
APLICACIÓN DE OFICIO DEL DERECHO EXTRANJERO

Gonzalo García Calderón Moreyra

Profesor de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Lima.

Tema de permanente interés en el derecho internacional privado es el relativo a la aplicación de oficio del derecho extranjero cuando este resulta competente, de conformidad con las normas de conflicto correspondientes a la categoría jurídica de la relación objeto de análisis y de acuerdo con la ley positiva peruana.

En efecto, cuando el juez analiza un conflicto jurídico debe verificar que todos los elementos de dicha relación sustantiva se encuentran vinculados a uno o más ordenamientos jurídicos. En el caso de que se encuentren relacionados con un ordenamiento jurídico aplicará el derecho interno de ese Estado, pero si encuentra que algún elemento relevante de la relación jurídica está conectada a más de un ordenamiento jurídico deberá establecer —de ser el juez nacional competente— qué sistema jurídico es el aplicable para resolver dicho conflicto, para lo cual acudirá a las normas del derecho internacional privado, reguladas en el libro X del Código Civil, las que determinarán la ley competente mediante un factor de conexión (*lex fori*, *lex loci celebrationis*, *lex loci solutionis*, *lex domicilii*, entre otros).

De acuerdo con el artículo 2051 del Código Civil, “El ordenamiento extranjero competente según las normas de Derecho Internacional Privado peruanas, debe aplicarse de oficio”.

Si la aplicación de las leyes extranjeras responde a un deber impuesto por la comunidad jurídica internacional, habrá que

considerarlas como incorporadas a la propia ley territorial y deberán, en consecuencia, ser aplicadas de oficio. La aplicación de la ley extranjera es impuesta por razones de justicia que hacen obligatorio el reconocimiento de los vínculos legales con un ordenamiento jurídico extranjero. La aplicación de oficio hace inevitable la aplicación de la ley extranjera cuando esta sea procedente conforme a la legislación del juzgador.

Esta decisión legislativa del libro X concuerda con el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil, que señala que los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente aunque no haya sido invocada en la demanda.

Quiere decir que, independientemente de la voluntad de las partes, hayan invocado o no la aplicación del derecho internacional privado, el juez —de existir un elemento relevante extranjero— someterá ese conflicto al libro X del Código Civil y revisará su competencia y la ley aplicable al fondo del conflicto, para lo cual deberá utilizar la categoría jurídica pertinente y aplicar el factor de conexión que habrá de derivarlo a la norma sustantiva.

El siguiente ejemplo puede graficar lo que decimos: la madre y sus hijos residen en el Perú y tienen bienes en el país, el padre domicilia en Colombia, lugar donde este fallece, los herederos del causante inician un procedimiento sucesorio bajo la ley peruana. El juez peruano puede aplicar la ley nacional, pero al existir un elemento extranjero relevante en la categoría jurídica bajo discusión, es decir sucesiones, deberá aplicar el factor de conexión que el libro X señala para esa relación jurídica, es decir,

la ley del último domicilio del causante (artículo 2100 del Código Civil: “La sucesión se rige, cualquiera que sea el lugar de situación de los bienes, por la Ley del último domicilio del causante”), en el caso bajo análisis deberá aplicarse la ley del Estado colombiano para establecer los parámetros de la sucesión intestada de ser el caso, esto es que no se regulará por el libro IV, derecho de sucesiones del Código Civil peruano, sino que el juez nacional deberá aplicar las normas internas de Colombia para regular lo relativo a los herederos legales, prelación, porcentajes, entre otros temas sucesorios.

Esta característica en la aplicación de oficio de la ley extranjera es una exigencia legislativa de cumplimiento obligatorio para los jueces, ya que existe una fuente primaria en la búsqueda de la norma más justa o equivalente para una relación jurídica que contiene elementos vinculados a más de un territorio.

Dentro del sistema de la aplicación de oficio cabe que las partes pueden aportar informes para mejor determinar la existencia y contenido del derecho extranjero. Al respecto, Delgado Barreto comenta:

La expresión Derecho Extranjero significa en este dominio Ley Extranjera vale decir, no sólo el Derecho escrito, sino todo el Derecho positivo en rigor, cualesquiera fueran sus partes; legislación, costumbre, jurisprudencia, doctrina. Hay que tener en cuenta que lo que decide no es el esquema normativo del foro, sino el ordenamiento jurídico extranjero en toda su integridad. Así por ejemplo si se trata de aplicar el Derecho de un país del *common law*, el precedente judicial es obligatorio.¹

1 DELGADO BARRETO, César. *Introducción al derecho internacional privado*. Tomo I. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, p. 309.

