³⁶². Tampoco lo podemos relacionar con las presunciones judiciales, ya que éstas consisten en la deducción lógica de un hecho desconocido gracias a uno conocido. El juez no realiza ninguna operación racional para dar con el derecho extranjero, no es posible deducirlo de otros hechos conocidos, sino sólo llegar a él a través de estudios propios o institucionalizados sobre el derecho foráneo.

Este conocimiento o *Private Wissen* es denominado incluso como los “*otros medios de averiguación*”, ya que no es estrictamente un medio de prueba³⁶³.

El papel del juez, tanto en la investigación de oficio que le es posible realizar, como del uso de su conocimiento, no es pasivo en doctrina³⁶⁴. Lo concreto en este caso es que al juez le es innecesaria la prueba de la vigencia o existencia de la norma extranjera, puesto que ésta sólo debe acreditarse cuando es desconocida por el tribunal³⁶⁵.

Las situaciones en que tal conocimiento le fueren útiles son dos: una de las partes no presenta prueba sobre el derecho extranjero aplicable, o que, aunque presente prueba, ésta sea insuficiente o errónea. En ambos casos, si el juez conoce bien el

³⁶² Villarroel, C. y G. Villarroel, *Op. Cit.*, p. 84.

³⁶³ Calvo Caravana, A. y J. Carrascosa González, *Op. Cit.*, p. 263.

³⁶⁴ Vitta, *Op. Cit.*, p. 495.

³⁶⁵ Picand (2008) *Op. Cit.*, p. 189 y Hausmann, *Op. Cit.*, p. 8.

derecho extranjero y no hay problemas de indefensión, en principio no hay problemas en su actuar³⁶⁶.

Esta solución es discutible en dos sentidos: por un lado, genera una grave incertidumbre al depender del conocimiento de cada juez, y por otro, premia de cierta forma, a la parte negligente que no ha expuesto prueba³⁶⁷. La solución que entrega Francisco Garcimartín es permitir la aplicación del conocimiento del juez como excepción, es decir, sólo en caso de que ambas partes no presenten prueba, y por lo tanto, ninguna se vea particularmente beneficiada a causa de la actividad propia del juez³⁶⁸. El tribunal, además, debe respetar el principio de contradicción, así, el juez debe hacer presente este conocimiento a las partes y permitirles oportunamente debatir sobre el mismo y su autenticidad³⁶⁹. El juez tiene el deber presentar su conocimiento con toda claridad, (lo mismo que el derecho nacional, como requisito de la sentencia), de modo que permita posteriormente la interposición de recursos³⁷⁰. Por otro lado, los medios por los cuales el tribunal llega a conocer del derecho extranjero son irrelevantes, pero éstos deben permitirle al juez un conocimiento cabal y profundo del derecho³⁷¹, y en ningún caso, podría desestimar las opiniones expertas presentadas por las partes alegando un mejor conocimiento propio³⁷².

4.2. Aplicación e Interpretación de la ley extranjera

La aplicación es cómo el juez debe pronunciarse con respecto al derecho extranjero y fallar el asunto controvertido. Habitualmente de las teorías sobre la naturaleza de la ley extranjera se deduce la forma en que el juez debe aplicarlo, pero no es completamente correlativa; así por ejemplo, de acuerdo a la Teoría de Hecho, si las partes prueban el derecho el juez debe fallar ordenado por tales normas, pero esto

³⁶⁶ Garcimartín, *Op. Cit.*, p. 250.

³⁶⁷ *Loc. Cit.*

³⁶⁸ *Loc. Cit.*

³⁶⁹ Hausmann, *Op. Cit.*, p. 8.

³⁷⁰ Calvo Caravana, A. y J. Carrascosa González, *Op. Cit.*, p. 263.

³⁷¹ *Loc. Cit.*

³⁷² Hausmann, *Op. Cit.*, p. 8.

no indica cómo debe hacerlo. Si bien algunas teorías sugieren formas de aplicación, no sólo es posible estudiar ese fenómeno siguiendo las categorías tradicionales de las teorías, sino también sintetizándolo de otra manera. Así tal análisis se divide en tres aplicaciones:

- a. Aplicación integral del derecho³⁷³: esta es la posición que siguen las Teorías de Derecho, las cuales sostienen que el juez debe fallar de la misma forma como lo haría el juez del Estado cuyo derecho extranjero se aplicará. Esta es principalmente la opinión de Martin Wolff, sobre quien ya se refirió. La aplicación integral implica todas las normas del derecho extranjero, es decir, las normas del derecho extranjero privado y público.
- b. Imitación del derecho: planteada por la Teoría del Uso Jurídico, la imitación no sólo implica concepciones filosóficas y jurídicas de la teoría de Goldschmidt acerca del derecho como conducta, sino también, le indica al juez cómo debe acercarse al derecho extranjero y aplicarlo. Como se señaló, en el estudio del Uso Jurídico, la imitación deber ser del sistema jurídico extranjero completo, considerando para ello no sólo las normas vigentes, sino también la doctrina reconocida y la jurisprudencia relevante. La probabilidad con la que se falla debe ser la más alta posible a la decisión que hubiere acaecido si fallare el juez extranjero. Según Goldschmidt: *“Nuestros jueces deben someterse tamquam cadaver (igual a un cadáver) a la interpretación que los jueces extranjeros dan a su respectivo Derecho, aun en el supuesto de su identidad al nuestro.”*³⁷⁴.
En particular, sobre estos términos, el Artículo 5° de la Convención sobre Aplicación e Información ordena que se informe sobre la legislación vigente, reseña de los fallos extranjeros de los Tribunales de Justicia u órganos administrativos con facultades jurisdiccionales, costumbres del lugar y doctrina pertinente, en razón a este tipo de aplicación.
- c. Segunda calificación: una situación jurídica debe ser calificada exclusivamente por el derecho extranjero aplicable, de modo que la naturaleza de la relación

³⁷³ Calvo Caravana, A. y J. Carrascosa González, *Op. Cit.*, pp. 274-275.

³⁷⁴ Goldschmidt (1990), *Op, Cit.*, p. 144.

jurídica debe aclararse como primer hecho. Similar conclusión es la que se llega en los conflictos de calificación de la *lex causae*³⁷⁵. La ley aplicable a una relación jurídica no puede desligarse de su calificación, de modo que la ley extranjera también es competente para ello. Similar a la incorporación material, forzar una situación según la *lex fori* es contradictorio con la posterior aplicación de una ley extranjera³⁷⁶.

- d. Integración de la disposición interna: con respecto a la teoría de Carnelutti, la cual propone la determinación de una fórmula conformada por el derecho extranjero, ésta fórmula implica la aplicación de la ley extranjera y por lo tanto constituye una forma de aplicación. En pocas palabras y elaborado por Carvajal Cortés, primero es necesario determinar el derecho aplicable³⁷⁷, luego verificar si la fórmula del derecho extranjero es válida bajo su propio ordenamiento³⁷⁸, y finalmente, se integra el contenido del derecho nacional por la fórmula del derecho extranjero³⁷⁹.

Si bien todas las propuestas anteriores son útiles a la hora de decidirse el juez por una de ellas y continuar la tarea de aplicar el derecho, un problema común que surge es el *conflicto internacional transitorio*, el cual consiste en la modificación de las normas del derecho extranjero a utilizar por mandato de la ley nacional³⁸⁰. Para determinar la normativa extranjera, la doctrina mayoritaria opta por aplicar las normas transitorias extranjeras también³⁸¹, y sólo en justificados casos no aplicarlas, como por ejemplo, que aquellas infrinjan el orden público internacional en cuyo país se resuelve el asunto.

³⁷⁵ Ramírez Necochea, *Op. Cit.*, p. 56-61. El autor define los conflictos de calificación como “cuando las calificaciones que dos legislaciones en juego hacen de una misma relación jurídica son tan distintas, que de aceptar a una u otra varía la legislación aplicable.” En casos cuyas normas de conflicto son iguales pero las calificaciones difieren entre sí.

³⁷⁶ Wolff citado EN: Guzmán, *Op. Cit.*, p. 300.

³⁷⁷ Carvajal, *Op. Cit.*, p. 77.

³⁷⁸ *Ibid*, p. 78.

³⁷⁹ *Loc. Cit.*

³⁸⁰ Calvo Caravana, A. y J. Carrascosa González, *Op. Cit.*, p. 275.

³⁸¹ *Ibid*, pp. 275-276.

Por último, es importante mencionar que las Teorías de Hecho no otorgan ninguna señal de cómo se debe aplicar el derecho extranjero, por lo que lleva a entender que la teoría adhiere a la aplicación integral, al contar ésta con una mayor aceptación por la doctrina (con la excepción, por supuesto, de la Teoría del Uso Jurídico).

En cuanto interpretación, ésta consiste, en términos simples, en determinar el verdadero sentido y alcance de una norma jurídica. Si nos atenemos a la Teoría de Hecho, la ley extranjera es interpretada de la misma forma que los meros hechos de la causa, siguiendo los parámetros internos del derecho nacional. Si las partes desean demostrar un sentido distinto deben probarlo ante el tribunal³⁸². Por el contrario, las Teorías de Derecho plantean dos posibilidades: a) Derecho propiamente tal y derecho incorporado formal: si la aplicación del derecho extranjero debe realizarse de forma integral, lo mismo sucede con su interpretación³⁸³, aunque la ley se incorpore a otro sistema (mantiene su carácter de *internacional*). El derecho, al ser tal, debe ser interpretado y no sólo establecido, considerando este punto como fundamento para afirmar la naturaleza de derecho de la ley extranjera³⁸⁴. La interpretación se ciñe a los parámetros del ordenamiento del cual proviene, como indica el siguiente ejemplo: *“Se presenta ante un juez español una demanda por incumplimiento de un contrato cuyos elementos aparecen en su totalidad, conectados con el ordenamiento francés. Si la norma de conflicto española remite al Derecho francés para regir el contrato, la totalidad del Derecho francés será aplicable. Ahora bien, si el contrato contiene una cláusula de valor-oro, la norma material especial que contiene el DIPr. Francés, -prevista para los contratos internacionales-, no será de aplicación al caso, porque el supuesto no entra en el ámbito de aplicación de la norma material especial en cuestión, pues para el Derecho francés no es un supuesto internacional. El juez español actuará como lo habría hecho un juez francés.”*³⁸⁵. Y b) Derecho Incorporado material: la distinción fundamental de la

³⁸² Duncker, *Op. Cit.*, p. 336, y Calvo Caravana, A. y J. Carrascosa González, *Op. Cit.*, pp. 276-277.

³⁸³ Wolff, *Op. Cit.*, p. 205.

³⁸⁴ Vitta, *Op. Cit.*, p. 495.

³⁸⁵ Calvo Caravana, A. y J. Carrascosa González, *Op. Cit.*, p. 277.

incorporación material es la apropiación por el sistema jurídico de una norma extranjera, convirtiéndola o absorbiéndola completamente, y así también su interpretación. Los parámetros y principios de la *lex fori* se aplican a la ley extranjera, la cual pierde su carácter extranjero y fines previstos por su legislador³⁸⁶.

4.3. Control y Recursos

4.3.1. Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad

La aplicación de una ley extranjera encuentra límites en tanto su contenido sea inconstitucional, esté en contra de principios e instituciones fundamentales³⁸⁷, o se someta a revisión por medio del recurso de casación en el fondo. En estos casos el juez no debe aplicar la ley extranjera a pesar de que la ley nacional lo ordene y se remita a ella. La Constitución prescribe la función revisora al Tribunal Constitucional, en su Artículo 93 N°6. La doctrina nacional se inclina a la procedencia de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en caso que la ley nacional se remita a una extranjera y ésta sea inconstitucional³⁸⁸. La solución ante la eventual inaplicabilidad de la ley extranjera, es la aplicación de la *lex fori* (nuevamente como *default rule*), tendencia que sostiene la doctrina nacional, ante el precepto del artículo 93 de la Constitución Política de la República, reafirmado por la jurisprudencia. La Corte Suprema en la materia prescribe: “*parecería impropio traer a conocimiento de la Corte Suprema un precepto legal extranjero a pretexto de ser contrario a nuestro Estatuto fundamental, salvo indudablemente si se tratara de una garantía de orden público.*”³⁸⁹.

³⁸⁶ Guzmán, *Op. Cit.*, p. 327.

³⁸⁷ Picand (2016), *Op. Cit.*, p. 152.

³⁸⁸ Ramírez Necochea, *Op. Cit.*, p. 79, Duncker, *Op. Cit.*, p. 340 y Albónico Valenzuela, F. (noviembre/diciembre 1947). *El recurso de casación en el fondo y la ley extranjera*. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XLIV. 1° parte. p. 130.

³⁸⁹ Fallo de la Excma. CS, fecha 10.8.1936, previamente citado.

Caso distinto es que la ley extranjera aplicable sea contraria a la Constitución extranjera, es decir, una disposición legal es contraria a su propia Constitución³⁹⁰. Las partes están autorizadas para alegarlo ante el tribunal que conoce del pleito³⁹¹, pero con ciertos límites, por ejemplo, la legitimación del tribunal nacional para actuar sobre el sistema extranjero, cuestión que no le corresponde en principio³⁹². La doctrina distingue si han sido o no declaradas inconstitucionales tales normas en el país extranjero, o si el control lo debe realizar el tribunal común o uno superior de justicia extranjero. Ante esto, es plausible declararlo inconstitucional por el tribunal común que debe aplicar la ley extranjera, puesto que este juez nacional no está habilitado para interponer algún recurso en el país extranjero³⁹³. El juez nacional entonces debe hacer prevalecer la Constitución extranjera, tal como lo harían los jueces extranjeros, a menos que sea posible interponer en ese país el recurso de inaplicabilidad, ya que la ley debe aplicarse mientras no sea declarada inconstitucional de acuerdo a las normas internas extranjeras³⁹⁴. El Tribunal Constitucional chileno ha protegido, en particular, el derecho de igualdad ante la ley y la no discriminación mediante la introducción de jurisprudencia y doctrina comparada, pero es cauto y actúa sólo con énfasis en la protección de derechos fundamentales³⁹⁵, en este sentido no ha fallado sobre la inconstitucionalidad de algún derecho extranjero aplicable en Chile.

4.3.2. Recurso de Casación en el Fondo

Para el recurso de casación en el fondo se distinguen dos situaciones: la errónea interpretación y la aplicación indebida de una norma extranjera, aunque ambos

³⁹⁰ Vitta, *Op. Cit.*, p. 511.

³⁹¹ Koehnen, *Op. Cit.*, p. 7.

³⁹² *Loc. Cit.*

³⁹³ Calvo Caravana, A. y J. Carrascosa González, *Op. Cit.*, p. 276.

³⁹⁴ Duncker, *Op. Cit.*, p. 340 y pero Fernando Albónico, sostiene: “No sería procedente que la parte interesada en la no aplicación de la ley extranjera inconstitucional hiciera uso del recurso de inaplicabilidad contemplado en nuestras leyes, toda vez que dicho recurso tiene por objeto declarar inaplicable toda ley, nacional o extranjera, contraria a la Constitución chilena y no a una extranjera.” Albónico (1947), *Op. Cit.*, p. 131.

³⁹⁵ Galdámez, *Op. Cit.*, pp. 220-221.

motivos se incluyen en la *infracción* de ley, del artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, que reza: *“El recurso de casación en el fondo tiene lugar contra sentencias definitivas inapelables y contra sentencias interlocutorias inapelables cuando ponen término al juicio o hacen imposible su continuación, dictadas por Cortes de Apelaciones o por un tribunal arbitral de segunda instancia constituido por árbitros de derecho en los casos en que estos árbitros hayan conocido de negocios de la competencia de dichas Cortes, siempre que se hayan pronunciado con infracción de ley y esta infracción haya influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia.”*, de cuyo artículo no es posible concluir expresamente que ha sido excluida la ley extranjera, como afirma cierta doctrina. Sobre lo cual opinión que considero acertada, concluye Fernando Albónico: *“...que no distingue si la ley infringida en la sentencia es nacional o extranjera y no siéndole lícito al intérprete distinguir, se desprende que en nuestro sistema legal procede ampliamente el recurso de casación en el fondo por infracción de la ley extranjera, sea que se contravenga formalmente a su texto, sea que se interpreta erróneamente o que se haga una falsa aplicación de ella.”*³⁹⁶. De todas formas las distinciones sobre el recurso de casación hacen del tema un asunto complejo, y por ello se ha dividido su estudio de acuerdo a las causales particulares sobre el derecho extranjero (resguardando que sólo existe una causal genérica).

4.3.2.1. Casación en el Fondo por falta de aplicación de ley extranjera

Las reglas sobre aplicación del Derecho Internacional Privado son determinadas por cada ordenamiento. El juez debe seguir estas reglas, de lo contrario faltaría a la aplicación correcta del derecho. Dentro de esta hipótesis de omisión existen tres posibles casos: a) Aplicación de una norma nacional, debiendo aplicar una extranjera, b) Aplicación de una ley extranjera, en vez de una ley nacional, y c) En caso de aplicar una ley extranjera no correspondiente. En los primeros dos casos

³⁹⁶ Albónico (1947), *Op. Cit.*, p. 140.

además hay infracción de la ley del foro, en tanto que en el tercer caso no hay una repercusión para el derecho propio del juez³⁹⁷.

