

josé mucí-abraham

27

cuaderno
de trabajo
no.

ifd

La Carga de la Prueba de la ley
extranjera

instituto de filosofía
del derecho L U Z
facultad de derecho

1978
maracaibo

CUADERNOS DE TRABAJO

Cuadernos publicados:

- 1 — Delgado Ocando, Labarca P., Petzold P., Serrano P.: Comunicaciones al VIII Congreso Interamericano de Filosofía.
- 2 — Opalex, Wróblewski: Axiología: Dilema entre Iuspositivismo y Iusnaturalismo.
- 3 — Delgado Ocando: Normas, Lenguaje y Verdad.
- 4 — Petzold Pernía: La situation juridique de l'individu dans la société d'aujourd'hui.
- 5 — Perelman: El Razonamiento Jurídico.
- 6 — Delgado Ocando: Código Civil y Análisis Estructural.
- 7 — Perelman: La Interpretación Jurídica.
- 8 — Labarca P.: Breve Visión del Realismo Jurídico Norteamericano.
- 9 — Delgado Ocando: Consideraciones sobre los Elementos Semióticos del Derecho.
- 10 — Pineda Urrutia: Arbitrariedad y Derecho.
- 11 — Arreaza Camero, Santos A., Battistella, Bustillos Peña, Delgado Ocando, Labarca Prieto, Petzold Pernía, Pineda Urrutia, Rodríguez-Arias B., Serrano P.: Ponencias del Simposio sobre Metodología de las Ciencias Humanas.
- 12 — Petzold Pernía: Derecho y Política: Consideraciones sobre la Enmienda No. 1 de la Constitución Venezolana vigente.
- 13 — Delgado Ocando: Exposición de la Metodología del Derecho de Reinhold Zippelius.
- 14 — Buzaid: De la Carga de la Prueba.
- 15 — Pineda Urrutia: Ambrosio L. Gioja y el Postulado Jurídico de la Prohibición.
- 16 — Brewer-Carías: Un Derecho para el Desarrollo y la Protección de los Particulares frente a los Poderes Públicos y Privados.
- 17 — Petzold Pernía: Constitución y Ciencia Política.
- 18 — Petzold Pernía: Algunas Consideraciones sobre la Naturaleza de la Filosofía Política.
- 19 — Wróblewski: Silogismo Legal y Racionalidad de la Decisión Judicial.
- 20 — Tammelo y Salguero T.: El Método de Contra-fórmula y su aplicación Lógica-jurídica.
- 21 — Garzón Valdez: Algunos modelos de Validez Normativa.
- 22 — Labarca P.: Derecho y Cambio Social.
- 23 — Brewer-Carías: La Carga de la Prueba en el Derecho Administrativo.
- 24 — Fuenmayor: La Carga de la Prueba.
- 25 — Thomas: Argumentos para una Investigación de las Relaciones entre las Ideologías Revolucionarias de 1789 y 1810.
- 26 — Morales Bello, Dáger y Faría: Pasado, Presente y Futuro de los Partidos Políticos Venezolanos.
- 27 — Muci-Abraham: La Carga de la Prueba de la Ley Extranjera.

INSTITUTO DE FILOSOFIA DEL DERECHO

Cuaderno de trabajo No. 27

1978

CONTENIDO

JOSE MUCI-ABRAHAM: La Carga de la Prueba de la Ley Extranjera... ..	7
--	---

La Carga de la Prueba de la Ley Extranjera *

José Muci-Abraham
Profesor Titular de Derecho In-
ternacional Privado en la Universi-
dad Central de Venezuela.

Constituye un gran honor para mí, el haber sido escogido para participar en este ciclo de charlas, que el Centro de Estudios de Filosofía del Derecho de esta Universidad ha organizado, para examinar el tema de la Carga de la Prueba.

La verdad es que una serie de compromisos y responsabilidades que actualmente gravitan sobre mi persona, me han impedido analizar en plenitud el tema que voy a exponer esta tarde.

No obstante esos compromisos, acepté intervenir en este ciclo de charlas, porque si bien los honores no se buscan, tampoco se rechazan, y en consecuencia no podía declinar este señalado honor que me ha hecho la Facultad de Derecho de la Universidad del Zulia.

* Versión magnetofónica de la conferencia dictada por su autor en el Instituto de Filosofía del Derecho el día doce de septiembre de 1975.

Voy a examinar, rememorando viejos tiempos de mi labor docente, cuando desempeñaba en la Universidad Central de Venezuela la Cátedra de Derecho Internacional Privado, un tema que tuve la oportunidad de exponer ampliamente en ese entonces. Sobre ese tema publiqué un pequeño trabajo, que apareció en el Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, a cuyo nacimiento asistí.

El tema conectado con esta materia de la Carga de la Prueba, al cual voy a hacer referencia, es el de la prueba de la Ley Extranjera. Es decir, me voy a referir a la Prueba de la Ley Extranjera.