El artículo 2052 del Código Civil precisa que "Las partes litigantes pueden ofrecer las pruebas que tengan por conveniente sobre la existencia de la ley extranjera y su sentido. El juez puede rechazar o restringir los medios que no considere idóneos". Este artículo tiene como fuente el numeral XI del Título Preliminar del Código Civil de 1936 derogado. La redacción, sin embargo, es la del artículo XVIII del proyecto de Vega García, cuya versión fue respetada por la Comisión Revisora del Código Civil vigente.

Jorge Basadre Ayulo señala que:

La teoría más aceptada sobre este tema en práctica, y hoy en boga, es que la ley extranjera no es más que un hecho de juicio, por cuanto no emana de la soberanía nacional, ni se dicta ni se presume conocida, sino en su país de origen.²

Y agrega que la teoría del derecho incorporado en nuestra legislación es muy artificial.

En efecto, asunto de especial importancia es no solo el de la aplicación sino la prueba de la ley extranjera, ya que resulta pertinente para discutir sobre la naturaleza jurídica de la ley extranjera. Manuel García Calderón opina al respecto:

Constituye uno de los problemas del Derecho Internacional Privado el resolver si la ley extranjera aplicable comporta una cuestión de hecho que debe dar lugar a su aplicación de oficio. (...) En el primer caso, la ley extranjera habrá de considerarse como entrañando una apreciación de hechos que deben ser invocados. En el segundo caso, la ley extranjera deberá ser tomada como

parte integrante de la ley tribunal e investigada de oficio.³

Por su parte, María del Carmen y Javier Tovar Gil señalan, con respecto al artículo 2051, que:

Hasta la promulgación del Código Civil de 1984 no se presentaba clara la naturaleza de la ley extranjera aplicable en virtud de la norma de conflicto, existiendo la tendencia de considerar como un hecho sujeto a la prueba presentada por las partes o en todo caso aplicable en virtud de alegato de parte.⁴

Para aplicar la ley extranjera el juez nacional debe hacerlo como si fuese un juez de dicho país, interpretando la norma de acuerdo con el sistema jurídico al que pertenece y adecuando su solución a las fuentes (costumbre, jurisprudencia, doctrina y la ley) internas del país cuya legislación está aplicando. Pretender decir lo contrario implicaría una incertidumbre en el justiciable, por ello la necesidad de una adecuada probanza y aplicación de la ley extranjera, y, en el caso de que ello no se produzca cabe en última instancia el recurso de casación contra una interpretación errónea o aplicación indebida de una ley de otro Estado.

El inciso 4 del artículo 190 del Código Procesal Civil señala que son improcedentes los medios de prueba que tiendan a establecer el derecho nacional, mientras que en el caso del derecho extranjero la parte que invoque una norma extranjera debe realizar los actos destinados a acreditar la existencia de esta y su sentido.

2 BASADRE AYULO, Jorge. *Derecho internacional privado*. Lima: Grijley, 2002, p. 183.

3 GARCÍA CALDERÓN KOEHLIN, Manuel. *Derecho internacional privado*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1969, p. 90.

4 TOVAR GIL, María del Carmen y Javier TOVAR GIL. *Derecho internacional privado*. Lima: Fundación M. J. Bustamante de la Fuente, 1987, pp. 139-140.

Pareciera existir una contradicción entre lo señalado por el Código Civil y el Código Procesal Civil respecto a la necesidad de probar la ley extranjera,⁵ sin embargo ello no es así, ya que se refiere al pedido de parte regulado por el artículo 2052 y no al artículo 2051 del Código Civil.