La doctrina sostiene que es necesario determinar la regla del Derecho Internacional Privado obligatoria que no se ha aplicado, para luego deducir si es posible interponer el recurso de casación o no para su corrección.

- a. Norma o mandato legal: el sistema legal establece la normativa competente para solucionar un cierto conflicto. Si el juez aplica una norma distinta a la ordenada por su norma de conflicto entonces infringe su ley nacional³⁹⁸. Al respecto la jurisprudencia está conteste con esta afirmación, a la sazón la Corte Suprema señala: *“debe darse por infringida alguna ley patria en cuya virtud deban aplicarse las leyes extranjeras”*³⁹⁹. En cuanto tratados o convenciones internacionales, igualmente se recurre esta regla, puesto que son verdaderas leyes, luego de su tramitación según la Constitución de la República⁴⁰⁰.
- b. Costumbre: Según el artículo 2° del Código Civil: *“La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella.”* La doctrina nacional estima que cuando la costumbre reemplaza⁴⁰¹ a la ley y aquella es infringida, consecuentemente la ley se infringe, procediendo el recurso de casación⁴⁰².
- c. Ley del contrato: Queda la tarea de determinar si la ley según el artículo 1545 del Código Civil y el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil tienen el mismo alcance. La doctrina mayoritaria nacional deduce de la historia de la ley que es

³⁹⁷ Miaja de la Muela, *Op. Cit.*, pp. 376.

³⁹⁸ Duncker, *Op. Cit.*, pp. 371-372.

³⁹⁹ CS, 07.9.1923, RDJ, Tomo XXII, sec. 1°, p. 398.

⁴⁰⁰ Guzmán, *Op. Cit.*, p. 350.

⁴⁰¹ Por otro lado Eduardo Picand sostiene: *“La cátedra no comparte esta opinión pues la costumbre constituye derecho según el Código Civil cuando la ley se remite a ella, lo que hace suponer que ésta existe, con lo cual no la estaría reemplazando. La aplicación de la costumbre en el Código Civil es según ley y no en silencio de la ley. sólo en este último caso la estaría reemplazando puesto que no existe.”* Picand (2016), *Op. Cit.*, pp. 153-154.

⁴⁰² Guzmán, *Op. Cit.*, p. 351 y Duncker, *Op. Cit.*, p. 372.

posible la interposición del recurso por infracción de la ley del contrato, dejando la decisión en particular a la Corte de Casación⁴⁰³.

- d. Principios de Derecho Internacional Privado: esta vez un principio, máxima o aforismo del Derecho Internacional Privado es infringido. La discusión se centra en la extensión y carácter del recurso de casación (o institución afín), diferente en cada país, cuya apreciación de los principios también es distinta⁴⁰⁴. En muchos países, como Inglaterra o Estados Unidos, los principios forman parte del derecho público o privado (de la misma forma como lo hace la ley positiva), en cambio en otros, como el nuestro, no tienen el mismo rango. La jurisprudencia francesa es vacilante, pero recientemente acepta la infracción de los principios como una infracción de ley nacional, de tal modo que la contravención de los principios afecta a la ley nacional, sea en su texto expreso como en su espíritu⁴⁰⁵, opinión que comparte parte de la doctrina nacional⁴⁰⁶.

Según la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia nacional la discusión está zanjada⁴⁰⁷, y sólo es posible interponer el recurso de casación en casos de infracción de ley, sea esta nacional o extranjera. Principalmente se fundamenta en el artículo 722 del Código de Procedimiento Civil el cual prescribe: *“El escrito en que deduzca el recurso de casación en el fondo deberá: 1) Expresar en qué consiste el o los errores de derecho de que adolece la sentencia recurrida, y...”*, y de cuya historia se deduce que la finalidad del legislador fue facilitar la interposición del recurso, no así extenderlo a otras fuentes formales como son los principios⁴⁰⁸.

Así se ha manifestado en los fallos “Gardaix con Fisco” y “Sociedad Hauts Fourneaux, Forges et Acieries du Chili con Conde Abel Armand y Abel Eugenio

⁴⁰³ Guzmán, *Op. Cit.*, p. 351 y Duncker, *Op. Cit.*, p. 372.

⁴⁰⁴ Duncker, *Loc. Cit.*

⁴⁰⁵ *Ibid*, p. 374.

⁴⁰⁶ Guzmán, *Op. Cit.*, p. 354.

⁴⁰⁷ Albónico (1943), *Op. Cit.*, p. 22, Guzmán, *Op. Cit.*, pp. 354-355, Duncker, *Op. Cit.*, pp. 376-378 y Canelo, *Op. Cit.*, p. 102.

⁴⁰⁸ Canelo, *Op. Cit.* pp. 101-102.

Carbonel” y “Junta provincial de Beneficencia de Sevilla con Luis Guzmán y Otros”.

4.3.2.2. Casación por errónea interpretación de la Ley Extranjera

Debiendo el juez aplicar una norma extranjera, éste lo hace, pero yerra en su aplicación, la interpreta erróneamente o le otorga un sentido que no corresponde. Este tópico está íntimamente relacionado con la naturaleza de la ley extranjera. Negar la revisión por esta causal afectaría al sistema conflictual nacional, ya que, luego de efectivamente aplicar un sistema extranjero, se debe aceptar todo remedio ante una errónea interpretación, de modo que no comprometa la seguridad del tráfico de normas de Derecho Internacional Privado⁴⁰⁹.

Para la mayoría de la doctrina⁴¹⁰, bajo los fundamentos de la Teoría de Derecho y la conclusión previamente transcrita de Fernando Albónico, procede el recurso de casación, a fin de que la ley extranjera tenga un control y una correcta aplicación⁴¹¹. La ley aplicada dentro del territorio busca, además, uniformidad, sea ésta extranjera o nacional, cuestión altamente deseable y propio de los Tribunales Superiores de cada país⁴¹². Quienes rechazan la procedencia del recurso alegan que el vocablo *ley* del mismo artículo se refiere sólo a la ley nacional y que el objeto mismo del recurso es la uniformidad de la *ley nacional* y no la extranjera. Sobre éste último argumento, sostienen, de aceptarse el recurso por errónea interpretación de la ley extranjera, produciría contradicciones entre la interpretación de normas nacionales y normas extranjeras, introducidas en la jurisprudencia⁴¹³. El Artículo 549 del Código de Procedimiento Civil alemán sigue este criterio, además de la jurisprudencia francesa, alemana y española, entre otras⁴¹⁴.

⁴⁰⁹ Miaja de la Muela, *Op. Cit.*, pp. 378.

⁴¹⁰ Duncker, *Op. Cit.*, p. 385, Albónico (1943), *Op. Cit.*, pp. 22-23 y Guzmán, *Op. Cit.*, p. 358.

⁴¹¹ Duncker, *Op. Cit.*, p. 384.

⁴¹² Miaja de la Muela, *Op. Cit.*, pp. 380.

⁴¹³ Calvo Caravana, A. y J. Carrascosa González, *Op. Cit.*, p. 281.

⁴¹⁴ Duncker, *Op. Cit.*, p. 379.

4.3.2.3. Análisis con respecto a la procedencia del recurso de casación y argumentos en contra

Si consideramos que el derecho extranjero constituye un Hecho, la imposibilidad para interponer el recurso es absoluta. El ordenamiento jurídico es excluyente, la ley extranjera sólo puede ser *constatada*, y es impropio proteger *hechos* por medio del recurso de casación⁴¹⁵.

Ramírez Necochea, a pesar de adherir a la Teoría de Derecho, distingue para efectos del recurso, el derecho extranjero propiamente tal y el derecho extranjero incorporado. Sostiene que es posible recurrir de casación en el último caso, porque el derecho extranjero, al incorporarse, se interpreta por las normas y principios de la *lex fori*, y por lo tanto, no produciría efectos contradictorios⁴¹⁶. En el caso del derecho extranjero propiamente tal, cuestiona la extensión del recurso, ya que la ley extranjera es ajena al juez de la causa, y siendo que los recursos funcionan bajo la lógica de su propio sistema, la interposición de tal, por infracción de una ley extranjera, desnaturalizaría esta última⁴¹⁷.

Por otro lado, según la Teoría de Derecho, sí procede el recurso de casación, ya que el derecho nacional y el extranjero tienen la misma naturaleza, o al menos, tienen la misma protección⁴¹⁸. La interpretación de la ley extranjera no puede evacuarse exclusivamente por los jueces de fondo, esto daría lugar a interpretaciones diversas y caprichosas⁴¹⁹, cuestión que efectivamente viene a corregir el recurso de casación. Además, como se mencionó anteriormente, la unificación de la interpretación judicial

⁴¹⁵ Ramírez Necochea, M. (1967). *La infracción de la Ley Extranjería frente al Tribunal de Casación*. [En línea]. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Vol. 7 (7) Recuperado de <<http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/viewArticle/10313/10369>> consultado: 28 de septiembre de 2017.

⁴¹⁶ Ramírez Necochea (2010), *Op. Cit.*, pp. 79-80 y Micheli, quien señala, dentro del sistema de la incorporación, que es posible la interposición del recurso de Casación, puesto que “*no se trata, en estos casos, de un error en la constatación de un hecho de la causa que influye, por ejemplo, sobre la jurisdicción o sobre la competencia, sino de un error en la aplicación del derecho italiano al que se ha dado un erróneo contenido por la errónea aplicación de la norma extranjera.*” Micheli, *Op. Cit.*, p. 234.

⁴¹⁷ Ramírez Necochea EN: Villarroel, C. y G. Villarroel, *Op. Cit.*, p. 91.

⁴¹⁸ Romero del Prado, *Op. Cit.*, p. 564.

⁴¹⁹ Duncker, *Op. Cit.*, p. 380.

es el objetivo primordial del recurso, sea sobre las leyes nacionales o internacionales. Países como Rusia, Italia y Portugal siguen este criterio⁴²⁰. Calvo Caravana agrega, de no admitirse el recurso, vulnera la tutela judicial efectiva y supone una discriminación, puesto que, en caso de errónea interpretación, no sería posible la corrección de una norma extranjera aplicada por orden de la ley nacional⁴²¹. En palabras de Fernando Albónico: *“Aceptar la aplicación de leyes extranjeras y negar la sanción para los casos en que no se aplique, o se aplique erróneamente, es lo mismo que afirmar que un determinado hecho es un delito y no imponerle pena a su ejecución.”*⁴²². La doctrina mayoritaria sostiene esta posición⁴²³.

Fundamental en la legislación es el Artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, cuyo texto establece la procedencia del recurso por *infracción de ley*, ya mencionado. De acuerdo a su historia, en sentido amplio, incluye todas las normas jurídicas reconocidas como obligatorias: estos son los tratados internacionales, la ley del contrato, los usos y costumbres y la ley extranjera⁴²⁴.

Si el derecho extranjero es calificado como un hecho normativo, no existe un estudio al respecto. En la doctrina nacional, quienes sostienen la procedencia del recurso y tal calificación, son Carlos y Gabriel Villarroel. Bajo el artículo 2° de la Convención sobre Aplicación e Información del Derecho Extranjero, que señala: *“Todos los recursos otorgados por la ley procesal del lugar del juicio serán igualmente procedentes para los casos en que corresponda la aplicación del derecho de la otra parte.”*. A primera vista, sostienen que no habría inconveniente en la procedencia del recurso, pero es necesario distinguir algunos alcances⁴²⁵. El primero es con respecto a la norma uruguaya, la cual debe tener rango de ley o similar. El segundo, sobre la extensión del tratado (si abarca la ley de otros Estados o no, como ya se había

⁴²⁰ Wolff, *Op. Cit.*, p. 214.

⁴²¹ Calvo Caravana, A. y J. Carrascosa González, *Op. Cit.*, p. 282.

⁴²² Albónico (1943), *Op. Cit.*, p. 71.

⁴²³ Wolff, *Op. Cit.*, p. 143, Weiss, *Op. Cit.*, pp. 604-608 y Romero del Prado, *Op. Cit.*, pp. 562-565.

⁴²⁴ Duncker, *Op. Cit.*, p. 384.

⁴²⁵ Villarroel, C. y G. Villarroel, *Op. Cit.*, p. 94.

mencionado). A este respecto, la extensión general es favorable a la normativa chilena y es una solución uniforme para el vacío normativo⁴²⁶. Por último, sobre el alcance del recurso, su finalidad es velar por la correcta aplicación de la ley nacional y también la ley extranjera.

De la coherencia interna entre el artículo 1° y el 2° del tratado referido, llevan a aplicar y limitar correctamente la actuación del juez nacional en relación al derecho extranjero, ya que éste debe imitar correctamente el derecho, de lo contrario, podrá ser revisado por el tribunal *ad quem*⁴²⁷. En palabras de Carlos y Gabriel Villarroel: “*En el caso de infracción del derecho extranjero la Corte de Casación debe apearse al uso extranjero y rechazar o acoger el recurso, según si los jueces del fondo lo han respetado o no.*”⁴²⁸. Por lo tanto, admiten el recurso de casación en el fondo por infracción de ley extranjera, pero limitando los poderes de revisión de la Corte Suprema a la correcta imitación, consecuente con los artículos 1° y 2° del tratado con Uruguay.

Parte de la doctrina considera al derecho extranjero como premisa mayor para resolver un conflicto (como *derecho nacional*), pero al mismo tiempo, niegan la revisión en caso de errónea aplicación o interpretación. Esta posición abre camino a inconsecuencias y desprestigio de la labor interpretativa de la ley⁴²⁹; primero, a causa de una interpretación antojadiza del juez inferior, y segundo, alteran el fin fundamental del recurso (unificar criterios jurisprudenciales)⁴³⁰.

Entre las convenciones internacionales, el Código Bustamante en su artículo 412 ordena: “*En todo Estado contratante donde exista el recurso de casación o la institución correspondiente, podrá interponerse por infracción, interpretación errónea o aplicación indebida de una ley de otro Estado contratante, en las mismas*

⁴²⁶ Villarroel, C. y G. Villarroel, *Op. Cit.*, p. 79 y pp. 94-95.

⁴²⁷ *Ibid*, p. 96.

⁴²⁸ *Loc. Cit.*

⁴²⁹ Miaja de la Muela, *Op. Cit.*, pp. 379-383.

⁴³⁰ *Ibid*, pp. 380-381.

condiciones y casos que respecto del derecho nacional.”. Y el Tratado de Montevideo en el artículo 3° del protocolo adicional, ordena en términos similares la admisibilidad del recurso.

Como se esbozó, en la jurisprudencia extranjera el tema también es debatido. En Francia, la Corte de Casación rechazaba generalmente el recurso, pero la más reciente la acepta. La italiana, de acuerdo a la teoría imperante de la incorporación, lo acepta como infracción al ordenamiento jurídico propio⁴³¹.

La jurisprudencia chilena no es clara al respecto, pero en general ha admitido la procedencia del recurso en caso de infracción de ley extranjera, aplicada en razón de la ley nacional o un tratado internacional, en cuyo caso, entiende infringida la *lex fori*⁴³². El derecho extranjero es entendido como un hecho de la causa, de tal modo que la procedencia del recurso se mide en razón de la infracción a la ley nacional, que se remite a otro ordenamiento extranjero. En relación a ello, la Corte Suprema ha resuelto: “*La infracción de leyes extranjeras no basta por sí sola para autorizar el recurso de casación en el fondo si no se invoca a la vez como infringida alguna ley patria cuya virtud dichas leyes deban tener aplicación al caso resuelto.*”⁴³³. En otros fallos también como “Juan Ivo Baburizza y otros con Impuestos Internos” y “Junta provincial de Beneficencia de Sevilla con Luis Guzmán y Otros”, ya nombrados.

Finalmente y de acuerdo con la mayoría de la doctrina, en cuyo caso se infrinja la ley nacional y la ley extranjera, igualmente la costumbre y la ley del contrato, el recurso de casación sería procedente. Los principios de Derecho Internacional, si bien son considerados en algunas legislaciones como verdadero derecho positivo, en nuestro ordenamiento no poseen el rango de *ley* y por lo tanto, a grandes rasgos, no pueden ser revisados por el recurso de casación. En el segundo caso y según la opinión de Fernando Albónico, las correcciones a una errónea interpretación y la unificación de

⁴³¹ Mauro Cappelletti citado EN: Villarroel, C. y G. Villarroel, *Op. Cit.*, p. 94 y Morelli, *Op. Cit.*, 53.

⁴³² Ramírez Necochea (1967), *Op. Cit.*

⁴³³ Caso citado previamente de la Excm. CS, con fecha 7 de septiembre de 1923, RDJ.

la jurisprudencia son primordiales, sin distinguir entre la ley nacional o la extranjera aplicada.