Quiero reiterarles una vez más, que probablemente esta conferencia sea la más modesta de todas las que se han dado y se darán en el transcurso de este ciclo, pero ello obedece, lo repito, a los compromisos que tengo en la actualidad, que me impiden corresponder de una manera más eficiente, de una manera más acabada, a esta señalada distinción que la Facultad de Derecho de la Universidad del Zulia me ha hecho.

Es una realidad conocida por todos, que en el mundo existe una inmensa variedad legislativa, que cada país de acuerdo con sus propias necesidades, de acuerdo con su propia idiosincrasia, posee una determinada legislación. Es decir, es un hecho indiscutible que en el mundo coexisten diversas legislaciones, simultáneamente vigentes, cada una con su ámbito espacial propio de aplicación.

En Venezuela rige una determinada legislación, y en Argentina rige una diferente, y en Francia rige también una distinta; así pues, presenciamos un hecho indiscutible que nos suministra la realidad: la existencia de una varie-

dad legislativa, la existencia de una multiplicidad de ordenamientos jurídicos. Y todos esos ordenamientos jurídicos coexisten, se encuentran a un mismo tiempo vigente, aun cuando la demarcación territorial donde rigen, el ámbito espacial donde se hallan en vigor, es diferente.

Al lado de este hecho nos encontramos con otro, que también nos aporta la realidad. Ese otro hecho es la existencia de un tráfico, que cada día tiene mayor ímpetu, de personas, de servicios y de bienes, entre los diversos países que componen la comunidad jurídica internacional. Es decir, cada día viajamos con más frecuencia, cada día tenemos mayores relaciones económicas de intercambio con los demás países de la tierra; este es otro hecho indiscutible.

Estos dos hechos conectados, enlazados, generan una exigencia: la necesidad de aplicar en determinadas hipótesis el derecho extranjero. Es decir, por el hecho de existir una variedad legislativa y por la circunstancia de existir un tráfico creciente de personas, bienes y servicios entre los diversos países de la tierra, donde rigen sistemas de derecho distintos, se producen una serie de situaciones conectadas, vinculadas a varios ordenamientos jurídicos simultáneamente vigentes. Y esa conexión de determinadas hipótesis de la vida real a varios ordenamientos jurídicos simultáneamente vigentes, plantea el problema, en numerosas ocasiones, de determinar cuál de esos ordenamientos jurídicos simultáneamente vigentes es el aplicable. Si una mercancía es comprada por una empresa venezolana a una empresa norteamericana y esa mercancía hay que trasladarla de los Estados Unidos a Venezuela, se plantea toda una serie de problemas debido al conflicto, a la concurrencia, en el caso, de los ordenamientos jurídicos venezolano y norteamericano; si la mercancía perece, desaparece, si la

mercancía se deteriora y el comprador tiene que formularle una reclamación al vendedor, se planteará de inmediato el problema de saber con arreglo a cuál legislación se debe formular esa reclamación. ¿Cuál derecho va a regir esa reclamación? También se plantea el problema de saber cuál es el tribunal competente que conocerá de la correspondiente reclamación, para el evento de que no llegue a resolverse amigablemente.

Todos estos hechos han coadyuvado a dar nacimiento a una disciplina jurídica que todos conocemos: El Derecho Internacional Privado.

El Derecho Internacional Privado descansa en estos hechos reales. Hay una variedad legislativa, hay un tráfico creciente. Esos dos hechos provocan que varios ordenamientos jurídicos simultáneamente vigentes entren en contacto y se plantee la interrogante fundamental de determinar cual de esos ordenamientos, en un momento dado, debe aplicarse.

Si se tiene en cuenta estos conceptos, resulta claro, aparece con toda diafanidad, cuál es el objeto del Derecho Internacional Privado. El objeto del Derecho Internacional Privado reside lisa y llanamente en contestar tres grandes preguntas: ¿Cuándo?, ¿Cómo? y ¿Por qué? se debe aplicar el Derecho Extranjero. ¿Cuándo se debe aplicar el Derecho Extranjero?, ¿Cómo se debe aplicar el Derecho Extranjero? y ¿Por qué se debe aplicar el Derecho Extranjero? Es posible que el orden de prioridades en la enunciación de estas preguntas deba alterarse y quizás primero debamos preguntarnos por qué se debe aplicar el Derecho Extranjero, luego cuándo y finalmente cómo.

Estas tres preguntas generan a su vez una serie de cuestiones de naturaleza sustantiva y de naturaleza proce-

sal de gran importancia, que son las que componen toda la problemática del Derecho Internacional Privado. Cuándo se aplican las leyes extranjeras, cómo se aplican las leyes extranjeras, por qué se aplican las leyes extranjeras; he allí tres grandes preguntas que el Derecho Internacional Privado trata de responder.

Desde luego que este es el concepto del Derecho Internacional Privado en un sentido estricto, porque en un sentido amplio al Derecho Internacional Privado se le agregan otras cuestiones, como la que ya he mencionado del conflicto de jurisdicciones; en este segundo sentido el Derecho Internacional Privado no sólo responde la pregunta de cuál es la ley aplicable, sino también de cuál es la jurisdicción competente.

En algunos países, como Francia, otras materias que no se hallan encuadradas exactamente dentro de esta problemática, también se considera que constituyen temas propios del Derecho Internacional Privado, como acontece con la nacionalidad y la extranjería.