César Delgado Barreto dice, al respecto:

Sobre este tema la doctrina inicialmente se dividió en dos sectores: para unos, el juez aplica de oficio el derecho extranjero; para otros, son las partes las que alegan y prueban el Derecho extranjero. Aguilar Navarro nos dice que durante mucho tiempo se pensó en la existencia de una correlación íntima, de un nexo automático entre la naturaleza de la norma extranjera y el procedimiento de fijación de su contenido. En principio, es cierto que de la consideración de la norma extranjera como precepto esencialmente jurídico –de norma jurídica auténtica– se deduce la necesidad de la aplicación de oficio. Otro tanto puede declararse con la doctrina opuesta: de la consideración de la norma extranjera como puro hecho se deriva su necesaria alegación y prueba por las partes. Sin embargo, posteriormente se ha advertido que no existe una relación de causalidad, de modo que puede, a efectos procesales, pragmáticos, seguirse sosteniendo la tesis de la alegación y pruebas de las partes y admitir el progresivo reconocimiento del carácter jurídico de la norma extranjera. El fenómeno es perfectamente registrable en la doctrina y en la jurisprudencia francesa. La doctrina anglosajona –y muy significativamente la norteamericana– viene orientándose en esta misma dirección.⁶

Interesa señalar que en nuestro país la cuestión fue debatida en el seno de la Comisión Reformadora que elaboró el Código Civil de 1936, en el sentido de considerar

un hecho o un derecho a la ley extranjera. A continuación se transcriben las opiniones vertidas sobre el particular por algunos de los miembros de dicha comisión tal como aparecen en las actas publicadas, y que tienen el mérito de resumir los argumentos a favor y en contra de ambos puntos de vista.

Así, Pedro Oliveira manifestó que era partidario de la fórmula propuesta por Carlos García Gastañeta, relativa a la aplicación ex officio de la ley extranjera,

... porque le parecía que el interés público en la buena administración de justicia y el interés privado estaban mucho mejor garantizados con la aplicación de oficio de la ley extranjera; que considerar ésta como un hecho y dejarlo a la libre probanza de las partes tenía graves inconvenientes, principalmente el de entregar la buena administración de justicia a la mayor o menor pericia o a los medios económicos de que dispusieran las partes obtener la documentación necesaria o la más completa para la prueba del texto y del sentido de la ley extranjera; que el sistema frecuentemente usado de las certificaciones sobre dicho sentido de la ley expedidas por abogados era susceptible, el influjo del interés privado, de ser desvirtuado por la remuneración que, lícitamente desde luego, recibieran o se pudiera abonar a tales peritos; lo que no ocurriría tratándose de informes oficiales de las instituciones del Estado; que, por otra parte era un hecho normal de la convivencia y de la cortesía internacional el intercambio de tales informaciones; y que ese intercambio basado generalmente en el principio de la reciprocidad podía convertirse en una obligación jurídica por convenciones especiales cuya negociación haría necesaria la vigencia del nuevo Código.

5 Sobre el tema, véase el artículo de José León Barandiarán Hart en el libro *Homenaje en honor de la Dra. Ella Dumber Temple y el Dr. Juan Vicente Ugarte del Pino*. Lima: Editorial San Marcos, 2003, pp. 214-222.

6 DELGADO BARRETO, César. Op. cit., p. 314.

A su vez, Manuel Augusto Olaechea manifestó que no aceptaba el criterio adoptado en Montevideo:

La aplicación ex officio de la ley extranjera es un peligro cierto, porque es prácticamente imposible que ningún juez conozca por sí mismo el derecho vigente en cada país. Por otra parte, es necesario conocer el texto legal y el derecho que de él emana, como resultado de la interpretación de los tribunales, para salvar tan grave escollo se aconseja que se celebren tratados con el fin de obligar a los tribunales de las diferentes naciones a emitir informes siempre que se soliciten por alguno de ellos; pero esta solución es más imaginaria que real; por la dificultad que existe de celebrar tratados con todos los países.

Continuó diciendo Olaechea:

El sistema que subordina la aplicación de la ley extranjera a la actividad diligente de las partes concilia los intereses legítimos y facilita la aplicación de la ley extranjera, poniendo al juez en actitud de resolver con seguridad y firmeza. La única solución legislativa posible en el momento actual del mundo consiste en librar la prueba de la ley extranjera a las partes interesadas en el pleito. Dejar al juez la tarea de buscar por sí mismo la ley que debe aplicar es sumamente peligroso, porque autoriza el error en detrimento de la justicia; y esperar la celebración de tratados internacionales no es una solución positiva sino hipotética.