4.4. Otros problemas de la Ley Extranjera

4.4.1. Pluralidad de ordenamientos

En caso de pluralidad de ordenamientos o derechos interregionales, como sucede en los Estados Unidos de América, la tarea es determinar qué derecho es aplicable en un Estado extranjero ajeno a tal distinción. Puede suceder también que se apliquen diversas normas en razón de una diversa religión, raza o clase social, como sucede en India⁴³⁴, o como en el Código Civil Austríaco, sobre el matrimonio entre católicos, cristianos no católicos y judíos⁴³⁵. En cualquiera de estos casos, la doctrina plantea solucionarlo mediante la aplicación del derecho interlocal o interpersonal del país interesado⁴³⁶.

Goldschmidt sostiene que en este caso el juez debe aplicar el derecho del Estado en el cual se hubiere podido presentar por el demandante⁴³⁷. El problema de este planteamiento, es considerar como única alternativa la presentación ante un solo Estado, sin tener en cuenta la posibilidad de presentarlos ante varios, cada uno con normativas diferentes⁴³⁸. Es más, incluso es posible que en cada uno de los Estados en los cuales pueda interponerse la demanda, encontremos jurisprudencia contradictoria, con lo que cual la Teoría del Uso Jurídico (al considerar el sistema jurídico integralmente), fallaría, lo mismo ante un sistema de distribución de causas o

⁴³⁴ Wolff, *Op. Cit.*, p. 204.

⁴³⁵ Duncker, *Op. Cit.*, p. 335.

⁴³⁶ Wolff, *Op. Cit.*, p. 204, Goldschmidt (1990), *Op. Cit.*, p. 139 y Duncker, *Op. Cit.*, p. 340.

⁴³⁷ Goldschmidt, *Loc. Cit.*

⁴³⁸ Mosciati, *Op. Cit.*, p. 49.

turnos, en cuyo caso es imposible determinar el tribunal que resolverá el conflicto⁴³⁹. Ante estas interrogantes todavía no hay una respuesta clara.

4.4.2. Límites aplicables a la ley extranjera

En ciertos casos, a pesar de que el juez nacional deba aplicar una norma extranjera competente, no puede hacerlo ante ciertas circunstancias que limitan la aplicación del derecho extranjero, como la incompatibilidad con instituciones nacionales o principios generales.

Tales limitaciones se dividen en limitaciones legales y limitaciones doctrinales:

4.4.2.1. Limitaciones Legales

Hay veces que ante la remisión de una ley extranjera por parte de la norma nacional, el mismo ordenamiento impida su aplicación⁴⁴⁰. La limitación más amplia la encontramos en el artículo 14 del Código Civil, la cual rige a los chilenos y extranjeros habitantes en Chile por igual. En principio, la norma chilena prevalece y es, de alguna forma, subsidiaria a todo conflicto suscitado en territorio chileno, no así la ley extranjera. También los artículos 15 y 16 del Código Civil limitan la norma extranjera; artículo 15: *“A las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles, permanecerán sujetos los chilenos, no obstante su residencia o domicilio en país extranjero.*

1º En lo relativo al estado de las personas y a su capacidad para ejecutar ciertos actos, que hayan de tener efecto en Chile;

2º En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes chilenos.”, y artículo 16: “Los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile.

⁴³⁹ Mosciati, *Op. Cit.*, pp. 49-50 y Guzmán, *Op. Cit.*, p. 319, quien sugiere que muchos de estos países no sólo poseen diversos ordenamientos, sino también diversas normas de conflicto, y pone de ejemplo a Yugoslavia en el periodo entre guerras mundiales.

⁴⁴⁰ Picand (2016), *Op. Cit.*, p. 157.

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

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

Así mismo, el artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil prescribe: *“Los requisitos de forma y fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de su celebración. Así, el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad con las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno, siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer.*

Sin embargo, podrá ser declarado nulo de conformidad a la ley chilena, el matrimonio celebrado en país extranjero que se haya contraído en contravención a lo dispuesto en los artículos 5º, 6º y 7º de esta ley.

Tampoco valdrá en Chile el matrimonio que se haya contraído en el extranjero sin el consentimiento libre y espontáneo de los contrayentes.”

Otros ejemplos son el artículo 1027 del Código Civil, artículo 998 del Código Civil en relación al artículo 998 del mismo Código, entre otros.

Ahora, en cuanto a la autonomía de la voluntad, es posible que las partes acuerden la aplicación de una ley extranjera en un contrato, pasando ésta a ser la ley que lo gobierne⁴⁴¹. El derecho nacional otorga libertad contractual amplia, mientras no se extienda a contratos internacionales, en cuyo caso el principio de territorialidad la limita con mayor fuerza⁴⁴². Existen reglas que igualmente determinan la validez, existencia y efectos del contrato, de las cuales las partes no pueden disponer, límites que consecuentemente afectan a la ley extranjera aplicable. Para esto, el sistema

⁴⁴¹ Vial Undurraga, M. (2013). *La autonomía de voluntad en la legislación chilena de Derecho Internacional Privado*. [En línea]. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. XL (3), p. 892. Recuperado en: <<http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v40n3/art06.pdf>> Consultado: 04 de octubre de 2017.

⁴⁴² *Ibid*, p. 896.

chileno recurre al principio de territorialidad como regla fundante. Los posibles límites son la ley del foro, la ley elegida por las partes o eventualmente la ley de un tercer Estado⁴⁴³. Al caso es pertinente estudiar las limitaciones de la *lex fori*. Así, por ejemplo, se señalan como limitaciones: a) Los contratos nacionales deben regirse por la ley nacional, de modo que en ellos la elección de ley está prohibida, debido a los amplios términos del artículo 14 del Código Civil⁴⁴⁴, b) La elección de ley debe referirse a una legislación vigente, lo cual implica que no es posible elegir por ellas normas a-nacionales o usos comerciales internacionales que no presentan relación con la ley elegida⁴⁴⁵, c) Esta elección no puede ser contraria al orden público de la *lex fori* ni devenir en fraudulenta, cuyos conceptos de tratarán a fondo más adelante, d) La elección de normas imperativas que dejan sin efecto otras disposiciones o *normas policía*, las cuales no pueden ser reemplazadas por otras, especialmente ante asuntos de relevancia internacional, tales como, normas antimonopolio, consumidor, matrimonio monógamo y heterosexual, entre otras.⁴⁴⁶

Dentro del sistema chileno encontramos esta manifestación en normas, tales como, los artículos 14, 15 y 16 del Código Civil, a los que ya nos hemos referido, y además en normas que regulan la Libre Competencia (Decreto Ley 211 de 1974 y modificaciones), garantías sobre el libre ejercicio de una actividad económica, la restricción del Estado de someter a cargas impositivas discriminatorias o gravosas, la protección de la propiedad, respectivamente en el artículo 19 N°s 21, 20 y 24 de la Constitución Política de la República, la protección al consumidor de la Ley 19.946 de 1997, entre otros⁴⁴⁷.

⁴⁴³ Un estudio más acabado EN: Vial Undurraga, *Op. Cit.*, p. 912.

⁴⁴⁴ *Loc. Cit.*

⁴⁴⁵ *Ibid*, p. 916.

⁴⁴⁶ *Ibid*, pp. 917-918, y Goldschmidt (1990) *Op. Cit.*, p. 161-162, el autor estima que la utilización de estas normas puede ser peligroso, ya que otorga a los jueces el poder de mezclar asuntos relacionados con el derecho público o el derecho público y privado, con el orden público internacional, en casos que es necesario distinguir previamente el régimen normativo de cada uno.

⁴⁴⁷ Gallegos Zúñiga, J. (2009). *Aspectos Generales del Derecho Internacional Privado*. [En línea]. *Revista del Magister y Doctorado en Derecho*. Sin Vol. (3). pp. 152-153. Recuperado de <<http://revistas.uchile.cl/index.php/RMDD/article/view/18699/28596>> Consultado: 5 de octubre de 2017.

4.4.2.2. Limitaciones Doctrinales:

La doctrina estima igual ante las limitaciones normativas, que el juez no debe aplicar la ley extranjera cuando su aplicación implique la contravención al orden público internacional o el fraude a la ley. Por otro lado, la doctrina tradicional considera como limitaciones además el reenvío y la calificación⁴⁴⁸, aunque actualmente son tratados como objetos de estudio distinto, más bien dentro del estudio de la Teoría de Conflictos de Ley, como tema macro.

- a. Orden Público Internacional: el concepto surge bajo la Escuela Estatutaria italiana del siglo XIII, cuya filosofía permite la aplicación de la ley extranjera, pero restringiéndola en caso de alterar los principios básicos del ordenamiento⁴⁴⁹ o llevar a una solución injusta, poco conveniente o peligrosa⁴⁵⁰.

Aunque no es un concepto fácil de definir debido a su generalidad y mutabilidad, Fernando Albónico lo señala como: “...*la noción de orden público internacional comprende el conjunto de preceptos legales e institucionales del derecho, que dado el fin social que ellos representan, impiden la aplicación de la ley extranjera.*”⁴⁵¹, por su parte Ramírez Necochea centra su atención en su función: “...*el orden público en el sentido del Derecho Internacional Privado, constituye un límite a la aplicación de la ley extranjera, y su contenido no corresponde exactamente al que tiene el orden público en el sentido interno...*”⁴⁵². La diferencia entre el orden público interno y el internacional determina su función como limitante de la ley extranjera: el orden público internacional no limita un contrato o convención, sino la aplicación de una ley

⁴⁴⁸ Albónico (1943), *Op. Cit.*, p. 25, Duncker, *Op. Cit.*, pp. 400-410 y Gallegos, *Op. Cit.* pp. 160-161. Éste último sostiene que el reenvío es una imposibilidad material de aplicación de la ley extranjera, en caso de remisión de la *lex fori* a la extranjera y de ésta última a la primera, para cuya solución el sistema chileno no se pronuncia y la doctrina está dividida en la aceptación del reenvío y en su rechazo.

⁴⁴⁹ Picand (2016), *Op. Cit.*, p. 158.

⁴⁵⁰ Duncker, *Op. Cit.*, pp. 410-411.

⁴⁵¹ Albónico (1943), *Op. Cit.*, p. 26.

⁴⁵² Necochea (2010), *Op. Cit.*, p. 85.

extranjera utilizada en razón del ordenamiento interno, la cual debería normalmente dar solución a un conflicto del Derecho Internacional Privado, pero que finalmente resulta contraria a principios y normas nacionales⁴⁵³. Aunque en el Código Civil se hace referencia al orden público, no existe remisión alguna sobre el orden público internacional⁴⁵⁴. Tanto el orden público como el orden público internacional son naturalmente localistas, variables e imprecisos⁴⁵⁵, y por ello deben ser tratados con cuidado⁴⁵⁶.

Savigny indica que el orden público internacional debe actuar como una *cláusula de excepción* a la función normal de las normas de conflicto, es decir, de la regla general de aplicación de tales normas, el orden público internacional funciona tanto para flexibilizar y materializarlas; flexibiliza el ordenamiento interno admitiendo la no aplicación de una ley extranjera por ser contraria a éste (como excepción), y a la vez, tiene en cuenta el contenido de la ley extranjera, y el resultado de su efectiva aplicación⁴⁵⁷.

Goldschmidt plantea que deben existir dos supuestos para la aplicación del orden público internacional: a) Diversidad ideológica entre la comunidad de Estados, cuyas normas de conflicto son aplicables, y b) Una obligación jurídica de aplicar la normativa extranjera⁴⁵⁸.

Los criterios que sirven para aclarar si hay o no infracción al orden público internacional son más amplios que para el derecho interno⁴⁵⁹, y normalmente se verifican luego de su aplicación ordenada por la ley nacional⁴⁶⁰, caso en

⁴⁵³ Picand (2016), *Op. Cit.*, p. 159.

⁴⁵⁴ Duncker, *Op. Cit.*, p. 415.

⁴⁵⁵ Necochea (2010), *Op. Cit.*, p. 83.

⁴⁵⁶ Mereminskaya, *Op. Cit.*, p. 146.

⁴⁵⁷ F.K. v. Savigny EN: Calvo Caravana, A. y J. Carrascosa González, *Op. Cit.*, p. 284 y Goldschmidt (1990), *Op. Cit.*, p. 148.

⁴⁵⁸ Goldschmidt (1990), *Op. Cit.*, p. 147.

⁴⁵⁹ Gallegos, *Op. Cit.*, p. 160.

⁴⁶⁰ Goldschmidt sugiere que esta aplicación y verificación del resultado dañoso resulta de una imitación provisional del derecho extranjero. Goldschmidt (1990), *Op. Cit.*, p. 152. Carvajal Cortés indica que existen dos posiciones sobre la aplicación; las teorías apriorísticas, las cuales encasillan ciertas materias como orden público y por lo tanto no puede sobre ellas aplicar otro derecho que no

que se corrobora o no la real infracción⁴⁶¹. Por ejemplo, el matrimonio poligámico no es aceptado en Chile, aún celebrado en países cuyas normas lo permiten, y siendo en Chile aceptado el principio *lex locus regit actum* para el matrimonio⁴⁶².

Se reconocen en el ordenamiento nacional ciertas normas que bajo ciertos supuestos deberían estar particularmente protegidas ante normas extranjeras, se mencionan por ejemplo, las normas constitucionales, administrativas, penales, procesales, tributarias y en general el derecho público (cuya categoría no les otorga inmediatamente la protección por el orden público internacional), y además normas del derecho privado en relación a la defensa de la persona y las relaciones de familia o la protección de la propiedad⁴⁶³.

Esta afectación debe referirse al resultado de la eventual aplicación de una disposición extranjera⁴⁶⁴, y con especial cuidado de no vulnerar el respeto de los derechos adquiridos, principio fundamental del Derecho Internacional Privado⁴⁶⁵. El orden público internacional, finalmente debe intervenir

sea el patrio, y por otro lado las teorías a posteriori, que consideran al orden público como una excepción, y que sostiene la mayoría de la doctrina. Carvajal, *Op. Cit.*, p. 82.

⁴⁶¹ Goldschmidt señala que el orden público está conformado por los principios de cada ordenamiento, a partir de ello explica que la afectación de las normas nacionales sólo puede verificarse en el posible resultado de la aplicación de la norma extranjera, en cuyo caso adquiere verdadera fuerza. Goldschmidt (1990), *Loc. Cit.*

⁴⁶² Calvo Caravana utiliza el mismo ejemplo y señala que es contrario al derecho español en cuanto los principios básicos que asegura son el matrimonio monogámico y la dignidad constitucional de la mujer, y por lo tanto intolerable su aceptación por los tribunales españoles. Calvo Caravana, A. y J. Carrascosa González, *Op. Cit.*, p. 283.

⁴⁶³ Necochea (2010), *Op. Cit.*, p. 84 y Goldschmidt (1990), *Op. Cit.*, p. 163, quien restringe la función del orden público internacional a la cláusula de reserva, normas rígidas expresas del Derecho Privado y los principios básicos del ordenamiento nacional.

⁴⁶⁴ Al respecto, no es el contenido de la norma extranjera la que es contraria al sistema jurídico, sino el resultado de su aplicación, es decir, sus efectos prácticos. La amenaza que busca salvaguardar el orden internacional es concreta, no teórica ni potencial. Vitta, *Op. Cit.*, p. 506 y Wolff, *Op. Cit.*, p. 165, quien bajo la misma idea, señala que no es necesario que los tribunales desechen por completo una norma extranjera, sino analizar particularmente sus efectos y descartarlos posteriormente.

⁴⁶⁵ Gallegos, *Op. Cit.*, p. 160, y Guzmán, *Op. Cit.*, p. 388, éste último señala que un derecho adquirido puede ser incompatible con el sistema jurídico nacional en alguno de sus efectos, no en todos, y además el orden público internacional interviene con menor intensidad sobre ellos.

excepcionalmente, como sostiene la mayoría de la doctrina⁴⁶⁶, puesto que implica el fracaso de una norma de conflicto. De esta forma, sólo debe actuar en pos de la protección de intereses generales del país que conoce del conflicto y del cual una exclusiva intervención garantice la efectiva protección de dichos intereses⁴⁶⁷.

De limitar la aplicación de la ley extranjera, la doctrina señala diversos efectos del orden público internacional: 1) Efecto directo o negativo: no se debe aplicar la ley extranjera (ocurre siempre que interviene el orden público), y 2) Efecto indirecto o positivo: corresponde determinar qué ley se aplicará al caso ahora que la ley extranjera es descartada⁴⁶⁸, el cual no siempre ocurre. Ante esto no hay en nuestro ordenamiento una respuesta. Goldschmidt sostiene que no es posible hablar de efecto positivo o negativo, ya que siempre se producen ambos, sino más bien, del efecto positivo o negativo del actuar del orden público⁴⁶⁹.

Ante esta situación se sostiene lo siguiente: a) Tratándose de conflictos con varios puntos de conexión y con varias normas de conflicto aplicables, se debe escoger la compatible con el sistema nacional, b) Si sólo existe una ley aplicable extranjera, debe descartarse y aplicar el derecho nacional, considerado como el *menos malo* o *the least of evils*⁴⁷⁰. Esta parece ser la

⁴⁶⁶ Miaja de la Muela, *Op. Cit.*, pp. 333-335 y Guzmán, *Op. Cit.*, pp. 368-373. Los autores retratan el panorama doctrinal en razón de la naturaleza del orden público, por cuanto existen dos sistemas más o menos definidos: la competencia absolutamente normal, para cuyo entendimiento el orden público se aplica en general, y la competencia excepcional y exorbitante, como remedio a la ley extranjera naturalmente competente pero contraria al sistema jurídico interno.