En Francia estas materias forman parte del Derecho Internacional Privado.

Haciendo ahora referencia concreta a la prueba de la ley extranjera, es decir, partiendo del supuesto de que hay hipótesis en las cuales hay que aplicar leyes extranjeras, surgen una serie de cuestiones que vale la pena elucidar en un ciclo de charlas como este en que se habla de la Carga de la Prueba.

Esas cuestiones básicas son las siguientes: En primer lugar, se plantea la necesidad de saber si las partes deben

alegar y probar la ley extranjera aplicable, esto es, la ley extranjera declarada competente por la norma de Derecho Internacional Privado. De manera pues, que la primera cuestión reside en saber si las partes deben alegar y probar la ley extranjera, o si incumbe al juez aplicar de oficio el derecho extranjero, que son las dos posibilidades existentes en relación con esta primera cuestión.

Además de esta primera cuestión, se plantea una segunda: ¿Cuál es el régimen para determinar el contenido de la ley extranjera? ¿Cómo se debe hacer para precisar cuál es el contenido de la ley extranjera?

Esta segunda cuestión se plantea básicamente para el caso de que se considere que las partes deben alegar y probar el derecho extranjero; porque si se considera que el juez debe aplicarlo de oficio, desde luego que esta problemática no se plantea.

Una tercera cuestión que también surge con relación a este problema de la prueba de la ley extranjera, se relaciona con el camino que se debe seguir si se fracasa, si se sucumbe en el propósito de determinar el contenido de la ley extranjera. Esta cuestión aparece planteada en casi todos los Tratados de Derecho Internacional Privado; pero yo diría que hoy deberíamos considerarla un tanto obsoleta debido a la gran comunicación que existe entre todos los países de la tierra. Esta era una hipótesis que se examinaba cuando había dificultad de comunicación, de información y en un momento dado podía no ser fácil determinar cual era el contenido de una determinada ley extranjera.

Yo considero, de consiguiente, que hoy día no tiene sentido, o tiene muy poco sentido en el mejor de los

casos, analizar esta problemática que surge cuando el juez tiene que aplicar la ley extranjera, pero no obtiene resultados fructíferos cuando trata de determinar cuál es el contenido de esa legislación extranjera declarada aplicable por la norma de Derecho Internacional Privado.

Finalmente, en este orden de cuestiones que plantea la aplicación de la ley extranjera, surge un problema terminal, relacionado con la posibilidad, con la procedencia del recurso de casación por falta de aplicación o por errónea interpretación de la ley extranjera declarada aplicable.

Si la ley venezolana considera que en un determinado momento es aplicable, por ejemplo, la ley española, esta última cuestión consistiría en determinar si es procedente, si es ejercitable el recurso de Casación bien por falta de aplicación de la ley extranjera declarada competente, o bien por errónea interpretación de la ley extranjera declarada competente por la Norma de Conflicto o de Derecho Internacional Privado venezolana.

Observen ustedes que me he referido a dos supuestos. Al supuesto de falta de aplicación y al supuesto de errónea interpretación. No me he referido a la hipótesis de indebida aplicación, porque cuando se aplica indebidamente una ley extranjera, es decir, una ley que no era aplicable, porque la que era aplicable era la nacional, no estamos ante una hipótesis de infracción de esa ley extranjera, puesto que si no era aplicable, no pudo ser infringida.

Las otras dos hipótesis de la Casación, sí se plantean cuando se examina esta problemática. En efecto, se puede incurrir en una interpretación errónea de la ley extranjera declarada aplicable por la norma de conflicto venezolana; en ese caso se está infringiendo la ley extranjera.

Igual ocurre en el caso de que se haya dejado de aplicar la ley extranjera declarada competente, porque en ese caso se está infringiendo esa ley extranjera, porque no se aplicó.

De manera pues, que en este cuarto orden de cuestiones la problemática que surge es la de examinar la procedencia del recurso de casación por falta de aplicación o por errónea interpretación de la ley extranjera declarada aplicable.

Haciendo un gran resumen de los cuatro grandes problemas que suscita la aplicación del derecho extranjero en materia directamente conectada con su prueba, tenemos:

Una primera cuestión que radica en determinar si las partes deben alegar y probar el derecho extranjero declarado competente por la norma de conflicto, o bien si el juez debe aplicarlo de oficio.

En segundo lugar, y especialmente para la hipótesis de que se considere o se establezca que son las partes quienes deben alegar y probar el derecho extranjero, cuál es el régimen al cual está sujeta la probanza de ese derecho extranjero.

En tercer lugar, y ratifico de nuevo que se trata de una cuestión que ha perdido vigencia, en una buena parte al menos, otro género de cuestiones tiene que ver con el camino a seguir en los casos en que se sucumbe o se fracasa en el intento de determinar el contenido del derecho extranjero aplicable.

Y finalmente, el cuarto grupo de cuestiones tiene que ver con la procedencia del recurso de Casación, por errónea interpretación o por falta de aplicación de la ley extranjera declarada aplicable por la norma de conflicto.