Por las consideraciones precedentes, Olaechea mantuvo su primitiva opinión al respecto como autor de los artículos pertinentes incorporados por la Comisión al principio de sus labores, opinión disidente del criterio adoptado por el Congreso de Montevideo y recomendado a la Comisión por el doctor García Gastañeta.

Por su parte, Juan José Calle dijo que abundaba en los conceptos emitidos por

Olaechea en contra de la aplicación de oficio de la ley extranjera, trayendo a colación la opinión de Vélez Sarsfield: "La ley extranjera es un hecho que necesita probarse. La ley nacional es un hecho que siempre se alega sin depender de la prueba". Sostuvo que en el segundo anteproyecto de la Comisión se había seguido a este respecto la doctrina establecida por el Código Civil argentino, cuyo artículo 13 dice:

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. Exceptuándose las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República por convenciones diplomáticas o en virtud de ley especial.

Por último, manifestó que es inconveniente aceptar en el Perú un principio contrario a lo ya aprobado por la comisión, que rechaza las jurisprudencias inglesa y norteamericana por ser opuestas a la soberanía nacional, citando en su favor a autores de derecho internacional privado, como Foelix y Philimore.

Las normas finalmente aprobadas por la Comisión Reformadora fueron las que, con alguna leve modificación, constituyeron los artículos XI, XII y XIII del Título Preliminar del Código Civil de 1936. El primero (XI) permite a las partes litigantes ofrecer las pruebas que tuviesen por conveniente sobre la existencia de la ley extranjera y su sentido, pero si la actuación de la prueba correspondía al juez, este podía negar o restringir los medios que no considerase idóneos. El segundo (XII) facultaba a los jueces para solicitar del Poder Ejecutivo que, por la vía diplomática, obtuviese de los tribunales del Estado cuya ley se trataba de aplicar, un informe sobre la existencia de la ley y su sentido. El tercero (XIII)

autorizaba a la Corte Suprema para contestar las consultas que se dirigieran por un tribunal extranjero, también por la vía diplomática, sobre puntos del derecho nacional.

Como se ha podido apreciar, las codificaciones de 1936 no prohibieron de plano la aplicación de oficio de la ley extranjera. No obstante haberse aprobado inicialmente por la Comisión Reformadora el enunciado de que la ley extranjera no podía aplicarse de oficio, el texto sancionado guardaba silencio sobre la potestad del juez para ordenar de oficio la actuación de la prueba sobre la existencia y el sentido de la ley extranjera.

En opinión de José León Barandiarán:

El no prohibirse tal actuación, el no indicarse como ocurre con el Código argentino, que la aplicación de la ley extranjera nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada (Art. 13) da asidero para pensar que cabe procederse a dicha prueba de oficio. De otro lado, ello se desprende de lo indicado en el Art. XII. No condiciona éste la solicitud por parte del juez, señalada en el mismo, a una previa petición de parte interesada (*Comentarios al Código Civil peruano (del Título Preliminar y del Derecho de Personas)*. Tomo IV. Lima, 1952).

Argumenta también que, a mayor abundamiento, el artículo XII guarda similitud muy marcada con el artículo 410 del Código Bustamante, que se refiere cabalmente a dicha prueba solicitable de oficio y cuyo texto es el siguiente:

A falta de prueba o si el juez o 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 in-

forme sobre el texto, vigencia y sentido del derecho aplicable.

En efecto, Manuel García Calderón dice:

Si bien los jueces no están obligados a ordenar de oficio la actuación de las pruebas que juzguen necesarias, sí están plenamente facultados para ejercitar esa facultad cuando a su juicio lo estimen conveniente, inclusive tratándose de la ley extranjera.

Añade que:

... aun cuando es evidente la potestad judicial para ordenar de oficio la prueba de la ley extranjera, y aun cuando la necesidad de dicha prueba esté exclusivamente librada a su criterio, de ello no se deriva, necesariamente, que las partes carezcan del derecho para pedir al juez que practiquen las diligencias que estimen necesarias.⁷

El Código Civil de 1984, en cambio, es explícito al disponer en el artículo 2051 que: "El ordenamiento extranjero compete según las normas del derecho internacional privado peruanas, debe aplicarse de oficio". Marcada diferencia con el Código Civil de 1936, conforme al cual podía simplemente inferirse, como hemos visto, que el juzgador tenía la facultad pero no la obligación de aplicar el derecho extranjero. Procede aquí una breve digresión.