⁴⁶⁷ Calvo Caravana, A. y J. Carrascosa González, *Op. Cit.*, p. 288, Vitta, *Op. Cit.*, p. 488 y Goldschmidt (1990), *Op. Cit.*, p. 163.

⁴⁶⁸ Calvo Caravana, A. y J. Carrascosa González, *Op. Cit.*, p. 291.

⁴⁶⁹ Goldschmidt (1990), *Op. Cit.*, pp. 163 y siguientes, el autor desarrolla ampliamente el tema.

⁴⁷⁰ Calvo Caravana, A. y J. Carrascosa González, *Op. Cit.*, pp. 287-288 y p. 291. Señala el autor que parte de la doctrina también propone otras soluciones menos atractivas como: el rechazo de la demanda, aplicar otro derecho que se aproxime al derecho extranjero rechazado, aplicar un derecho uniforme entre la conjunción de ambos sistemas en conflicto, el sistema germánico consistente en crear una norma especial como si el sistema extranjera tuviere una laguna legal y por último una solución judicial concreta. Y Vitta, *Op. Cit.*, p. 488.

solución que sigue la doctrina chilena⁴⁷¹, esto por el principio de proximidad, ya que la *lex fori* descarta el uso de una norma de conflicto extranjera y esta misma ley está justificada para resolver el conflicto⁴⁷². Quienes sostienen lo contrario, determinan que la exclusión de una normativa extranjera no genera inmediatamente el uso de la *lex fori*; por ejemplo, un contrato celebrado en Alemania contiene una cláusula contraria al orden público inglés, luego esta cláusula se elimina, pero por ello el contrato no deberá regirse por el derecho inglés completamente, así, en todo lo demás debe regirse por la ley del contrato, es decir, la alemana⁴⁷³.

Se critica también la aplicación de la ley nacional, exacerbando el daño al sistema nacional por la ley extranjera, como un medio utilizado por la jurisprudencia para aplicar su propia normativa nacional, en razón del principio de territorialidad y preferencia arbitraria⁴⁷⁴.

Calvo Caravana menciona un ejemplo que vale la pena transcribir, ya que también concuerda con nuestro sistema jurídico: [celebrado un matrimonio poligámico en Argelia] “...*El varón y sus dos esposas vienen a vivir a España y pasados unos años, el varón adquiere la nacionalidad española, debiendo inscribirse en el Registro Civil el matrimonio del ex- argelino. ¿Podrán inscribirse ambos matrimonios? (...) de este modo, los efectos nucleares que produce la aplicación del Derecho extranjero y que resultan contrarios al orden público internacional, no pueden hacerse valer en España: el segundo matrimonio no existe «en España» ni puede inscribirse en el Registro Civil español. Pero los «efectos periféricos» que produce la situación legalmente creada en Argelia sí deben admitirse: petición de alimentos por parte de la segunda mujer, carácter matrimonial de la filiación de los hijos nacidos de la segunda mujer, pensión post-divorcio para la segunda mujer, etc.*”⁴⁷⁵.

⁴⁷¹ Necochea (2010), *Op. Cit.*, p. 85.

⁴⁷² Calvo Caravana, A. y J. Carrascosa González, *Op. Cit.*, p. 292 y Vitta, *Op. Cit.*, p. 496.

⁴⁷³ Wolff, *Op. Cit.*, p. 177.

⁴⁷⁴ Goldschmidt (1990), *Op. Cit.*, pp. 155-156.

⁴⁷⁵ Calvo Caravana, A. y J. Carrascosa González, *Op. Cit.*, pp. 292-293.

En el ámbito internacional, el Código Bustamante se refiere en varias ocasiones al orden público internacional como limitante a la aplicación de una normativa extranjera⁴⁷⁶, como también la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (la que no se encuentra ratificada por Chile). El tratado de Montevideo, en el artículo 4° del protocolo adicional, ordena: *“Las leyes de los demás Estados jamás serán aplicadas contra las instituciones políticas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso.”*

- b. Fraude a la Ley: De la misma forma que el orden público, el objeto del fraude a la ley es la protección de ciertas instituciones o normas imperativas relevantes del ordenamiento jurídico nacional. Específicamente, deja sin efecto la elección de ley, tanto de la ley elegida como de la ley que sin mediar acuerdo regiría el contrato, cuyo propósito es obtener una ventaja prohibida⁴⁷⁷. Ramírez Necochea define el fraude como: *“...el cambio de localizador que se hace con el propósito de eludir una legislación determinada, colocándose bajo el imperio de otra.”*⁴⁷⁸. Los localizadores o puntos de conexión son claves en el fraude, éstos relacionan a las partes por medio de la ley o su propia voluntad⁴⁷⁹, tales como, la nacionalidad o el domicilio. En este último caso el fraude es más frecuente, ya que las partes podrían confabularse para modificar la normativa que debe regir el acto jurídico, aún cuando el legislador haya permitido la elección de ley, como, por ejemplo, en general es permitida la elección de ley que regirá el cumplimiento de un contrato⁴⁸⁰. Por lo tanto, existe fraude cuando se aplica indebidamente una norma, con el fin de incumplir otra que debiere naturalmente aplicarse, evitando las sanciones de la normativa excluida intencionalmente, por medio de una técnica y un

⁴⁷⁶ Gallegos, *Op. Cit.*, p. 160.

⁴⁷⁷ Vial Undurraga, *Op. Cit.*, p. 916.

⁴⁷⁸ Necochea (2010), *Op. Cit.*, p. 85.

⁴⁷⁹ Duncker, *Op. Cit.*, p. 421 y Goldschmidt (1990), *Op. Cit.*, pp. 110-111.

⁴⁸⁰ Goldschmidt (1990), *Op. Cit.*, p. 111.

resultado fraudulento⁴⁸¹, por ejemplo, el clásico divorcio migratorio, que es aquel en que una persona desea divorciarse en un país pero no puede hacerlo, de modo que se traslada a otro cuya normativa lo permite⁴⁸².

En Chile, no es posible aplicar una ley extranjera cuando las partes la establecen con la intención de evadir una norma nacional o extranjera imperativa, o ésta viola los principios básicos del ordenamiento⁴⁸³. Generalmente el país en cuyo territorio se realiza el acto aparentemente fraudulento no tiene interés en él, puesto que se espera que las partes realicen un acto permitido y conforme a su propia ley. Por otro lado, el país cuya normativa se evade es el cual tiene verdadero interés en la declaración de nulidad del acto⁴⁸⁴.

Para configurar un fraude es necesario: a) El cambio efectivo de localizador⁴⁸⁵, b) La intención de burlar normas imperativas o prohibitivas de una legislación determinada⁴⁸⁶, c) Que este fraude afecte a la *lex fori*, y d) Que el cambio de localizador determine la aplicación de una ley extranjera⁴⁸⁷.

En doctrina comparada no hay posición pacífica, primero que todo sobre su existencia propiamente tal⁴⁸⁸; hay quienes lo niegan, admiten parcialmente y admiten completamente. Los primeros, sostienen que deben aplicarse las normas de Derecho Internacional Privado, aunque el efecto de tales sea

⁴⁸¹ Guzmán, *Op. Cit.*, p. 394.

⁴⁸² Duncker, *Op. Cit.*, p. 419.

⁴⁸³ Vial Undurraga, *Op. Cit.*, p. 917.

⁴⁸⁴ Miaja de la Muela, *Op. Cit.*, p. 345.

⁴⁸⁵ Si no existiera cambio efectivo y real de localizador, se violaría la ley nacional, y por lo tanto el acto estaría sujeto a la nulidad, por ejemplo, dos chilenos que no pueden divorciarse en Chile, lo hacen en Uruguay pero sin cambiar de nacionalidad, este caso viola el artículo 15 del Código Civil, y es independiente del fraude. Duncker, *Op. Cit.*, p. 422.

⁴⁸⁶ La sola existencia del primer requisito no es suficiente, es necesario que se aplique una legislación diversa, de lo contrario existe sólo fraude a la legislación interna, pero no así a las normas de Derecho Internacional Privado. Duncker, *Loc. Cit.*

⁴⁸⁷ Necochea (2010), *Op. Cit.*, p. 86. Por otro lado Eduardo Picand señala a) El ánimo fraudulento, b) Cambio de factores de conexión o coligamiento, c) Intentar eludir la *lex fori* que le perjudica, Picand (2016), *Op. Cit.*, p. 162. Latorre Guzmán, además, incluye como requisito la ausencia de cualquier otro remedio, ya que, como tal remedio, éste debe ser necesario, Guzmán, *Op. Cit.*, p. 414.

⁴⁸⁸ Calvo Caravana, A. y Carrascosa González J., *Op. Cit.*, p. 233.

provocado, artificial o deliberadamente con el objetivo de burlar otra legislación⁴⁸⁹, pues basta el orden público internacional para sancionar aquellas situaciones⁴⁹⁰. Por el contrario, quienes lo admiten parcialmente, lo hacen en tanto la forma de los actos jurídicos, es decir, con el fin de que las partes eviten viajes al extranjero para eludir normas nacionales imperativas⁴⁹¹, reducido a la regla *lex locus regit actum*, y, en menor medida, a la autonomía de la voluntad⁴⁹². Quienes, por último, aceptan su existencia, afirman que debe constatarse en todos los casos en los cuales los sujetos utilicen una normativa diferente (tal como una excepción a las normas de Derecho Internacional Privado), por medio de la nulidad como un remedio⁴⁹³.

Aunque similar en sus efectos, el fraude a la ley y el orden público internacional son instituciones distintas⁴⁹⁴; la primera actúa sobre la ley y la segunda sobre la consecuencia jurídica⁴⁹⁵. En el fraude, el juicio de desvalor, según Goldschmidt, recae sobre la conducta de las partes, en cambio, en el orden público, sobre el derecho extranjero mismo⁴⁹⁶.

Como se había esbozado, a efectos del fraude a la ley, no se suele tener una solución única, la mayoría de las veces quedando en manos del criterio judicial⁴⁹⁷. En algunos casos no lleva consigo la nulidad del acto, en otros constando el fraude en diversos actos, la extensión de la nulidad con respecto de un acto y otro varía de caso en caso⁴⁹⁸. La jurisprudencia francesa casi

⁴⁸⁹ Guzmán, *Op. Cit.*, p. 396.

⁴⁹⁰ Además de las nociones de abuso del derecho o contra el orden público, se admiten otras formas para contrarrestarlo como la falta de voluntad o simulación. Miaja de la Muela, *Op. Cit.*, p. 347.

⁴⁹¹ Guzmán, *Op. Cit.*, p. 398.

⁴⁹² Miaja de la Muela, *Op. Cit.*, pp. 348-349.

⁴⁹³ Jean-Paulin Niboyet citado EN: Guzmán, *Op. Cit.*, p. 400.

⁴⁹⁴ Bartin afirma que el fraude a la ley es un simple caso de aplicación del orden público internacional, en casos cuya ley extranjera es inconciliable con el orden público y concretamente cuando su aplicación sea fraudulenta. Etienne Bartin EN: Guzmán, *Op. Cit.*, pp. 402-403.

⁴⁹⁵ Goldschmidt citado EN: Miaja de la Muela, *Op. Cit.*, p. 350.

⁴⁹⁶ Goldschmidt (1949), *Op. Cit.*, pp. 173-174.

⁴⁹⁷ Miaja de la Muela, *Op. Cit.*, p. 351.

⁴⁹⁸ *Ibid*, p. 352.

uniformemente ha declarado el deber de aplicar la ley que se ha intentado eludir⁴⁹⁹, normalmente la *lex fori* francesa. Si bien nuestro Código Civil no regula el asunto, Federico Duncker sostiene que tal laguna se resuelve revisando la historia del Código⁵⁰⁰. Éste sostiene que el proyecto del Código Civil en su artículo 15 implicaba un rechazo del fraude a la ley, cuyo texto rezaba: “*no obstante su residencia, domicilio o naturalización en país extranjero*”. El texto se modificó finalmente, pero tal redacción implicaba la existencia de la institución del fraude⁵⁰¹. Posteriormente el mismo autor indica que una de las razones del redactor del Código para dejar fuera la *naturalización*, fue el respeto de los efectos jurídicos, rechazando el fraude de la ley, al menos en lo relativo al estatuto personal de los chilenos⁵⁰². En otras ramas encontramos una referencia al fraude a la ley, en la nueva Ley 19.947 de Matrimonio Civil, en su artículo 83, sobre divorcio y cambio de domicilio, para obtener el divorcio en plazos y países diversos a lo establecido por el ordenamiento nacional.

La jurisprudencia relaciona el fraude a la ley con el orden público internacional, y así lo demuestra en uno de los casos más famosos sobre fraude: “...*no surte efectos dado que lo autoriza para ejercer en Chile la profesión de abogado, por obtener el título en Ecuador y sería amparar el Fraude a la Ley, ya que se burlarían las normas mencionadas de orden público mediante el arbitrio de acogerse a los beneficios que establece el Convenio citado.*”⁵⁰³. En el ámbito internacional, la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, en su artículo 6° se refiere a éste: “*No se aplicará como derecho extranjero, el derecho de un Estado parte, cuando artificiosamente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado Parte.*”.

⁴⁹⁹ Guzmán, *Op. Cit.*, p. 422.

⁵⁰⁰ Duncker, *Op. Cit.*, p. 427.

⁵⁰¹ *Ibid*, p. 428.

⁵⁰² *Loc. Cit.*

⁵⁰³ CS, 9.4.1960, RDJ, Tomo LVII, sección 1°, p. 52.

De lo expuesto, se repite sobre el fraude un patrón similar al de otras instituciones; la doctrina ha desarrollado mucho sobre éste, pero la jurisprudencia no ha ahondado su estudio, confundiendo muchas veces los conceptos y sus efectos.

- c. Otras Limitaciones: Existen otras limitaciones de menor relevancia que agrega la doctrina, tales son:
- a) El interés nacional: éste es una limitación para obrar en razón de la capacidad⁵⁰⁴. Se expresa mejor en los fundamentos de la *Cour de Cassation* francesa: “Las incapacidades que se derivan de una ley personal no pueden oponerse a un francés que ha negociado en Francia con un extranjero de buena fe, sin ligereza ni imprudencia, en la creencia de que el extranjero era francés, o que, por lo menos, se regía por una legislación semejante a la francesa.”⁵⁰⁵. La buena fe sirve como fundamento para no aplicar una ley extranjera referente a la capacidad de un sujeto para obrar en el extranjero. A la vez extiende la no discriminación entre nacionales y extranjeros, a quienes esta capacidad perjudica, más allá de una protección a los nacionales⁵⁰⁶.
 - b) Reciprocidad: similar a la regla de reciprocidad para el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, ésta niega la aplicación de una normativa extranjera de cuyo primer Estado no respete la aplicación de las normas de este segundo Estado, siendo aplicables. De este modo análogo, no aplica el segundo Estado la ley extranjera del primero⁵⁰⁷. Al efecto, de la misma forma que se utiliza como fundamento en la aplicación de una ley extranjera, *mal por mal*, también se deja de aplicar. Esta regla pareciese más un círculo vicioso y un menoscabo condicionante a la soberanía extranjera⁵⁰⁸.
 - c) Normas de instituciones desconocidas: Desarrollada por Savigny, y en la jurisprudencia inglesa como *Unknown Statut*, excluye normas sobre

⁵⁰⁴ Miaja de la Muela, *Op. Cit.*, p. 352.

⁵⁰⁵ *Cour de Cassation* citada EN: Miaja de la Muela, *Op. Cit.*, p. 353.

⁵⁰⁶ Miaja de la Muela, *Op. Cit.*, p. 354.

⁵⁰⁷ *Ibid*, p. 355.

⁵⁰⁸ Guzmán, *Op. Cit.*, pp. 308-309.

instituciones que son desconocidas o inexistentes para otro ordenamiento jurídico⁵⁰⁹, por ejemplo, el repudio como forma de divorcio es desconocido en nuestro sistema jurídico.

La *lex fori* está incapacitada para calificar esta institución dentro de su ordenamiento jurídico y éste constituye el primer problema, pues luego de acomodarla en algún grupo normativo se está en condiciones de declararla aplicable o de recurrir al orden público internacional⁵¹⁰. Es necesario un especial cuidado del orden público con las instituciones desconocidas, ya que un uso amplio de éste último implicaría la inaplicabilidad (muchas veces) absoluta de estas instituciones, en condiciones que éstas amparan *relaciones de la vida o hechos de la vida*, como califica Garde Castillo⁵¹¹. Este autor sostiene, para evitar un excesivo uso del orden público internacional, que estas instituciones deben ser calificadas por el derecho propio, de modo que esta especie de laguna normativa de la *lex fori* se llene con una norma especial con el contenido de la institución misma⁵¹². El autor señala: “*Es innegable que existen instituciones extranjeras que aceptando la terminología de Kahn, resultan «incommensurables» con las reguladas en la lex fori, pero el Derecho comparado puede con relativa facilidad señalar su espíritu y finalidad y, en consecuencia, brindarnos una calificación adecuada que lo mismo pueden conducirnos a aplicar el Derecho material fori que el extranjero.*”⁵¹³. Una institución desconocida, por ejemplo, la dote o el derecho marítimo en un país sin costas⁵¹⁴, no debe ser desechada sólo por aquella calificación, el orden público no debe extender sus raíces con tal propósito, sino más bien como una excepción. La institución debe calificarse y luego interpretarse,

⁵⁰⁹ Miaja de la Muela, *Op. Cit.*, p. 355.