Fundamentalmente me voy a referir a la primera cuestión: si las partes deben alegar y probar el derecho extranjero o si el derecho extranjero debe ser aplicado de oficio por el Juez, por considerar que esta primera cuestión es la que guarda una relación decisiva con la problemática de la carga de la prueba que se viene examinando en este ciclo de charlas.

Como ya ustedes lo intuirán, o en todo caso como ya lo saben, cuando se examina esta problemática de que si las partes deben alegar y probar el derecho extranjero, surgen de inmediato diversas posiciones. No cabe esperar otra cosa de una cuestión que está enmarcada dentro del ámbito de Derecho Internacional Privado, donde todo es esencialmente problemático. Hay una frase famosa de Nussbaum, en su "Tratado de Derecho Internacional Privado"; en sus primeras páginas, dice, cuando examina el problema de la denominación de nuestra disciplina, que se han propuesto numerosísimas denominaciones y a renglón seguido añade una frase muy sensible, que da buena idea de la dimensión problemática del Derecho Internacional Privado: "la discusión arranca desde el título". Así vistas las cosas, no podía faltar una variedad de posiciones en la materia a la cual vamos a referirnos, que es, concretamente, si las partes deben alegar y probar el derecho extranjero.

Esta problemática no es, desde luego, reciente; no se ha planteado en los últimos años, no es una cuestión fresca sino más bien bastante anciana, porque ya los romanos consideraron el problema de la aplicación del Derecho Consuetudinario, y estimaban, y aquí están las más profundas raíces de la llamada Doctrina Clásica, que la aplicación del derecho extranjero, en esa época del Derecho Consuetudinario, constituía una excepción al principio *iura novit*

curia, de que el Derecho debía ser aplicado por el Juez; que ese principio no regía tratándose de normas consuetudinarias.

Trasladando este concepto al ámbito propio de la ley extranjera en nuestra época, diríamos que para los romanos el Juez no estaba obligado ni a conocer ni a aplicar de oficio la ley extranjera. La ley extranjera tenía que ser objeto de alegaciones y pruebas por el interesado; sobre las espaldas de la parte interesada, gravitaba en el proceso la carga de la prueba de la ley extranjera.

La ley extranjera, de este modo, en la concepción romana, en la Doctrina Clásica, se asimila a un *hecho*. En el proceso, los hechos tienen que probarse. El derecho lo conoce el Juez, pero la ley extranjera, al asimilarse a un hecho, tiene que ser objeto de alegación y prueba, porque el Juez tiene que decidir “*secundum allegata et probata*”. Si la ley extranjera no es alegada y probada, el Juez no la toma en cuenta en el proceso.

Esta concepción clásica, esta Doctrina Clásica sobre la alegación y prueba del derecho extranjero en el proceso, se vigorizó con la Doctrina de la *Comitas Gentium* o de la Cortesía Internacional, de la cual fueron autores juristas holandeses del siglo XVII.

La teoría de la *Comitas Gentium* trata de explicar por qué se aplica la ley extranjera; y la razón que da para esa aplicación, consiste en motivos de simple cortesía entre las naciones.

Por supuesto, que si la ley extranjera se aplica por razones de mera cortesía, no hay ningún alegato fuerte,

vigoroso, para que el Juez tenga que aplicarla y avocarse a su conocimiento por propia iniciativa y esforzarse para interpretar y comprender su contenido.

Esta bien que se apliquen las leyes extranjeras por razones de cortesía, pero si se trata de razones tan débiles como las que la cortesía comporta, entonces que las partes aleguen y prueben el derecho extranjero, y en ese caso se tendrá en cuenta en el proceso, más no en la hipótesis contraria.

También se vigoriza la difusión y aceptación de la Doctrina Clásica con la codificación que se opera en Francia en el siglo XIX. Los franceses consideran, una vez consumada la codificación, que se encuentra como en un estado de minusvalía el derecho extranjero no codificado. De allí que la doctrina de la *Comitas Gentium* y el principio de que la alegación y prueba del derecho extranjero incumbe a la parte interesada, hayan tenido una gran difusión en la Francia del siglo XIX.

La Doctrina Clásica tiene también un gran eco en el Derecho Angloamericano.

Según lo expuesto, la Doctrina Clásica, según la cual las partes deben alegar y probar el derecho extranjero para que sea tenido en cuenta por el Juez en la oportunidad de decidir, cubre toda una etapa histórica de enorme dimensión, durante la cual prácticamente señorea con exclusión de toda otra.

No tarda en producirse una reacción contra esta doctrina, y la reacción se inicia en Alemania, especialmente bajo el influjo de las enseñanzas de Puchta y de Savigny.

La reacción no constituye un enfrentamiento, una posición abiertamente contraria a la Doctrina Clásica, sino un temperamento de ella. Puchta y Savigny consideran que si bien la ley extranjera es asimilable a un hecho —y en este sentido parten del mismo supuesto de la Doctrina Clásica—, sin embargo, el Juez *puede* aplicarla de oficio y *puede* investigar lo que sea necesario, para determinar su contenido y su espíritu.