En el proyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Jorge Vega García, el texto del artículo XVII era el siguiente: "El ordenamiento extranjero compete según las normas de conflicto peruanas, deberá aplicarse de oficio o a pedido de parte". Inicialmente, el artículo en cuestión fue mantenido por la Comisión Revisora tal y como fuera concebido por su autor. Informa al respecto Delia Revoredo que quedó

⁷ GARCÍA CALDERÓN KOEHLIN, Manuel. Op. cit., p. 100.

reproducido de manera intacta en el artículo 2005 de la Comisión Revisora (febrero de 1984); y que al publicar el texto del Código Civil el artículo 2051 presentaba una supresión, pues no aparecía la frase final "o a pedido de parte".

El artículo 2053 del Código Civil ha tenido como fuente el artículo XII del código anterior, donde se señala que "Los jueces pueden, de oficio o a pedido de parte, solicitar al Poder Ejecutivo que por vía diplomática obtenga de los Tribunales de Estado —cuya ley se trata de aplicar— un informe sobre la existencia de la ley y su estado".

El informe sobre la existencia de la ley extranjera y su sentido, que cabe a los jueces solicitar por la vía diplomática, puede hacerse de oficio o a pedido de parte, facultad que el código de 1936 solo otorgaba a los jueces mas no a las partes. La facultad para absolver las consultas que formule un tribunal extranjero pertenece exclusivamente a la Corte Suprema.

Los tratados internacionales ratificados por el Perú son el Tratado de Montevideo de 1889⁸ y el Código de Bustamante de 1982,⁹ los que señalan básicamente que las leyes de los Estados contratantes serán aplicadas de oficio por el juez de la causa, sin perjuicio de los medios probatorios que las partes puedan alegar y probar (en el caso del Código Bustamante se establece el mecanismo de probanza).

La Convención Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, llevada a cabo en Uruguay en 1979, mantuvo el criterio de la obligación de la aplicación del derecho extranjero, tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultara aplicable, pudiendo las partes involucradas aportar pruebas en cuanto a la ley extranjera, precisando los medios probatorios (prueba documental, prueba judicial, informes, entre otros).

En nuestro país la excepción a la aplicación de la ley extranjera es únicamente la señalada por el artículo 2049 del Código Civil; es decir, que el juez nacional no aplicará el derecho extranjero solo cuando sea

8 Artículo 1.- Las leyes de los Estados contratantes serán aplicadas en los casos ocurientes, ya sean nacionales o extranjeras las personas interesadas en la relación jurídica de que se trate.

Artículo 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.

Artículo 3.- Todos los recursos acordados por la ley de procedimientos del lugar del juicio para los casos resueltos según su propia legislación, serán igualmente admitidos para los que se decidan, aplicando las leyes de cualquiera de los otros Estados.

Artículo 4.- 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.

9 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.

Artículo 409.- La parte que invoque la aplicación de derecho de cualquier Estado contratante es uno de los otros, o disienta de ella, podrá justificar su texto, vigencia y sentido, mediante certificaciones de dos abogados en ejercicio en el país cuya legislación se trate, que deberá presentarse debidamente legalizada.

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.

Artículo 411.- 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.

incompatible con el orden público internacional y las buenas costumbres.

Es necesario señalar que el orden público internacional no coincide necesariamente con el orden público nacional, por lo que nada impide que el juez aplique una ley extranjera que violente el orden público interno peruano.

Así por ejemplo, si en el derecho civil se aplicara una ley extranjera que estableciera criterios distintos sobre la herencia forzosa existente en el Perú, o se aplicara una ley extranjera respecto a un tema de divorcio, a pesar de que la causal utilizada no fuese aceptada por nuestra legislación o que el plazo prescriptorio o de caducidad sea más corto que el que señala nuestra ley nacional; en todos estos casos la ley extranjera viola nuestro orden público interno mas no el orden público internacional, por lo que deberá aplicarse el derecho extranjero.

No ocurre lo mismo con el vago y ambiguo concepto de buenas costumbres, ya que nuestra legislación no distingue entre buenas costumbres nacionales y buenas costumbres internacionales, por lo que la discrecionalidad del juzgador juega un rol importante en la inaplicación de la ley extranjera.