⁵¹⁰ Garde Castillo, J. (1947). *La institución desconocida en Derecho Internacional Privado*. España, Valladolid: Escuela de Formación Profesional Onésimo Redondo. p. 22.

⁵¹¹ *Ibid*, pp. 82-84.

⁵¹² Garde, *Op. Cit.*, p. 82.

⁵¹³ *Ibid*, p. 83.

⁵¹⁴ Ejemplos de Sánchez de Bustamante, citado EN: *Ibid*, p. 100.

especialmente bajo el elemento teleológico y el principio de armonía internacional⁵¹⁵, que debe graduar el juez⁵¹⁶.

Similar al orden público internacional, es siempre necesario que el juez analice caso a caso todas las circunstancias de la aplicación de una institución desconocida para la *lex fori*, con especial énfasis en el fin último de la institución, el cual puede estar presente en el ordenamiento y por lo tanto, de alguna forma aplicable, o al menos, proteger sus efectos en caso de ser aceptados y amparados por el ordenamiento nacional.

4.4.3. Estados o Gobiernos no reconocidos

Esta discusión gira en torno a la aceptación o no la ley de un Estado que ha sufrido un golpe de Estado, en el cual se ha instalado un gobierno de facto o que simplemente no es reconocido por el otro Estado que debe aplicar su normativa⁵¹⁷. Las soluciones al respecto son dos: su aceptación o rechazo. En el primer caso, se planteó originalmente la necesidad de reconocimiento del Estado o Gobierno para la respectiva aplicación de sus leyes⁵¹⁸. Como se mencionó, el conflicto tiene su origen en la Rusia Zarista y la Unión Soviética; en un primer momento algunos países, como Inglaterra y Francia, se negaron a aceptar el Estado y el Gobierno Ruso, aplicando el antiguo régimen zarista, cuestión que rompe la armonía internacional de soluciones y a final de cuentas aplica un derecho inexistente⁵¹⁹. En cambio, la aceptación de sus leyes se debió a la prolongada permanencia de la Unión Soviética, llegando a la conclusión de que no era necesaria la aprobación internacional para aplicar su normativa en el extranjero⁵²⁰. Finalmente, subyace que el reconocimiento de un Estado es un acto *político*, no *jurídico*, cuyo criterio se conoce como *criterion of*

⁵¹⁵ Garde, *Op. Cit.*, pp. 103-104.

⁵¹⁶ *Ibid*, p. 109.

⁵¹⁷ Calvo Caravana, A. y J. Carrascosa González, *Op. Cit.*, p. 279.

⁵¹⁸ Etienne Martin citado EN: *Ibid*, p. 280.

⁵¹⁹ Calvo Caravana, A. y J. Carrascosa González, *Op. Cit.*, p. 280.

⁵²⁰ *Loc. Cit.* y Guzmán, *Op. Cit.*, p. 318.

*effectiveness*⁵²¹, aplicable tanto en el reconocimiento de un Gobierno (como ante el cual se ha producido un golpe de Estado) o Estado.

La doctrina nacional está de acuerdo en la aceptación de las leyes de tal Estado⁵²². En opinión de Guzmán Latorre: *“La falta de reconocimiento del Gobierno de un Estado extranjero reconocido no impide la aplicación de su Derecho si éste es obedecido y respetado en el país de que procede.”*⁵²³.

En caso de que un Estado no sea reconocido por la comunidad internacional, la discusión se plantea en términos similares. También la doctrina nacional afirma que no es necesario su reconocimiento. Toda comunidad humana suficientemente independiente tiene derecho a ser reconocida, tal como diversas comunidades indígenas o religiosas⁵²⁴. Por el contrario, otra parte de la doctrina estima que es necesario el reconocimiento dentro la comunidad internacional; sólo así se circula de un estado de Hecho a uno de Derecho, de lo contrario, es decir, fuera de esta comunidad jurídica, desaparece el fundamento para aplicar sus normas nacionales extraterritorialmente⁵²⁵.

⁵²¹ Calvo Caravana, A. y J. Carrascosa González, *Op. Cit.*, p. 280.

⁵²² Guzmán, *Op. Cit.*, p. 318, y Duncker, *Op. Cit.*, p. 335.

⁵²³ Guzmán, *Loc. Cit.* y Miaja de la Muela, *Op. Cit.*, p. 356. Éste último, citando a Batiffol, señala que, al menos, el gobierno debe ejercer una autoridad eficaz, y al juez nacional que debe aplicar una ley extranjera debe bastarle saber que las leyes en el país extranjero se aplican de forma pacífica, continua y a título de verdaderas leyes.

⁵²⁴ Duncker, *Op. Cit.*, p. 339.

⁵²⁵ Romero del Prado, *Op. Cit.*, p. 496 y Albónico (1947), *Op. Cit.*, p. 129.

CONCLUSIONES

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia no existe un tratamiento unívoco para la calificación del derecho extranjero. Especialmente en la jurisprudencia, existe una división mucho más notoria, ya que sólo una dualidad *hecho-derecho*, es decir, sin mayores distinciones, debilita aún más el tratamiento del derecho extranjero, transformando los extremos en posiciones absolutas en relación a la calificación Hecho o Derecho.

La noción de territorialidad, tanto en las decisiones jurisdiccionales, como en la aplicación de la *lex fori*, marca un difícil camino a la complementariedad del sistema jurídico y el derecho extranjero en Chile, como también en Latinoamérica.

La discusión sobre la naturaleza del derecho extranjero todavía está presente pero su importancia es puesta bajo un foco diferente; la naturaleza de la ley extranjera no es el punto central en la discusión, sino más bien, está enfocada en el contenido del derecho mismo y el conocimiento del mismo⁵²⁶. Se olvida momentáneamente la pregunta tradicional sobre su naturaleza como punto principal, transformando la aplicación e investigación *ex officio* del juez en fundamentales, independiente de las Teorías de Hecho o Derecho, tendencia que se encuentra en creciente desarrollo en Latinoamérica. En este contexto la naturaleza del derecho puede llegar a ser calificada como especial o diversa a los meros hechos y el derecho nacional, como también una de aquellas calificaciones tradicionales, y de todas formas, varias consecuencias procesales deben regularse individualmente debido a su importancia y la desconexión que presentan con la calificación misma.

La Teoría del Uso Jurídico, a pesar de considerar el derecho extranjero como un hecho de la causa, lo eleva a la premisa mayor del silogismo judicial, de modo que es

⁵²⁶ Pérez Hechenleitner, *Op. Cit.*, p. 86.

la llamada a resolver el caso, imitándolo⁵²⁷, tal como lo hacen los llamados hechos normativos o extraprocesales. La ley extranjera no debe ser vista como un hecho no controvertido por las partes, es decir, el juez no está obligado a fallar de acuerdo a lo dispuesto por ellas; ya que existe el riesgo de que éstas alteren o modifiquen el derecho sin que el juez tenga la posibilidad de intervenir con respecto a ello, cuestión que no puede derivar sino en injusticia, alteración del derecho o sentencias contradictorias, como también advierten algunos dentro de la doctrina nacional⁵²⁸.

De de las Teorías de Derecho, no obstante rige al juez el principio *iura novit curia*, es inconcebible e ilógico extenderlo al derecho extranjero⁵²⁹ (como señala acertadamente Martin Wolff sobre la Teoría de Derecho propiamente tal) puesto que el juez nacional no tiene la obligación de conocer todo el derecho existente, sin que ello obste a reconocer su naturaleza como tal⁵³⁰.

Si bien el interés sobre la aplicación de la ley extranjera es más bien práctico en cuanto a las consecuencias sobre otro sistema jurídico, existen principios jurídicos que claramente son relevantes a la hora de decidir por uno u otro tratamiento procesal. Aunque muchas veces no se encuentran explícitos, sí están presentes, principalmente la igualdad ante la ley, en tanto igualdad de aplicación de una ley extranjera y una ley nacional, también la tutela judicial efectiva, tantas veces mencionada con respecto a la imposibilidad de demostrar la existencia de una ley extranjera y además evitar decisiones injustas o inarmónicas en relación a otros sistemas jurídicos, especialmente la armonía de las decisiones y la certeza jurídica.

⁵²⁷ Goldschmidt (1967), *Op. Cit.*, pp. 576-577.

⁵²⁸ Villarroel C. y G. Villarroel, *Op. Cit.*, p.88.

⁵²⁹ Un estudio más acabado sobre *iura Novit Curia* en la obra de Micheli, quien sostiene: “*Hay, pues, una diferencia de posición del juez respecto de la norma ‘no legislativa’ interna (para indicarla con una expresión abreviada) que justifica el contenido diverso del deber del juez y, por consiguiente, pone en evidencia la amplitud de poderes que corresponder al juez en la investigación de la norma jurídica, cuando ésta le es desconocida, no existiendo una obligación jurídica, de que él, sin más, la conozca, en virtud de la obligatoriedad de que esté vinculada, por una norma primaria, a la publicación oficial de ella dentro del Estado a que pertenece el juez que la debe aplicar.*” Micheli, *Op. Cit.*, p. 231.

⁵³⁰ Pérez Hechenleitner, *Op. Cit.*, pp. 38-39.

La igualdad ante la ley se refiere a la aplicación de una ley extranjera en similares o iguales condiciones que a una ley nacional, es decir, que ante la acreditación de una ley extranjera, el juez debe guardar la mayor aplicación fidedigna de esta ley, sin que aquello signifique ignorar a la *lex fori*, sino más bien, propender al respeto de esta ley de fondo, tal como la *lex fori* podría requerir ante un tribunal extranjero. Aunque, como se analizó, existen instancias en que la *lex fori* limita la aplicación de una ley extranjera, como por ejemplo el orden público internacional o el fraude a la ley, esta intervención debe ser siempre excepcional a la posibilidad de aplicar una norma extranjera y bajo criterios objetivos para la protección de instituciones especialmente relevantes para nuestro sistema jurídico. De esta forma la *lex fori* debe tener especial cuidado con las limitaciones o restricciones ante instituciones extranjeras o elementos extranjeros introducidos en procesos nacionales. Aunque la dependencia de la ley nacional y el arraigo al principio de la territorialidad se encuentran muy marcados en nuestro sistema, sí existen manifestaciones de la aceptación de la ley extranjera como igual a la ley nacional, así lo vemos profundamente en la Teoría de Derecho, la cual implica el reconocimiento e igual aplicación de una ley foránea con una nacional, y se presenta como el mayor exponente del principio de igualdad. Al mismo tiempo, la aceptación de medios amplios de prueba también denota la igualdad con la que es tratada una ley extranjera y una nacional, permitiendo una mayor compatibilidad y permeabilidad con el sistema jurídico procesal. E incluso, en ciertos fallos, al igual que la jurisprudencia estadounidense, el principio *lex fori regit processum* cede a favor de la ley extranjera, cuando bajo esta última ley es permitido un cierto medio de prueba y es aceptado en tales términos por la ley del fuero⁵³¹. Por último, en instituciones relacionadas, como el reenvío, también es patente tener presente el principio de igualdad, ante el reenvío de segundo y tercer grado, en los cuales es posible privilegiar la primera ley extranjera pero no así la segunda ordenada por este sistema jurídico⁵³².

⁵³¹ Fallo de la Corte de Santiago, fecha 10.6.1970, previamente citado.

⁵³² Vitta, *Op. Cit.*, p. 486.

Aunque el tema podría extenderse mucho más debido a su importancia, la tutela judicial está delimitada, para la aplicación de una ley extranjera, en caso de que a las partes les sea imposible acreditar una cierta ley extranjera por razones ajenas a su voluntad, para entregar una respuesta de fondo ante esta situación y también como argumento para reforzar la actividad *ex officio* del juez. Para el primer caso, una circunstancia ajena a las partes tan relevante como la imposibilidad de averiguación de una determinada ley extranjera, debido a una guerra, conflicto interno, o incluso, falta de recursos económicos, debe ser considerada como una situación especial siempre en el ámbito internacional, más aún, en materias relevantes para el orden público, en las cuales las partes no pueden disponer de las normas que ordenan el acto jurídico, por ejemplo, ante asuntos matrimoniales o divorcios. Bajo este contexto, las críticas de la inadmisibilidad de la demanda o la presunción de igualdad de la ley nacional con la extranjera, apuntan a que ambos métodos llevan a injusticias⁵³³. Importante es distinguir casos en los cuales las partes puedan disponer de las normas de fondo y en los que no; en la primera situación las partes podrían renunciar libremente a aplicarlas y utilizar, en cambio, la *lex fori*, en los cuales las alternativas de *default rule* y la inadmisibilidad son razonables, pero no así en otros casos en los cuales predomina el interés nacional, en los cuales es necesaria la actuación del tribunal en ayuda de las partes, y de lo contrario, como sostiene la Teoría del Uso Jurídico, el uso de un sistema jurídico afín. En resumidas cuentas, como una especie de regla general, quien no ha probado el derecho extranjero debe sujetarse (también como regla general de la doctrina) a la *lex fori*, a menos que no pueda probarlo por razones ajenas a su voluntad, caso en que el juez debe intervenir en su averiguación⁵³⁴. Incluso, en materia comparada, el Tribunal Constitucional Español ha resuelto recientemente que ante una norma de conflicto que ordena la aplicación de una legislación extranjera, ésta es la que debe regir el conflicto, de lo contrario, si actuara la ley española, el fallo debe ser declarado nulo, descartando que la ley española sea una especie de ley supletoria ante todo caso de Derecho

⁵³³ Stern, *Op. Cit.*, p. 45.

⁵³⁴ Martínez, *Op. Cit.*, p. 189.

Internacional Privado⁵³⁵. En relación, una de las imposibilidades ligada a los medios de prueba, es la falta de recursos económicos, sin los cuales es muy complejo presentar los medios de prueba tradicionalmente idóneos para las normas extranjeras, como el informe de peritos u otros certificados auténticos de gobiernos extranjeros. Este es una de las reglas que mayor flexibilidad requiere, debido a lo costoso que puede llegar a ser un informe o los trámites requeridos para obtener información, que fácilmente podría acreditarse de otra manera de aceptarse ampliamente la prueba del derecho extranjera, más bien como acreditación razonada, y por ejemplo, considerar la opinión de expertos como asesores o colaboradores⁵³⁶. Al menos para el sistema anglosajón, el precedente judicial es una herramienta útil para facilitar esta prueba a las partes⁵³⁷, y además para ayudar al juez a dar con el conocimiento de la ley extranjera, contribuyendo también a alcanzar decisiones uniformes en situaciones similares.

Por último, la certeza jurídica de las decisiones judiciales es ciertamente importante, en tanto, la seguridad y la uniformidad de las decisiones es un principio resguardado ampliamente para la ley nacional, ya sea manifestada en la admisibilidad de los recursos con tal fin, como en la fundamentación de las sentencias. La uniformidad de las decisiones, con respecto a la aplicación de una ley extranjera, obedece a obtener un fallo relativamente similar en diversos Estados, sea la demanda presentada en cualquiera de ellos. Una de las finalidades, además de beneficiar la regularidad interna del sistema jurídico, es evitar el *forum shopping*, fin que también es resguardado a nivel comparado⁵³⁸. En Europa continental el uso de la *lex fori*, si bien es práctico no promueve esta uniformidad, la cual sólo puede promoverse si los tribunales tienen el *deber* de investigar la ley extranjera aplicable bajo ciertos supuestos obligatorios, más allá de permitirlo como facultad, incluso en casos en que

⁵³⁵ Martínez, *Op. Cit.*, p. 189.

⁵³⁶ Brereton, *Op. Cit.*, p. 3, Stern, *Op. Cit.*, pp. 45-46 y Martínez, *Op. Cit.*, p. 45.

⁵³⁷ Stern, *Op. Cit.*, p. 47.

⁵³⁸ Hausmann, *Op. Cit.*, p. 13.

las partes hayan acreditado información sobre el derecho extranjero⁵³⁹. Específicamente es relevante para el recurso de casación la unificación de la jurisprudencia, tomado como un argumento en contra ante la infracción de ley extranjera, puesto que desvirtuaría la armonía de las decisiones nacionales. Incluso, Ramírez Necochea, quien adhiriendo a la Teoría de Derecho, limita la procedencia de la casación por esta razón.