Y esta es la idea que recoge el artículo 293 del Código de Procedimiento Civil Alemán de la época.

De manera pues, que antes de que se origine en el mundo del derecho una posición totalmente opuesta a la Doctrina Clásica, surge, por así decirlo, una doctrina intermedia, que parte del fundamento de la Doctrina Clásica, de que la ley extranjera es un hecho, pero que establece la posibilidad de que el Juez pueda investigar su contenido y aplicarla aun cuando no medie alegación y prueba por la parte interesada.

La doctrina totalmente opuesta, el reverso de la Doctrina Clásica, aparece fundamentalmente en una Recomendación del Instituto de Derecho Internacional, en el año de 1891, cuando se sugiere la conveniencia de que el Juez investigue la ley extranjera competente y la aplique de oficio. Y el fundamento de esta posición es el siguiente: —recuerden ustedes que el de la Doctrina Clásica, radica en que la ley extranjera es asimilable a un hecho del proceso y por tanto debe ser objeto de alegación y prueba—. Esta segunda tesis, diametralmente opuesta a la Doctrina Clásica, parte de lo que se ha llamado la “doctrina de la incorporación”. Cuando la norma de conflicto venezolana, cuando la norma de Derecho Internacional Privado venezolana es-

tablece que el derecho aplicable es el Francés o el Italiano, está incorporando al ordenamiento jurídico venezolano las disposiciones pertinentes del derecho Francés o del derecho Italiano. Es decir, el derecho extranjero resulta *nacionalizado*, para utilizar una expresión gráfica, por virtud de la declaratoria de competencia de la norma de conflicto o de Derecho Internacional Privado.

Esta segunda tesis, que establece la obligación directa, la obligación clara, la obligación terminante para el Juez de aplicar la ley extranjera sin necesidad de que medie alegación y prueba de la parte interesada, primero empieza a tener el favor de la doctrina, luego el de la jurisprudencia y, como acontece generalmente en casi todos los procesos jurídicos, termina consagrada en la legislación.

Uno de los primeros sistemas de derecho en consagrar esta segunda posición es el sistema angloamericano. El Estado de Massachussets, en el año de 1929, en los Estados Unidos de América, establece la obligación para el Juez de aplicar de oficio la ley extranjera declarada competente, sin necesidad de que medie alegato y prueba por la parte interesada. Y al Estado de Massachussets, siguen el Estado de Carolina del Norte, el Estado de Virginia y el Estado de Nueva York.

De manera que ya tenemos en el escenario histórico del derecho las dos grandes posiciones que se asumen frente al problema de la prueba de la ley extranjera.

Se podría examinar qué ha pasado con esta última doctrina en todas las legislaciones del mundo, cuáles son todas las experiencias del Derecho Comparado. Pero la verdad es que esa sería una labor bastante minuciosa y muy tediosa para todos ustedes. Yo me voy a referir simplemente a lo

que ha ocurrido con estas dos doctrinas en el Derecho Internacional Americano. Primero me voy a referir a los países de Latino-América, en conjunto, y después voy a hacer especial referencia al caso venezolano.

Al referirme al Derecho Internacional Americano, primero voy a aludir, muy breve y sumariamente desde luego, a cuatro Tratados muy importantes. El primer Tratado es el de Lima de 1878; no llegó a tener vigencia por falta de ratificación de las partes concurrentes; en su art. 55 reflejó la posición clásica: La ley extranjera es un hecho; debe ser objeto de alegación y prueba por la parte interesada; el Juez no puede aplicarla de oficio.

Los Tratados de Montevideo, tanto los de 1889, en los artículos 1° y 2° del Protocolo Adicional, como los de 1940, consagran la Doctrina Moderna.

La Doctrina Moderna también es consagrada, en los términos que luego examinaremos, en el Código de Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante, de 1928.

Como ustedes saben, los Tratados de Montevideo están vigentes en Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay. El Código Bustamante puede considerarse vigente —entre otros países— en Brasil, Panamá, Perú y Venezuela; desde luego que en el caso de Venezuela ya sabemos que hay una serie de disposiciones que fueron objeto de reserva.

No se considera que está vigente el Código de Bustamante en Bolivia, Chile y Ecuador, por cuanto que estos países hicieron reservas generales e indeterminadas a todo su articulado.

Al lado de esta legislación, digámoslo así, internacional coexiste, en los diversos países, toda una gama de disposiciones de derecho interno. Es decir, el derecho interno de cada uno de los países de América es diferente en esta materia; o en todo caso, unos reflejan la Doctrina Clásica y otros consagran la Doctrina Moderna. Y así por ejemplo las legislaciones de Argentina, Ecuador y Paraguay establecen expresamente en dispositivos muy claros y muy definidos que la ley extranjera tiene que ser objeto de alegación y prueba por parte interesada.

Aun cuando la legislación colombiana nada establece sobre la materia, esto es, guarda silencio sobre el particular la dogmática colombiana ha considerado y ha interpretado que dicha legislación sigue la Doctrina Clásica: la ley extranjera debe ser objeto de alegación y prueba.

Posición muy distinta es la asumida por la doctrina en Bolivia, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela, donde ante el silencio de esas legislaciones frente al problema que estamos analizando, se ha interpretado que el Juez puede y debe aplicar de oficio la ley extranjera.

Miren ustedes como frente a una idéntica situación: silencio legislativo sobre un punto, hay dos interpretaciones totalmente antinómicas. En Colombia se considera que el silencio del legislador debe ser interpretado en un sentido favorable a la Doctrina Clásica, en tanto que en Bolivia, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela la interpretación es radicalmente opuesta: el silencio del legislador se considera como consagrador, como establecedor de la Doctrina Moderna.

El único país de América cuya legislación interna se pronuncia en una forma clara en favor de la Doctrina Mo-

derna es Brasil. El artículo 14 de la Ley de Introducción al Código Civil del Brasil establece que el Juez debe aplicar de oficio la ley extranjera y que, por tanto, no existe en esta materia una carga procesal para la parte interesada.

Vamos a examinar ahora, en forma rápida, la situación particular de Venezuela.

En Venezuela, ¿hay que alegar y probar el derecho extranjero, o éste debe ser aplicado de oficio por el Juez?

Si el derecho extranjero debe ser objeto de prueba, ¿cómo debe ser probado?

Ya he dicho que en la legislación interna de Venezuela no existe ninguna disposición legal que responda a esta problemática. Es decir, no tenemos ningún artículo de ningún código que nos diga: "La ley extranjera debe ser aplicada de oficio por el Juez, o la ley extranjera debe ser objeto de alegación y prueba por la parte interesada".

Ya veremos que hoy por hoy la doctrina y la jurisprudencia se inclinan claramente hacia la Doctrina Moderna. Y dentro de esa orientación debemos considerarnos ubicados.

Claro está, que eso que ocurrió históricamente del surgimiento y florecimiento primero de la Doctrina Clásica; y del desplazamiento ulterior de la Doctrina Clásica por la Doctrina Moderna, ocurrido en el panorama legislativo mundial, también ocurrió en Venezuela; nosotros asistimos a ese mismo proceso, a ese mismo fenómeno de predominio inicial de la Doctrina Clásica y de sustitución posterior de esa Doctrina.

Así, nuestros primeros comentaristas, muy ilustres por cierto, se pronuncian por la Doctrina Clásica. Tal es el caso de Sanojo en 1873, de Rafael Seijas en 1884, de Aníbal Dominici en 1897, de Ramón F. Feo en 1904, de Cecilio Acosta en 1908, de José Eugenio Pérez en 1923 y Arminio Borjas en 1924. Todos estos autores frente al silencio de nuestras legislaciones —silencio que no se ha modificado, porque todavía nuestra legislación interna no se pronuncia sobre este problema— consideraban que la ley extranjera era asimilable a un hecho del proceso y por tanto debía ser objeto de alegación y prueba por la parte interesada.

Esta Doctrina Clásica fue acogida por dos sentencias de nuestra Corte Federal y de Casación de 1904 y 1925.

Sin embargo, a pesar de que a fines del siglo pasado y en los comienzos del presente, en Venezuela dominó siempre la Doctrina Clásica, tenemos un hecho aislado, que constituye por así decirlo, la primera insurgencia contra ella, que es una sentencia del 8 de Octubre de 1919, emanada de la Corte Accidental Superior del Distrito Federal, y en cuyo texto, con una gran claridad, con gran hondura jurídica, se sostiene la Doctrina Moderna.

Les voy a leer a ustedes unos párrafos de esa sentencia, que es muy interesante. La sentencia dice: “Ha invocado en estrados la parte actora que la demandada no ha comprobado la existencia de la Ley Española y sobre el particular se observa, que aunque es verdad que los jueces no están en la obligación de conocer la Ley Extranjera, cuando la conocen y es procedente su aplicación, deben acatarla. En el presente caso, sí tienen conocimiento los juzgadores de las disposiciones del Código Español pertinentes al matri-

monio, como lo dejó asentado esta Corte en su sentencia del 15 de enero del corriente año y por lo tanto sí pueden tomar en cuenta esas disposiciones en el presente fallo, sin que por este hecho pueda alegarse que se han tomado elementos de convicción fuera de los autos, porque la disposición procedimental a tal respecto, se refiere únicamente a hechos; y la ley extranjera lejos de ser un hecho, es filosóficamente un conocimiento que el Juez está en el deber de tratar de adquirir, por todos los medios de conocer, pues su norte ha de ser la verdad, que procurará escudriñar dentro de los límites de su oficio por mandato imperativo del Artículo 12 del Código de Procedimiento Civil".

A esta primera reacción jurisprudencial en contra de la Doctrina Clásica, se suman otras en el ámbito de la doctrina. Esas reacciones se localizan en nuestros juristas Angel César Rivas, Francisco Gerardo Yáñez y Alejandro Pietri. El Dr. Pedro Manuel Arcaya elabora un proyecto de Ley de Aplicación del Derecho Internacional Privado y ese proyecto, en su Artículo 8., consagra la Doctrina Moderna. Este proyecto no tuvo ningún éxito, nunca se le consideró en el Congreso y, en consecuencia, no pasa de ser una pieza de tipo histórico dentro de todo este proceso que estamos analizando.