La justicia debe siempre respaldar las decisiones judiciales, con mayor cuidado aún con respecto a asuntos con elementos internacionales envueltos⁵⁴⁰. Un ejemplo patente de falta de criterio es el fallo analizado número de ingreso 15-2008, en cuyo caso se rechazó la extradición activa de un sujeto chileno en Argentina, entendiendo mal la Corte de Apelaciones de Punta Arenas los requisitos de la extradición y la prueba de la ley extranjera. Hubiera bastado la investigación del tribunal *ex officio* para dar con que el ordenamiento argentino también contiene el delito la violación, y ordenar la extradición del sujeto en cuestión. Es igualmente importante considerar criterios de justicia en la limitante del orden público internacional, el fraude a la ley y las instituciones desconocidas para nuestro ordenamiento, debido a que un excesivo uso de estas instituciones distorsiona y afecta la armonía de las soluciones internacionales, por lo tanto es necesario un criterio flexible y comprensivo de la situación internacional caso a caso.

Según estos principios, es más concordante con el escenario internacional y el mejoramiento de la labor jurisdiccional una actuación activa del juez, caso a caso, propendiendo la investigación *ex officio* (incluso antes de entrar a discutir la disponibilidad de las normas de fondo), ya como un deber y no una facultad. Esta tendencia ya se observa a nivel comparado en Europa continental, tratados a la luz de estructuras públicas⁵⁴¹, y en el *common law*, a pesar de adherir a la Teoría de Hecho con mayor fuerza, la influencia de la labor de oficio ha ido calando en diversas

⁵³⁹ Hausmann, *Op. Cit.*, p. 13.

⁵⁴⁰ Canelo, *Op. Cit.*, p. 98.

⁵⁴¹ Calvo Caravana, A. y Carrascosa González J., *Op. Cit.*, p. 255

áreas relacionadas flexibilizando los medios de prueba o la aplicación de las leyes de Estados federales vecinos.

En cuanto a las normas nacionales, la carencia de una regulación sistemática y clara sobre la naturaleza, aplicación e interpretación de la ley extranjera es evidente, y, aún de forma explícita, de acuerdo al artículo 411 del Código de Procedimiento Civil, despierta más dudas.

Si bien las convenciones internacionales contienen mayores disposiciones con respecto al tema, las discusiones doctrinales, como vimos, no están contestes en varios de sus análisis. Sin embargo, la doctrina está de acuerdo que tales textos complementan el escuálido tratamiento jurídico chileno sobre la materia. Positivamente, las disposiciones de los tratados han aumentado en Latinoamérica la investigación de oficio por el juez⁵⁴², así en países como Venezuela, Perú, Costa Rica y Nicaragua, ganándole camino a la territorialidad de la ley. Éste principio se manifiesta en general con fuerza en Latinoamérica, pero a medida que aumenta el uso del derecho extranjero, decaen sus consecuencias más extremas, tales como, la calificación del derecho extranjero como Hecho, el territorio como único factor de conexión posible o las calificaciones jurídicas exclusivas de la *lex fori*, por nombrar algunas.

Los sistemas comparados nos ofrecen una variedad de alternativas de cómo regular el derecho extranjero; sea la corriente del *common law* o algunos países de Europa continental. Su tratamiento procesal conlleva una tarea mayor de lo que se podría pensar, y según este último sistema jurídico europeo, la tendencia transita a una mayor libertad de los tribunales y mayor capacidad para actuar de oficio por el juez⁵⁴³, como se ha recalado. Luego del estudio de las normas reguladoras del derecho extranjero de algunos Estados, notablemente, se concluye que no es posible regular el derecho extranjero exclusivamente por medio de su calificación como Hecho o como Derecho.

⁵⁴² Samtleben, *Op. Cit.*, p. 400.

⁵⁴³ Koehnen, *Op. Cit.*, p. 25.

De las normas extranjeras que lo califican, las consecuencias procesales difieren de uno u otro ordenamiento, de modo que no acaba con todos los problemas que podría acarrear la aplicación de un derecho extranjero dentro de un conflicto jurídico. Países que califican la ley extranjera como *derecho*, como Alemania, no regulan su aplicación de la misma forma que el derecho nacional, y viceversa, otros que lo califican como hecho, como Inglaterra, no tratan aquel *hecho* de la misma manera que otros hechos de la causa⁵⁴⁴.

Si bien la actual comunidad Europea y la Unión Europea se han visto comprometidas por diversos movimientos complejos en su contra (como la extrema derecha, la inseguridad contra el terrorismo y el *Brexit*) su espíritu de unión e integración no puede nunca ser olvidado. Los tratados, reglamentos y convenios como fuentes de derecho internacional, vienen a regular jurídicamente y unificar criterios, tan necesarios para la seguridad y certeza de las resoluciones judiciales con efectos internacionales. Si bien Latinoamérica no tiene una historia e idiosincrasia como la europea, los lazos que nos unen se fortalecen con el tiempo, especialmente ante la necesidad de unirnos frente a fuerzas internacionales, sean económicas o culturales, contra las cuales individualmente somos mucho más débiles.

En este contexto, es necesaria una mayor regulación a escala internacional sobre varias materias de derecho internacional, tanto privado como público. En el caso particular del derecho extranjero, la Convención sobre Aplicación e Información del Derecho Extranjero, la más importante sobre esta materia en Chile, no es suficientemente clara acerca de la calificación del derecho extranjero y tampoco sobre otras consecuencias procesales, excepto sobre la aplicación *tal como lo harían los jueces* del Estado extranjero. Aunque no es el punto central, ya que, como es patente, la sola calificación no es suficiente para aclarar otras materias, sí es lógico atenerse a alguna posición dentro del contexto Latinoamericano. Siendo los ordenamientos tan disimiles, los tratados constituyen una fuente coherente y

⁵⁴⁴ Hausmann, *Op. Cit.*, p. 3 y Hartley, *Op. Cit.*, p. 272.

especialmente útil ante tales dudas, opinión que también comparte parte de la doctrina⁵⁴⁵.

Lamentablemente la influencia sobre la jurisprudencia apenas se ha hecho sentir o lo hace de forma indirecta, y, al menos en Chile, no ha permeado bajo ningún criterio jurisprudencial, cuestión que pareciera provenir del gran arraigo a la *ley* y al Código de Procedimiento Civil, los cuales exclusivamente fundamentan las decisiones de los jueces con respecto al derecho extranjero. Alemania, cuyo país califica como derecho a la ley extranjera, explica tal hecho de la gran influencia de Savigny y la comunidad de derecho de los Estados occidentales. Tal influencia todavía es posible percibir; como señala la doctrina de Andrés Bello⁵⁴⁶, y, al menos, en los efectos más relevantes de la Teoría de Derecho, como son la investigación de oficio y la desestimación de la demanda, actuales tendencias comparadas. Aunque la naturaleza particular del derecho extranjero es cada vez más evidente, la idea de regularla internacionalmente a través de una convención interamericana en base a la Teoría de Derecho, es el primer paso para entregar mayor seguridad jurídica y certeza con respecto a la aplicación del derecho de otros Estados Latinoamericanos, cuestión que también la doctrina comparada recomienda en Europa⁵⁴⁷.

España como gran referente, en sus artículos 12.6 del Código Civil y 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, regula la norma de conflicto en un caso concreto y la prueba del derecho extranjero, su contenido y vigencia, a instancia de parte. Aunque las normas callan muchos de otros efectos o la omisión de la prueba de la ley extranjera, la libertad con que la jurisprudencia puede conocer estos asuntos a la hora de resolverlos caso a caso, ha contribuido a complementar todavía más la aplicación de una ley extranjera, como también otorgar mayores libertades a las partes para escoger los medios de prueba adecuados a sus pretensiones (primera barrera de entrada en la aplicación de la ley extranjera).

⁵⁴⁵ Carvajal, *Op. Cit.*, p. 35.

⁵⁴⁶ Guzmán, *Op. Cit.*, pp. 330-331.

⁵⁴⁷ Martínez, *Op. Cit.*, pp. 243-244, Garcimartín, *Op. Cit.*, pp. 252-253, Calvo Caravana, A. y Carrascosa González J., *Op. Cit.*, p. 255, Brereton, *Op. Cit.*, p. 11 y Hausmann, *Op. Cit.*, p. 13.

Por muchas críticas que el sistema español posea, las cuales la jurisprudencia no puede satisfacer completamente, Chile se encuentra más atrasado y con muchos más vacíos legales que las que presenta el sistema español. Al ser este último una gran influencia a la jurisprudencia y doctrina chilena, es un ejemplo a imitar y estudiar, especialmente con relación a la Unión Europea, como ejemplo de integración y comunidad internacional.

Como se mencionó, aunque no es el único factor a regular, como primer paso es necesario tratar la calificación de la ley extranjera. Tanto de países como Alemania, regulado como Derecho, e Inglaterra, Francia o Estados Unidos, quienes adhieren a la Teoría de Hecho, no hay en ellos una pertenencia estricta a tal o cual naturaleza, por lo tanto, cada interrogante sobre el derecho extranjero debe tratarse de forma particular. Esta actuación limitada, sea como Derecho o como Hecho, lleva a concluir con mayor fuerza que el derecho extranjero posee una naturaleza peculiar⁵⁴⁸ o al menos indeterminada. Pero, como se ha recalcado, está sola calificación no implica resolver el resto de los efectos a su aplicación.

No nos resulta familiar el sistema del *common law* en general. Las ideas fundamentales de aquel sistema se arrastran desde el siglo XVII y provienen de tradiciones que no parecen adecuarse a tiempos actuales, o al menos a nuestro sistema jurídico. La Teoría de Hecho si bien práctica, posee inconvenientes que son muy difíciles de ignorar, tales como la *default rule*, la arbitraria elección de ley de las partes (que muchas veces ignora cuestiones de orden público o justicia) o indeterminados medios probatorios aceptables. Sobre este último punto, el testimonio de expertos pareciera ser una barrera de entrada adicional, incluso incierta, de llegar a aplicar el derecho extranjero. Además, medios de prueba especiales sobre el supuesto *hecho* del derecho extranjero⁵⁴⁹ dan cuenta de una particular diferencia arbitraria con respecto a los demás hechos de la causa, asunto del cual el *common law* no se ha hecho cargo.

⁵⁴⁸ Hausmann, *Op. Cit.*, p. 4, Hartley, *Op. Cit.*, p. 272 y Samtleben, *Op. Cit.*, p. 396.

⁵⁴⁹ Stern, *Op. Cit.*, p. 42.

La investigación de oficio o *ex officio* es fundamental, en principio, para unificar criterios de resolución (singularmente en grupos como los latinoamericanos) con el fin de evitar la incertidumbre en las decisiones judiciales. Desde finales del siglo XIX, en los Estados Unidos de América la jurisprudencia ha aceptado la investigación *ex officio* de Estados vecinos, por ejemplo en los casos de *Paine v. Schenectady Ins. Co.*⁵⁵⁰ y *Carpenter v. Dexter*⁵⁵¹. Sería útil en este sentido, unificar los criterios de suficiencia de determinados medios de prueba⁵⁵².

Es ciertamente razonable también interponer un límite a la posible elección de ley por las partes, especialmente sobre ciertas materias de importancia, como son en materia matrimonial o divorcio en manos de los tribunales chilenos, de modo de equilibrar la balanza a favor de la investigación, al menos en ciertos casos de excepción. Sin embargo, es importante señalar que aunque las partes presenten medios de prueba, el tribunal debe encontrarse facultado para cuestionar los medios probatorios aportados, evitando consecuencias tan relevantes como la infracción a las normas extranjeras o el fraude a la ley.

En consecuencia, como excepción, las partes no deben tener completo control sobre la elección de ley, y como tal, es necesaria la delimitación sobre las materias de las cuales podrían o no disponer⁵⁵³, como excepcional, y seguidamente, determinar el efecto probatorio, por ejemplo, establecer una norma supletoria a la omisión o insuficiencia probatoria del derecho extranjero, cuya respuesta si se encuentra en la legislación española sus artículos 12.6 del Código Civil y 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya mencionados.

⁵⁵⁰ Corte Suprema de Rhode Island, 1879, 12 R.I. 440, *Paine v. Schenectady Ins. Co.* [En línea]. Recuperado de: <<https://casetext.com/case/paine-v-schenectady-ins-co>> Consultado: 18 de octubre de 2017.

⁵⁵¹ Corte Suprema de los Estados Unidos, noviembre 1869, 75 U.S. 513, *Carpenter v. Dexter*. [En línea]. Recuperado de: <<https://www.courtlistener.com/opinion/88115/carpenter-v-dexter/>> Consultado: 18 de octubre de 2017.

⁵⁵² Hausmann, *Op. Cit.*, p. 14.

⁵⁵³ Koehnen, *Op. Cit.*, p. 11.

La responsabilidad de la aplicación del derecho debe recaer en los tribunales⁵⁵⁴, quienes tienen la obligación de aplicar correctamente el derecho, tanto nacional como extranjero, además de realizar la necesaria investigación para mantener criterios uniformes de resolución. Su finalidad última es evitar la distorsión del derecho utilizado y que el conflicto se resuelva de manera unívoca. Ésto, al menos indirectamente, contribuye a aliviar a las partes acerca de la prueba de una cuestión habitualmente compleja. Notable es la posición de Brasil, ya mencionada, que permite indirectamente el conocimiento propio del juez, permitiendo mayores posibilidades en la actuación del juez.

La idea de un proyecto legal es importantísima y más necesaria que nunca. Es urgente la creación de un cuerpo legal que regule esta y otras materias sobre el Derecho Internacional Privado⁵⁵⁵, o al menos la regulación de varias de estas materias en cuerpos legales realmente vinculantes, como en el Código de Procedimiento Civil.

La Corte Suprema, si bien no analiza particularmente las nociones sobre el derecho extranjero, sí constituye una muestra de cómo se aprecia en la práctica este tipo de conflictos con elementos extranjeros. Con el análisis de los fallos se demuestra que existe una especie de dualidad *hecho-derecho* de los argumentos básicos de cada Teoría, con algunas menciones del Código de Procedimiento Civil, pero sin referencias a instrumentos internacionales.

Sobre éste último aspecto en materia internacional, la discordancia entre los Estados Latinoamericanos preocupa, por ejemplo, la Corte Suprema de Perú rechazó la aplicación de la ley argentina bajo el principio *lex locus celebrationis*, al no haber sido invocada la ley argentina en un divorcio. En otro caso exigió la prueba de la ley chilena, siendo que el Código Bustamante se encuentra ratificado por ambos países

⁵⁵⁴ Hausmann, *Op. Cit.*, p. 14.

⁵⁵⁵ Mereminskaya, *Op. Cit.*, pp. 156-157.

y el Código preceptúa la aplicación de oficio de la ley extranjera en los países signatarios⁵⁵⁶.

A pesar de la falta de claridad, sí se esboza una tendencia al criterio de derecho de la ley extranjera, pero esta tendencia es indirecta, es decir, no se le otorga esta calidad por provenir de un sistema jurídico extranjero y de allí su valor, sino porque la norma nacional otorga esta calificación, expresa o tácitamente.

El fallo transcrito del caso japonés indica claramente esta idea indirecta de reconocimiento, e incluye entre las materias relacionadas las resoluciones y sentencias dictadas por otros Estados, cuestión que no tenía ninguna relación con el caso, más allá de casos en los cuales la ley extranjera es reconocida en Chile, factor -que al parecer- es relevante para la Corte. Aún, para aclarar que esta posición no es exclusiva de la ley extranjera sino que se extiende a un ámbito mayor de *lo extranjero*, del estudio del exequátur, la Corte Suprema no diferencia claramente el *reconocimiento* de la *ejecución*⁵⁵⁷ de las sentencias extranjeras, y sin embargo, puntualiza que el análisis de las resoluciones es meramente formal (según prescribe el artículo 245 del Código de Procedimiento Civil), pero cuyo procedimiento muchas veces en la práctica revisa el fondo del asunto, bajo (nuevamente) un juicio de valor de la *lex fori*⁵⁵⁸. Sin entrar a una mayor profundización del exequátur, puesto que este ejemplo es sólo para puntualizar la confusión que existe con respecto a la aplicación de elementos extranjeros en el sistema nacional, el tribunal Supremo (de acuerdo a los parámetros del mismo procedimiento) extiende su facultad fiscalizadora a casos de aplicación particular⁵⁵⁹, como el orden público chileno, principios esenciales del

⁵⁵⁶ Ambos casos de la Corte Suprema peruana, de 9 de julio de 1936 y 22 de mayo de 1951 respectivamente, citados EN: Samtleben, *Op. Cit.*, p. 400.

⁵⁵⁷ Esplugues Mota, C. (2014). *Sobre la aplicación en la práctica del modelo chileno de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras y la necesidad de su reforma*. [En línea]. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. LXIII (sin n°). pp. 309-310. Recuperado de: <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512014000200008&script=sci_abstract> Consultado: 25 de octubre de 2017, quien conceptualiza cada concepto, y concluye que la falta de claridad de ambos conceptos explica algunos criterios jurisprudenciales, como por ejemplo, el requisito de exequátur para la acción y la excepción de cosa juzgada.

⁵⁵⁸ Esplugues, *Op. Cit.*, p. 313. Aunque por otro lado se recalca que no existe en Chile un control del fondo de las resoluciones extranjeras, sobre esto en Gallegos, *Op. Cit.*, p. 152 y ss.