En el año de 1928, como todos ustedes saben, Venezuela suscribe en La Habana, el Tratado de Derecho Internacional Privado, en virtud del cual fue puesto en vigor el Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante. Las disposiciones de ese Código, no reservadas por Venezuela, constituyen derecho vigente para nosotros frente a los países que tampoco formularon reserva a esas mismas disposiciones.

En este Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante hay cuatro disposiciones que se refieren a la problemática que estamos analizando, que son los artículos 408 a 411.

El artículo 408 del Código Bustamante establece que los jueces y los tribunales aplicarán de oficio cuando proceda el derecho extranjero declarado competente. De manera pues, que el primer dispositivo del Código Bustamante sobre la materia, acoge claramente la Doctrina Moderna. El derecho extranjero competente, tiene que ser aplicado de oficio por el Juez.

En segundo lugar, establece el Código Bustamante, la posibilidad de colaboración de las partes en la aplicación del derecho extranjero. Y a este efecto dispone, sin menoscabo de la regla que establece que el Juez debe aplicar de oficio el derecho extranjero, que la parte interesada en la aplicación del derecho extranjero puede acreditar su texto, su vigencia y su sentido. A este efecto el Código Bustamante crea un medio especial de prueba. Ese medio de prueba es la certificación del texto, vigencia y sentido del derecho extranjero aplicable, por dos abogados del país de cuya legislación se trate, la cual deberá producirse en autos debidamente legalizada.

Observen ustedes —y este punto debe tenerse muy en cuenta—, que el Código Bustamante crea un medio de prueba idóneo para demostrar el contenido, la vigencia y el sentido del derecho extranjero: una certificación emanada de dos abogados del país de cuya legislación se trate.

ojo! Crea ese medio de prueba pero no lo establece como único. No es una disposición excluyente de otros medios de prueba, sino creadora, establecedora de un nuevo me-

dio de prueba. El derecho extranjero, a mi modo de ver, de acuerdo a las disposiciones del Código Bustamante, puede probarse con todos los medios previstos por la legislación del Estado donde la prueba deba realizarse. Y este medio previsto por el Código Bustamante, es simplemente un medio adicional a todos los recursos probatorios previstos en el país donde la prueba deba realizarse.

El Código Bustamante establece, a renglón seguido, que a falta de prueba, o cuando la prueba sea insuficiente, el Juez podrá valerse de una serie de mecanismos, de una serie de medios para investigar el contenido del derecho extranjero. Y se le impone a todos los países suscritores del Tratado de La Habana de 1928, o ellos mismos se imponen recíprocamente, la obligación de colaborar los unos con los otros en la prueba del derecho extranjero, a través de sus Cancillerías, de sus Ministerios de Justicia, del Ministerio Público y de otros Departamentos o Dependencias Administrativas idóneas para tales fines.

Como se ve pues, es claro que el Código Bustamante consagra en plenitud la Doctrina Moderna.

Las disposiciones del Código Bustamante son ensanchadas en su ámbito de aplicación en 1949, cuando la Corte Suprema de Justicia dicta una sentencia muy importante. En esta sentencia la Corte establece en términos generales, que cuando la legislación interna venezolana no disponga nada sobre un determinado problema de Derecho Internacional Privado, los principios consagrados en el Código Bustamante se considerarán principios de Derecho Internacional Privado generalmente admitidos. Claro está que se trata de los principios contenidos en el Código Bustamante en disposiciones que no hayan sido objeto de re-

serva por parte de Venezuela; porque, al contrario, el principio contenido en un artículo que haya sido objeto de reserva, debe estimarse rechazado y no podría asimilarse a un principio de Derecho Internacional Privado generalmente admitido.

De manera que respecto de los países que suscribieron y ratificaron el Código de Bustamante y que no formularon reservas a estos artículos 408 a 411, el Juez debe aplicar de oficio el derecho extranjero, y las partes —esta es una norma meramente potestativa—, pueden aportar elementos de convicción en el proceso que coadyuven al conocimiento y a la correcta interpretación de la ley extranjera aplicable.

Por lo que se refiere a las restantes legislaciones, el régimen es el mismo aún cuando el fundamento jurídico es diferente, porque en la primera hipótesis que analicé —países que también suscribieron y ratificaron el Código de Bustamante y que no formularon reservas a las disposiciones insertas en los artículos 408-411— el Tratado representado por el Código Bustamante constituye fundamento de la aplicación de tales principios, mientras que en la otra hipótesis —países que no suscribieron o que no ratificaron el Código Bustamante en lo relativo a dichas disposiciones— el fundamento es diferente: el fundamento es el artículo 8.º del Código de Procedimiento Civil, que establece el orden de prelación de fuentes en Derecho Internacional Privado; de acuerdo a su texto, cuando no hay ninguna disposición de derecho interno, cuando tampoco es posible la interpretación analógica, hay que recurrir a los principios de Derecho Internacional Privado generalmente admitidos, y entonces nuestra Corte Suprema de Justicia nos ha dicho: las disposiciones del Código Bustamante que no han sido

objeto de reserva por parte de Venezuela, constituyen respecto de los países que no suscribieron ni ratificaron el Código Bustamante, principios de Derecho Internacional Privado generalmente admitidos.

De este modo, en Venezuela tenemos un régimen uniforme en la materia de la aplicación de la ley extranjera y debemos considerar que nuestra legislación adhiere, a través de diversos mecanismos legales e interpretativos, a la Doctrina Moderna.

Las partes no están obligadas ni a alegar ni a probar el derecho extranjero declarado aplicable por las normas de conflicto. La ley extranjera es asimilable en este aspecto al derecho nacional; en consecuencia, el Juez debe conocerla y aplicarla, sin necesidad, repito, de que medie alegato y prueba por la parte interesada. Se establece una facultad para la parte interesada, precisamente por ser parte interesada, de producir en el proceso una serie de elementos de convicción que colaboren en la tarea que el Juez tiene sobre sí de investigar el contenido y de determinar el sentido, la inteligencia del derecho extranjero.

Esta posición se halla ratificada por las más modernas orientaciones doctrinarias; los autores que han escrito últimamente sobre la materia en Venezuela, adhieren francamente a esta posición y después del fallo de la Corte Suprema de Justicia a que hice referencia con anterioridad, hay numerosas decisiones de Instancia que respaldan, que avalan de manera franca y abierta esta posición a la cual me he referido.

De todo esto fluye con una claridad realmente meridiana, que en Venezuela las partes no están obligadas ni a alegar, ni a probar el derecho extranjero; cosa distinta es la

conveniencia que les asiste de hacerlo, para lo cual se hallan posibilitadas. Aún cuando éste curso versa sobre la Carga de la Prueba, en materia de la ley extranjera no hay carga de la prueba, porque la ley extranjera declarada competente por la norma de conflicto es asimilable al derecho nacional y así como no se puede hablar de carga de la prueba del derecho nacional, porque el Juez debe conocerlo y aplicarlo, aunque no se lo aleguen ni se lo prueben, lo propio acontece con el derecho extranjero: nadie tiene que alegarlo ni nadie tiene que probarlo.

Ojalá que estos conceptos, muy superficiales, contribuyan a esclarecer uno de los aspectos de la problemática que se ha planteado en este ciclo de charlas.

Si en alguna medida la exposición que acabo de hacer aclara algunas ideas, o analiza algunos aspectos que aquí no se habían examinado precedentemente, me sentiré satisfecho.

Hubiera deseado hacer una exposición de más hondura, más provechosa en este camino de aclarar todas las zonas oscuras y penumbrosas de una materia tan interesante como la Carga de la Prueba, que se proyecta sobre las más diversas disciplinas jurídicas, pero como les dije al principio, circunstancias de la vida limitan la colaboración que en este caso he podido prestarle a la Universidad del Zulia. Me le ofrecí a mi distinguido amigo Dr. José Manuel Delgado Ocando, para venir acá y tratar otros temas que hoy son más de mi incumbencia, como todo lo relacionado con la novísima legislación sobre el Control Fiscal y sobre las nuevas atribuciones que se le otorgan al Organismo Contralor para la evaluación de la gestión adminis-

**FACULTAD DE DERECHO
PERSONAL DIRECTIVO**

Decano

- Dr. J. A. Borjas Sánchez
Dir. de la Escuela de Derecho
Dr. Armando Fuenmayor Villasmil
Dir. de la Escuela de Trabajo Social
Lic. Noris Pérez Marcano
Director de Seminarios
Dr. Jesús Morillo González
Director de Derecho Práctico
Dr. Juan María Rouvier
Dir. del Centro de
Investigaciones Criminológicas
Dra. Lolita Aniyar de Castro
Dir. del Centro de
Estudios Laborales
Dr. José Ignacio Beltrán

CONSEJO DE LA FACULTAD

- Dr. J. A. Borjas Sánchez
(Decano-Presidente)
Dr. Armando Fuenmayor Villasmil
(Dir. de la Escuela de Derecho)
Lic. Noris Pérez Marcano
(Dir. de la Escuela de Trabajo Social)
Dr. Eduardo López Iragorry
(Secretario)

Representantes de los Profesores

- Dr. Alberto J. La Roche
Dra. Idamys García de Peña
Dr. Ricardo Hernández Ibarra
Dr. Alberto Vera Batule
Dr. José Ignacio Beltrán
Dr. Mario Pineda Urrutia
Dra. Lola A. de Castro

Representante de los Egresados:

- Abog. Jesús Armando Parra Carroz

Representantes de los Estudiantes:

- Br. Gustavo Meléndez
Br. Edgar Hernández

CUADERNO DE TRABAJO No. 27 del
Instituto de Filosofía del Derecho, se ter-
minó de imprimir en mayo de 1978 en la
Editorial Universitaria de la Universidad
del Zulia, dirigida por Antonio Tomassy
A. Se imprimieron 1.000 ejemplares.

Maracaibo - Venezuela