⁵⁵⁹ *Ibid*, pp. 328-329.

ordenamiento y una adecuación de la ley chilena en extremo, con estándares casi absolutos. Esta confusión y exceso de competencia en la revisión de sentencias está ligada a la territorialidad y la supremacía de la ley nacional, cuyo tratamiento a las resoluciones extranjeras es similar a la aplicación de la ley extranjera, en casos de remisión o por la autonomía de voluntad.

De lo señalado se deduce que el tratamiento del derecho extranjero, como tal, pasa sólo a través del sistema jurídico nacional, es decir, de la *lex fori*, que se acerca ineludiblemente a la Teoría de la Incorporación del Derecho, en razón que sólo es *derecho* el que se incorpora al sistema nacional. Esto actúa como una especie de filtro para los elementos extranjeros, cuestión que la Corte Suprema efectúa en el exequátur y en el recurso de casación. Por lo tanto, el derecho extranjero es *derecho*, pero sólo luego de atravesar el filtro de nuestro ordenamiento nacional, convirtiéndose en una especie de derecho nacional, aunque más precisamente un *derecho internacional admisible*.

Del análisis anterior se siguen las siguientes conclusiones:

- Las teorías tradicionales responden varios conflictos sobre el derecho extranjero, pero la clásica pregunta de la naturaleza del mismo no alcanza a cubrir todas las necesidades prácticas actuales de las relaciones jurídicas con elementos internacionales y el derecho extranjero aplicable dentro de un proceso nacional.
- La jurisprudencia ha tanteado la dualidad *hecho-derecho* fuertemente, sin mayores distinciones, pero a pesar de ello, especialmente la Corte Suprema, se inclina hacia la posición normativa.
- La superación de la calificación de la naturaleza del derecho extranjero, es el único camino que permite una visión mucho más amplia en temas actuales, como principalmente su conocimiento e investigación, de acuerdo a criterios internacionales y razonables.
- De acuerdo al tratamiento completo por la jurisprudencia chilena y del análisis del reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras, resulta que la

calificación del derecho extranjero pasa siempre por la *lex fori*, noción que tiende a acercarse a la Teoría de la Incorporación.

- La doctrina nacional se inclina por las Teorías de Derecho, específicamente a la teoría de Derecho propiamente tal y la de Incorporación.
- La Teoría del Uso Jurídico, dentro de las Teorías de Hecho, es especialmente relevante para nuestro sistema jurídico, ya que aquella ha influenciado las principales convenciones internacionales en la materia. Además, ésta aporta una nueva visión del derecho extranjero, centrándose en su conocimiento, contribuyendo así hacia un amplio ámbito de investigación por el juez y las partes, y con su aplicación, por imitación de otro sistema extranjero como un todo.
- De esta forma del análisis de las doctrinas actuales y sus respectivas críticas, la Teoría del Uso Jurídico (con alcances) sirve para orientar el uso del derecho extranjero en Chile y constituye una base jurídica útil y relativamente armónica.
- Finalmente, la preocupación sobre este tema es innegable y la falta de regulación es la principal causa de los problemas de aplicación o interpretación del derecho extranjero. De esta forma se cumple efectivamente la hipótesis propuesta en esta tesis, es decir, es necesario contar con una regulación normativa de la ley extranjera, especialmente sobre su eventual aplicación en el proceso y sus consecuentes efectos procesales.

En tal sentido, es necesaria una regulación normativa sobre la ley extranjera en Chile y de todas las consecuencias procesales analizadas. Como se había señalado, al menos ante la jurisprudencia, el principio de territorialidad está fuertemente arraigado, y ello es una de las razones por las que las convenciones internacionales no han logrado calar en los criterios jurisprudenciales. Esto también se refleja en la gran dependencia a la ley y a los códigos nacionales, los cuales constituyen la primera referencia y apoyo a la labor jurisdiccional.

En razón de esto es que se estima como una buena forma de incorporar la ley extranjera incluir su regulación, al menos de los temas más controversiales y

esenciales, en el Libro Primero del Código de Procedimiento Civil sobre disposiciones comunes a todo procedimiento, o en una ley especial sobre el tratamiento de la ley extranjera, tomando el contenido de algunas convenciones internacionales que tratan algunas consecuencias procesales, como del Código Bustamante o la Convención sobre Aplicación e Información del Derecho Extranjero. Aunque las opciones antes señaladas son preferibles, también es posible regular algunos asuntos en relación a cada tema relevante, por ejemplo, incluir disposiciones sobre el recurso de casación para la ley extranjera dentro del Título XIX propio de éste.

Como se mencionó en el Capítulo I, la doctrina nacional se inclina por la Teoría de Derecho, tendencia que notamos tanto en normativa comparada como Latinoamericana. Ya demostramos la utilidad y las falacias de aquella Teoría, en especial con respecto a la limitación del principio *iura novit curia*, y se considera la mejor opción a seguir, especialmente por dos razones: primero, no es posible pretender ignorar las decisiones jurisdiccionales extranjeras y su normativa como derecho propiamente tal, la comunidad de Estados desarrollada por von Savigny es un paradigma que se adecúa razonablemente a la actual comunidad internacional, y la segunda, el hecho de que el juez averigüe por sus medios o con la colaboración de las partes, no implica que el derecho extranjero pierda la calidad de tal, tal también es la situación de la costumbre o la *lex mercatoria*, ambas evidencian que es posible rendir prueba sobre la premisa mayor del silogismo judicial. Aunque la posibilidad de una naturaleza especial también es acertada, ésta surge en razón del inadecuado manejo sobre el derecho extranjero, que viene, más que todo, a intentar solucionar de manera más práctica todos los problemas de la ley extranjera. De esta forma, la determinación del derecho extranjero como *derecho* es la opción más razonable, sin implicar otras consecuencias procesales que se verán a continuación.

Innegable es que el Derecho Internacional Privado actualmente en Chile requiere de una mayor regulación normativa y orgánica en variados temas. La ley extranjera es uno de ellos. La naturaleza de la ley extranjera no es el punto de partida necesariamente obligatorio para tal fin, al menos no actualmente. Los efectos

procesales deben establecerse dentro del sistema jurídico, como efectos distintos a la calificación sobre la naturaleza del derecho extranjero, ya que, como hemos visto, no se condice esto último con efectos tan importantes como la investigación del juez, la imposibilidad de las partes para probar el derecho, la omisión de tal prueba, los medios de prueba adecuados, entre otros. De todas formas, para implementar una propuesta que permita la aplicación de leyes extranjeras, es necesario un cambio más profundo en cuanto a la consideración y ponderación de elementos internacionales, lo que permitiría la ampliación de las fronteras, tanto jurídica como culturalmente.

1. Aplicación de la ley extranjera: en concordancia con la Teoría de Derecho, la norma debe ser aplicada de la misma forma como la hubiere aplicado el juez del Estado a cuya norma pertenece, principalmente porque conlleva una mayor coherencia y potencia la armonía internacional de soluciones, principio relevante del Derecho Internacional Privado.
2. Interpretación de la norma extranjera: la interpretación de la norma extranjera, de la misma forma que la aplicación, debe sujetarse a los parámetros de su propio sistema jurídico, de modo que conserve la característica de *derecho internacional*, la cual pierde si es aplicada o interpretada por la *lex fori*.
3. Recursos y Control: estamos de acuerdo que la aplicación de una norma extranjera acarrea la posibilidad de errores o infracciones de ésta, en la misma probabilidad que la ley nacional. En tal sentido, estamos de acuerdo con la doctrina mayoritaria que estima procedente la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 96 de la Constitución Política de la República. En el caso que la ley sea inconstitucional bajo su propia carta magna, el juez le debe constar esta falta y debe hacer respetar la Constitución extranjera, en razón que debe aplicar el derecho extranjero tal como lo aplicaría el juez extranjero. Ahora, en cuanto a recurso de casación en el fondo, concordamos con la tesis mayoritaria que adhiere a la interposición, tanto por falta de aplicación de la norma extranjera como errónea interpretación.

En conclusión, el legislador debería indicar la admisibilidad de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en caso de conflicto entre una norma

extrajera y la *lex fori*, sea en el mismo cuerpo normativo que la acción o en la ley especial que regule la ley extranjera. Además, con respecto al recurso de casación en el fondo, es recomendable establecer una disposición clara y precisa sobre la extensión de éste en el Código de Procedimiento Civil, de la procedencia del mismo por falta de aplicación o errónea interpretación de la ley extranjera.

4. Actividad probatoria: Tal actividad de las partes no debe condicionar la labor resolutoria del juez, es decir, no es posible que dependa de ellas aplicar o no una cierta normativa, especialmente si aquella es ordenada por la *lex fori*. Tampoco el juez debe suplir las omisiones de las partes en todos los casos que no se acredite una normativa extranjera, lo que sucede, por ejemplo, cuando a las partes le son disponibles las normas de fondo aplicable. De esta forma, acreditar o presentar una cierta diligencia es suficiente para calificar la actuación de las partes en caso de señalar una normativa extranjera aplicable, en términos similares a lo que sucede con la ley nacional. En este sentido, el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil debería señalar en su numeral 4° *los fundamentos de derecho, sea este nacional o extranjero*.

En caso de que las partes no cumplan con su obligación o grado de diligencia en la acreditación de la ley extranjera es necesario distinguir; en ciertas materias el juez tiene una obligación mayor para actuar de oficio en lugar de las partes, como en materias relevantes para el orden público, tales como derecho laboral o familia (sin necesariamente ser taxativamente señaladas), pero por otro lado, cuando las partes deban acreditarlo y no lo hagan por cualquier razón oponible a su actuar, el juez debe rechazar o desestimar la demanda, en razón principalmente de evitar utilizar la *lex fori* como supletoria y porque deja a salvo la cosa juzgada. En el primer caso, la actuación del juez de oficio es indispensable y debe ser parte de los deberes de aquellos en casos calificados, de tal manera que sea agregado como artículo independiente en el Código de Procedimiento Civil o como parte de las medidas para mejor resolver, medidas que no se encuentran delimitadas en materias.

En relación a la materia anterior, es claro que el juez debe actuar de oficio sobre la averiguación de ciertas normas extranjeras bajo ciertos supuestos, siempre

aquellos posibles de investigar, ahora, en caso de que las partes se vean imposibilitadas de probar por motivos ajenos a su voluntad, tales como circunstancias económicas o propias del país a cuyo pertenecen las normas como guerra o inestabilidad interna, el juez también debe actuar de oficio, ahora por medios propios como tribunal de justicia, como exhortos o la solicitud de información a través de vías oficiales, lo cual debe encontrarse expresamente señalado en el Código de Procedimiento Civil o la ley especial que regule la materia, ya como solicitud de información sobre *derecho extranjero en sentido amplio, incluyendo normas consuetudinarias, decretos, reglamentos, doctrina especializada o jurisprudencia relevante* . Si al tribunal le es imposible entonces no debe desestimar la demanda, como ocurre anteriormente, sino más bien fallar de acuerdo al derecho más próximo, cuestión que sigue la Teoría del Uso Jurídico, y así evita la denegación de justicia por razones ajenas a las partes, quienes habitualmente encuentran justicia y una respuesta concordante a su derecho propio, bajo un derecho afín similar.

De lo expuesto, es claro que el juez debe tener un rol activo, tanto para suplir la actividad de las partes en ciertas circunstancias ajenas a su voluntad, como para ayudar en cierta extensión a la comprensión y cabalidad de la aplicación de la ley extranjera.

En tanto medios de prueba idóneos, la idea de una aceptación amplia de aquellos es necesaria ante la problemática limitante a la aceptación de la ley extranjera y el principio *lex locus regit processum*. Tales medios que pueden acreditar efectivamente la ley extranjera son texto auténtico o copia legalizada y auténtica de la ley extranjera, certificación oficial de los agentes diplomáticos o de los cónsules del país de cuya ley se trata, informes oficiales expedidos por los Ministerios de Justicia o Relaciones Exteriores o por los jueces o tribunales del país cuya legislación se invoca, informes expedidos por Notarios, por las Facultades de Derecho o los Colegios de Abogados del país respectivo, informes de abogados o juristas de reconocida competencia y autoridad en la materia, el informe de peritos y la notoriedad de la ley, por referencia unánime de los textos de los autores o de la jurisprudencia extranjera (aunque este último es discutido

como medio de prueba propiamente tal). Varios de estos medios son mencionados en convenciones internacionales como el Código Bustamante y la Convención sobre Prueba e Información del Derecho Internacional. Por consiguiente, como arraigo cultural, el juez nacional está ligado tradicionalmente al Código de Procedimiento Civil, es éste cuerpo normativo en el cual debe indicarse, por ejemplo en el Título IX de la Prueba en General, la aceptación amplia de los medios de prueba antes referidos, con la mención expresa de algunos, de los más importantes como el informe de peritos y el texto autentico o copia legalizada de la ley extranjera, por mencionar los más aceptados en el ámbito comparado, sin limitarse a ellos exclusivamente. Además en el mismo artículo o uno a continuación debe señalarse la forma de rendir aquellos, es decir, dentro del término probatorio, y su apreciación, ya que este último punto sólo se encuentra mencionado en el Código Bustamante, cuya forma de apreciación debe hacerse según la ley del tribunal, para lo cual el principio *lex locus regit processum* debe explicitarse.

Finalmente en cuanto al conocimiento propio del juez, al asimilar lo más posible la ley extranjera a la ley nacional, la respuesta de su aceptación es obvia, mientras el juez de a conocer su conocimiento en la oportunidad procesal correspondiente para que las partes hagan efectivas los alcances eventuales ante tal saber. Ante las críticas que suponen beneficiar a la parte negligente, por ejemplo, que no ha presentado toda la normativa extranjera y el juez conoce de tal, situación similar se produce con el derecho nacional, en cuyo caso el juez no puede alegar desconocimiento, especialmente ante las pretensiones del demandante, y resolver correctamente. Ahora, este alcance podría enmarcarse en el artículo 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, en la ley especial que la regule o el título que se refiera a la materia dentro del Código de Procedimiento Civil, puesto que todas las opciones mencionadas son razonablemente posibles para regular esta materia sobre el derecho extranjero.

5. Otros problemas de la ley:
 - a. Pluralidad de ordenamientos: ante la posibilidad de intervención de varios ordenamientos interregionales, el juez debe resolver cual es pertinente en el

caso concreto, ya que ante la posibilidad de presentar una demanda en varios Estados (la situación más conflictiva), no existe una solución unívoca a priori, como quería señalar Goldschmidt.

- b. Limitaciones legales: estas limitaciones se encuentran en relación a principios fundamentales del sistema jurídico chileno, cada una circunscrita a ciertos ámbitos, por ejemplo, los artículos 14, 15 y 16 del Código Civil, normas sobre Libre Competencia o actividad económica, entre otros. Ante estas limitantes, una adecuada regulación de la aplicación de la ley extranjera debería limitar la excesiva represión de la *lex fori*, especialmente a favor de la autonomía de voluntad.
- c. Limitaciones doctrinales:
 - a) Orden público internacional: la posición que lo aplica como excepcional tiene razones de peso que se adecuan correctamente ante la globalización de la ley extranjera; permite flexibilizar el sistema nacional y materializa considerando la norma extranjera. Además se debe verificar posteriormente a la aplicación de la norma, es decir, ante un cierto resultado, puesto que previamente es imposible determinar el daño al ordenamiento nacional, y sólo en pos de intereses generales. Ante esto lo más relevante es determinar el efecto de su aplicación, ya que es natural rechazar ciertas instituciones internacionales que aparecen como contrarias a derechos humanos, por ejemplo. El efecto negativo es claro, pero el efecto positivo, de aplicar la *lex fori* o la ley extranjera aplicable es discutible. Ante esto es necesario que el juez en cada caso resuelva concretamente, puesto que existen situaciones que es posible aplicar la normativa extranjera compatible, como un contrato internacional, extrayendo una cláusula contraria, y en otros, en cambio, es imposible aplicar la extranjera, como el caso de un matrimonio poligámico. En este último la *lex fori*, razonablemente aplicada, resuelve situaciones internacionalmente aceptadas, así el decretar alimentos o cuidado personal pueden regirse por la *lex fori* si los principios protegidos por ella se cumplen.

Aunque es difícil plasmar el orden público internacional ya que esencialmente consiste en principios abstractos, si es adecuada la mención al actuar posterior del juez, es decir, que éste resuelve posterior a la aplicación de la ley extranjera, si la actuación de las partes es contraria o no al orden público internacional y en ese caso debe resolver si aplica la ley extranjera compatible, especialmente en materias de interés particular, o con la *lex fori*, ante conflictos con principios generales del ordenamiento en disputa a ponderar y proteger.

- b) Fraude a la ley: concordando con la doctrina nacional que acepta en general el fraude a la ley y está también de acuerdo con sus requisitos, el juez en cada caso debe determinar si procede o no, dependiendo de los elementos requeridos para configurar la intención fraudulenta y el cambio de legislación. En este caso es necesario distinguirla del orden público internacional, y hacer mención expresa de éste como una prohibición con la nulidad como principal sanción, determinando el juez la extensión de ésta caso a caso, siendo la nulidad la sanción general ante este tipo de conductas.
- c) Otras: el interés nacional, la reciprocidad y especialmente, las instituciones desconocidas, son tratadas dentro del sistema nacional como parte del orden público internacional, y mientras cada concepto sea excepcionalmente delimitado no existe problema en distinguir cada uno. Con respecto a la institución desconocida, la principal labor del juez corresponde encontrar el fin fundamental de la institución, y si éste es protegido a su vez por la *lex fori*, entonces constituye uno de las excepciones a aplicarla en pos de la aceptación de algunas consecuencias a favor de la ley extranjera. También debe mencionarse al menos dentro de la regulación del orden público internacional, de modo que no exista duda para evitar el completo rechazo de una institución desconocida, pero indirectamente aceptable.
- d) Estados o Gobiernos no reconocidos: en tanto un Estado no reconocido, la posición que acepta la normativa de este Estado se considera más

correcta, puesto que efectivamente es un acto político y no jurídico. Lo mismo sucede ante un gobierno no reconocido, en cuyo caso el juez debe comprobar la aplicación de tales leyes en aquel Estado para efectivamente aplicarlas en el ámbito internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- Albónico Valenzuela, F. (1943). *El Derecho Internacional Privado ante la Jurisprudencia Chilena*. Santiago, Chile: Nascimento. pp. 15-26 y p. 71 (Colección de Estudios Jurídicos n° XI bajo la dirección de Luis Barriga Errázuriz).
- Albónico Valenzuela, F. (noviembre/diciembre 1947). *El recurso de casación en el fondo y la ley extranjera*. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo XLIV. 1° parte. pp. 129-148.
- Bello, A. (1832). *Principios de Derecho de gentes*. [En línea]. Santiago, Chile: Editorial imprenta de Opinión. pp. 40-41. Recuperado de: <<http://libros.uchile.cl/561>>
- Benadava, S. (enero/abril 1962). *Las relaciones entre derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos*. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo LIX. 1° parte. pp. 1-28.
- Brereton, A.M. (2011). *Proof of Foreign Law- Problems and Initiatives: The future of Private International Law in Australia*. [En línea]. Universidad de Sidney, Escuela de Derecho de Sidney. pp. 1-11. Recuperado de: <http://sydney.edu.au/law/events/2011/May/Justice_Brereton.pdf>
- Calvo Caravana, A. y Carrascosa González J. (2016). *Derecho Internacional Privado*. 16° ed. Granada, España: Comares. Vol. I. pp. 255-293.
- Canelo, C. (2014). *Derecho Procesal Internacional*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. pp. 95-112.
- Carnelutti F. (1944). *Sistema de Derecho Procesal Civil: Composición del Proceso*. N. Alcalá-Zamora y Castillo; S. Sentís Melendo (Trad.). Buenos Aires, Argentina: Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana. Tomo II. pp. 91-92.
- Carnelutti, F. (1955). *Teoría General del Derecho*. F. Osset (trad.). Madrid, España: Revista de Derecho Privado. 3° ed. pp. 132-137.
- Carvajal Cortés, A. (1966). *El Juez y el Derecho Extranjero*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. pp. 33-83.

- Comunicaciones Facultad de Derecho U. de Chile (4 de octubre de 2017). *Facultad de Derecho, Ministerio de Justicia y ADIPRI suscriben convenio para impulsar Ley de Derecho Internacional Privado*. [En línea]. Santiago, Chile: Facultad de Derecho Universidad de Chile. Recuperado de: <
<http://www.derecho.uchile.cl/noticias/137478/facultad-de-derecho-firma-convenio-con-ministerio-de-justicia-y-adipri>>
- Dove, E. (1947). *Los grandes problemas del Derecho Internacional: Derecho Internacional Privado*. Barcelona, España: Bosch. pp. 138-167.
- Duncker, F. (1967). *Derecho Internacional Privado*. Santiago, Chile: Editorial jurídica de Chile. pp. 336-428.
- Esplugues Mota, C. (2014). *Sobre la aplicación en la práctica del modelo chileno de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras y la necesidad de su reforma*. [En línea]. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. LXIII (sin n°). pp. 309-329. Recuperado de:
 <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071868512014000200008&script=sci_abstract>
- Etcheberry, A. (1960). *American-Chilean Private International Law*. Nueva York, Estados Unidos: Oceana. (Bilateral Studies in Private International Law, N° 10). p. 83.
- Fernández Rozas, J. y Sánchez Lorenzo, S. (2015). *Derecho Internacional Privado*. 8va. Ed. Navarra, España: Thomson Reuters. pp. 285-290.
- Feuillade, M. (2012) *Aplicación del Derecho Público Extranjero*. [En línea]. *Prudencia Iuris*. Sin Vol. (73). pp. 99 - 162. Recuperado de:
 <<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/aplicacion-derecho-publico-extranjero.pdf>>
- Galdámez Zelada, L. (2012). *El uso del Derecho y la jurisprudencia Extranjera en los fallos del Tribunal Constitucional de Chile: 2006-2010*. [En línea]. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 34 (1) pp. 193-221. Recuperado de:
 <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3985176>>

- Gallegos Zúñiga, J. (2009). *Aspectos Generales del Derecho Internacional Privado*. [En línea]. *Revista del Magister y Doctorado en Derecho*. Sin Vol. (3). pp. 152-181. Recuperado de: <<http://revistas.uchile.cl/index.php/RMDD/article/view/18699/28596>>
- Garcimartín Alférez, F. (2014). *Derecho Internacional Privado*. 2° ed. Navarra, España: Thomson Reuters. p. 228-255.
- Garde Castillo, J. (1947). *La institución desconocida en Derecho Internacional Privado*. España, Valladolid: Escuela de Formación Profesional Onésimo Redondo. pp. 22 y 82-109.
- Goldschmidt, W. (1949). *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*. Barcelona, España: Bosch. Tomo I. pp. 23-303.
- Goldschmidt, W. (1958). *La Ciencia de la Justicia*. Madrid, España: Aguilar. p. 120.
- Goldschmidt, W. (1967). *Introducción al Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma. pp. 575-577.
- Goldschmidt, W. (1985). *Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma. p. 143.
- Goldschmidt, W. (1990). *Derecho Internacional Privado: Derecho de la Tolerancia*. [En línea]. 7° ed. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma. pp. 137-163. Recuperado de: <<https://es.scribd.com/doc/38434902/Derecho-Internacional-Privado-Goldschmidt-Werner>>
- Goldsworthy, P. (1968). *Convertible Marriage: Ali v. Ali*. [En línea]. Sydney Law Review. Australia. Vol. 64. Recuperado de: <<http://classic.austlii.edu.au/au/journals/SydLawRw/1968/5.html>>
- Guzmán Latorre, D. (1997). *Tratado de Derecho Internacional Privado*. Santiago, Chile: Editorial jurídica de Chile. pp. 248-422.
- Hartley, T. (abril, 1996). *Pleading and Proof of Foreign Law: The Mayor European Systems Compared*. [En línea]. *The International and Comparative Law*

- Quarterly*. Vol. 45 (2). pp. 272-286. Recuperado de: <www.simons-law.com/library/pdf/e/878.pdf>
- Hausmann, R. (Enero/Febrero, 2008). *Pleading and Proof of Foreign Law – a Comparative Analysis*. [En línea]. *The European Legal Forum*. Sec. 1°. pp. 1-13. Recuperado de: <<http://www.simons-law.com/library/pdf/e/878.pdf>>
- Koehnen, M. (2000). *Proof of Foreign Law in Common Law Courts* [En línea] McMillan Binch, Toronto. pp. 7-27. Recuperado de <<http://www.langmichener.ca/Files/PP%20-%20Proof%20of%20Law%20in%20Common%20Law%20Courts,%20October%201999,%20IBA.PDF>>
- Mansilla Mejía, M. (2005). *Análisis de la convención europea sobre información relativa al Derecho Extranjero*. [En línea]. *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Sin Vol. (243). p. 71. Recuperado de: <www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/download/61383/54091>
- Martínez Rivas, F. (2010). *La prueba del Derecho extranjero en la Jurisprudencia Española* [En línea]. Tesis para optar al Grado de Doctor en Derecho. Murcia, España: Facultad de Ciencias Jurídicas y de la Empresa, Departamento de Ciencias Jurídicas Sociales y de la Empresa. pp. 40-45, p. 119 y pp. 239-244. Recuperado de: <<http://repositorio.ucam.edu/handle/10952/692>>
- Mereminskaya, E. (2007). *Las paradojas del derecho internacional privado chileno*. [En línea]. *Revista del Magister y doctorado en derecho*, sin Vol. (1). pp. 141-157. Recuperado en: <<http://www.rmdd.uchile.cl/index.php/RMDD/article/viewArticle/17898>>
- Miaja de la Muela, A. (1956). *Derecho Internacional Privado*. Madrid, España: Editorial Madrid. pp. 318-383.
- Micheli, G. (1970). *Estudios de Derecho Procesal Civil*. S. Sentís Melendo (Trad.). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América. Tomo IV. pp. 203-254.

- Morelli, G. (1953). *Derecho Procesal Civil Internacional*. S. Sentís Melendo (Trad.). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América. pp. 53-63.
- Mosciati Olivieri, P. (1993). *La aplicación del derecho extranjero: Teoría del uso jurídico*. [En línea]. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. XX (1) pp. 39-57. Recuperado de: <https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/14486/000102337.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Nussbaum, A. (1947). *Principios de Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma. pp. 281-301.
- Pérez Hechenleitner, P. (1999). *Control de casación sobre la aplicación de la ley extranjera*. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile: Facultad de Derecho, Universidad de Chile. pp. 5-39 y p. 86.
- Picand, E. (abril, 2008). *El juez y el derecho extranjero en el proceso de extradición*. [En línea]. *Revista jurídica del Ministerio Público*, sin Vol. (34). pp. 177-198. Recuperado: www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/archivo?id=370&pid=36&tid=1&d=1
- Picand, E. (2016). *La ley extranjera y su aplicación en el derecho chileno*. Material de apuntes de clases de Derecho Internacional Privado. pp. 147-162.
- Ramírez Necochea, M. (1967). *La infracción de la Ley Extranjería frente al Tribunal de Casación*. [En línea]. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Vol. 7 (7) Recuperado de <http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/viewArticle/10313/10369> >
- Ramírez Necochea, M. (2010). *Curso básico de derecho internacional privado*. Santiago, Chile: Editorial Abeledo Perrot. p. 18 y pp. 49-79.
- Ríos de Marimón, H. (2004). *Derecho Internacional Privado: Corregida y Actualizada con la Nueva Ley de Matrimonio Civil*. 2ª ed. [En línea]. Santiago, Chile: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central. p. 17, pp. 146-

170 y pp. 203-204. Recuperado en:
<<https://es.scribd.com/document/205934506/Derecho-Internacional-Privado-Hernan-Rios-de-Marimon>>

Wade Rogers, Henry (1882). *Proof of Foreign Law*. [En línea]. *The Central Law Journal*. Faculty Scholarship Series. pp. 125-129. Recuperado de:
<http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4054/>

Romero del Prado, V. (1944). *Manual de Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires, Argentina: Editorial La Ley. Tomo I. pp. 438-565.

Samtleben, J. (1977). *La aplicación de la ley extranjera en América Latina*. [En línea]. El texto basado en dos conferencias de octubre de 1977, en Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), publicado en: *Seminario Internacional de Derecho Internacional Privado* (1979). L. Fernández de la Gandar (trad.). Ciudad de México, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. pp. 171 y ss. Y pp. 211 y ss. pp. 374 - 402. Recuperado de:
<<https://es.scribd.com/document/245879982/Samtleben-El-Principio-de-Territorialidad-en-America-Latina>>

Sentís Melendo, S. (1957). *El juez y el Derecho (Iura Novit Curia)*. [En línea]. Buenos Aires, Argentina: Ediciones jurídicas Europa-América. pp. 108-173. Recuperado de: <<https://es.scribd.com/document/88421532/El-Juez-y-El-Derecho-Santago-Sentis-Melendo>>

Stern, W. (marzo, 1957). *Foreign Law in the Courts: Judicial Notice and Proof*. [En línea]. *California Law Review*. Vol. 45 (1). pp. 24-46. Recuperado de:
<<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3263&context=californialawreview>>

Vial Undurraga, M. (2013). *La autonomía de voluntad en la legislación chilena de Derecho Internacional Privado*. [En línea]. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. XL (3). pp. 892-918. Recuperado de:
<<http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v40n3/art06.pdf>>

- Villarroel, C. y Villarroel, G. (1991). *La aplicación del derecho extranjero en Chile después del tratado con Uruguay*. [En línea]. *Revista chilena de derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile*, Vol. XVIII (1). pp. 79-99. Recuperado de: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649767.pdf>>
- Vitta, E. (1983). *La regla de conflicto*. [En línea]. *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. Sin Vol. (15). pp. 480-506. Recuperado de: <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/10991/10053>>
- Weiss A. (1928). *Manual de Derecho Internacional Privado*. E. S. Zeballos (Trad.). Paris, Francia: Librairie du Recueil Sirey. Tomo I. 2° ed. p. 603 y pp. 614-616.
- Wolff, M. (1958). *Derecho Internacional Privado*. A. Marín López (Trad.). Barcelona, España: Bosch. pp. 143-165 y pp. 203-216.

JURISPRUDENCIA NACIONAL CONSULTADA:

- Corte de Antofagasta, 13.7.2007. [En línea]. Recuperado de: <https://app-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#CL/search/jurisdiction:CL+content_type:2+source:1991_002/230+2007/CL/vid/563902346>
- Corte de Punta Arenas, 10.3.2008, sentencia reservada.
- Corte de Santiago, 13.1.1931, RDJ, Tomo XXX, sec. 2°, p. 33.
- Corte de Santiago, 5.1. 1933, RDJ, Tomo XXX, sec. 1°, p. 373.
- Corte de Santiago, 19.12.1964, RDJ, Tomo LXI, sección 2°, p. 97.
- Corte de Santiago, 10.6.1970, RDJ, Tomo LXVIII, sección 1°, p. 35.
- Corte de Temuco, 26.11.1968, RDJ, Tomo LXVII, sección 1°, p. 332.
- Corte de Valparaíso, 2.1. 1908, RDJ, Tomo VI, sec. 2°, p. 70.
- Corte de Valparaíso, 16.12.1941, RDJ, Tomo XXXIX, sec. 1°, p. 388.
- CS, 07.9.1923, RDJ, Tomo XXII, sec. 1°, p. 398.

CS, 12.11.1926, RDJ, Tomo XXIV, sec. 1º, p. 289.

CS, 26.10.1933, RDJ, Tomo XXXI, sección 2º, p. 530.

CS, 10.8.1936, Tomo XXXIII, sección 1º, p. 449.

CS, 27.10.1954, RDJ, Tomo LI, sec. 1º, p. 547.

CS, 31.5.1966, RDJ, Tomo LXIII, sección 1º, p.180.

CS, 2.10.2007. [En línea]. Recuperado de: <https://app-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/?translate_into=*#CL/search/jurisdiction:CL+content_type:2/5864+2006/CL/vid/332871314>

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA CONSULTADA:

Corte Suprema de Rhode Island, 1879, 12 R.I. 440, Paine v. Schenectary Ins. Co. [En línea]. Recuperado de: <<https://casetext.com/case/paine-v-schenectady-ins-co>>

Corte Suprema de los Estados Unidos, noviembre 1869, 75 U.S. 513, Carpenter v. Dexter. [En línea]. Recuperado de: <<https://www.courtlistener.com/opinion/88115/carpenter-v-dexter/>>
Consultado: 18 de octubre de 2017.

Cuba R. Co. v. Crosby, 222 U.S. 473 (1912). [En línea]. Recuperado de: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/222/473/case.html>>

Tribunal Constitucional Español, Sala Primera, 17 de enero de 2000. [En línea]. <<http://hj.tribunalconstitucional.es/pl/Resolucion/Show/3994>>

Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil, 8 de abril de 2008. [En línea]. Recuperado de: <<https://comaroig.files.wordpress.com/2014/04/sts-30-de-abril-de-2008.doc>>

CUERPOS LEGALES CONSULTADOS:

Civil Evidence Act de Inglaterra

Civil Practice Act de Nueva York

Código Civil Argentino

Código Civil Chileno

Código Civil Cubano

Código Civil Español

Código Civil Federal Mexicano

Código Civil Guatemalteco

Código Civil Mexicano

Código Civil Peruano

Código de Derecho Internacional Privado italiano

Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante

Código de Enjuiciamiento Civil Español

Código de Procedimiento Civil Chileno

Código de Procedimiento Civil Colombiano

Código de Procedimientos Civiles Mexicano

Código del Trabajo Argentino

Código Procesal Civil alemán

Convención Interamericana sobre Prueba e Información del Derecho Extranjero

Convención sobre Aplicación e Información del Derecho Extranjero

Constitución Política de la República de Chile

Ley de Derecho Internacional Privado austriaca

Ley Federal de Derecho Internacional Privado sueca

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de 2002

Tratado de Lima de 1878

Tratado de Montevideo de 1889

Uniform Judicial Notice of Foreign Law Act y Uniform Proof of Statutes Act de
Estados Unidos