

LA APLICACION DEL DERECHO EXTRANJERO EN CHILE DESPUES DEL TRATADO CON URUGUAY

Carlos Villarroel B.

Gabriel Villarroel B.

Profesores de Derecho Internacional Público

RESUMEN

Tanto en Chile como en el exterior se ha discutido acerca de si el derecho extranjero tiene la naturaleza de un hecho o de un derecho, para los efectos de su aplicación por los tribunales de la lex fori. El tratado bilateral, celebrado entre Chile y Uruguay en 1984, constituye una toma de posición de nuestro derecho sobre el punto. A partir de dicho tratado, los autores proponen un sistema en que se aplique el derecho extranjero como un "hecho fuera de la causa", es decir, integrante de la premisa mayor del silogismo judicial y, como tal, asimilado a la norma.

Con fecha 21 de octubre de 1985 se publicó en el Diario Oficial un tratado suscrito entre Chile y Uruguay relativo a la aplicación e información del derecho extranjero. La Convención había sido suscrita en Montevideo el 28 de junio de 1984.

El artículo 1º del tratado dispone: "Los jueces y autoridades de las partes, cuando así lo determinen sus normas de conflicto, estarán obligados a aplicar el derecho extranjero, tal como lo harían los jueces u órganos administrativos del Estado a cuyo ordenamiento éste pertenece".

La norma recién citada está tomada del artículo 2º de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, suscrita en Uruguay el 6 de mayo de 1979. En efecto, dicha norma dispone: "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".

El tratado de 1985 es un importante auxiliar para resolver, en el Derecho chileno, la cuestión sobre la naturaleza y forma de determinar el contenido del derecho extranjero.

REGIMEN CHILENO ANTERIOR AL TRATADO

La doctrina está de acuerdo en que nuestra legislación positiva nada disponía acerca de la naturaleza y la forma de determinar el contenido del derecho extranjero declarado aplicable por una ley nacional. Esta opinión se siguió sosteniendo aún después de haber entrado en vigencia el tratado entre Chile y Uruguay¹.

¹ Diego Guzmán Latorre, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989, pág. 530.

Ante la falta de una decisión legislativa, existían opiniones divididas sobre el tema, materia de este estudio.

Algunos han entendido que el derecho extranjero es un hecho. Según Guzmán y Carvajal, que no la comparten, los fundamentos de esta posición serían los siguientes:

a) El artículo 411 del Código de Procedimiento Civil dispone: "Podrá también oírse el informe de peritos: ... 2º sobre puntos de derecho referentes a una legislación extranjera". Se sostiene que sólo los hechos, y no el derecho, son susceptibles de prueba. Excepcionalmente, en el caso del derecho extranjero, esta prueba se hace indispensable, lo que confirmaría que se trata de un hecho²⁻³.

b) El artículo 160 del Código de Procedimiento Civil establece: "Las sentencias se pronunciarán conforme al mérito del proceso, y no podrán extenderse a puntos que no hayan sido expresamente sometidos a juicio por las partes, salvo en cuanto las leyes manden o permitan a los tribunales proceder de oficio"⁴⁻⁵. Aparentemente, como la sentencia debe dictarse conforme al mérito del proceso, ello implicaría que el juez no podría fundarse en la ley extranjera si no está acreditada en el litigio.

c) José Bernardo Lira, uno de los redactores del Código de Procedimiento Civil, también habría dado a entender el carácter de hecho del derecho extranjero al sostener que la ley extranjera: "no se encuentra en los códigos ni le consta al juez su verdad", por lo que es necesario: "probarle que exista para que pueda aplicarla"⁶⁻⁷.

Diego Guzmán sostiene que la legislación chilena se inspira en las teorías de derecho y no en las de hecho⁸, siguiendo las palabras de Federico Duncker⁹. Este último escribió: "Las leyes extranjeras son en Chile derecho, el cual no conserva su carácter de extranjero sino que se convierte o transforma en derecho nacional, incorporándose a él, sea que su aplicación aparezca ordenada por un texto legal expreso o solamente por los principios del Derecho Internacional Privado"¹⁰. Los partidarios de la tesis de que el derecho extranjero debe ser tenido en Chile como derecho se apoyan en la opinión de José Clemente Fábres¹¹.

Se refutan los argumentos de los que sostienen que el derecho extranjero tendría la naturaleza de un hecho, de la manera siguiente:

² Ver Guzmán, ob. cit., pág. 343.

³ Ver Carvajal, *El Juez y el Derecho Extranjero*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1966, págs. 36 y 37.

⁴ Ver Guzmán, ob. cit., pág. 343.

⁵ Ver Carvajal, ob. cit., pág. 37.

⁶ Lira, citado por Guzmán, ob. cit., pág. 343.

⁷ Carvajal, ob. cit., pág. 37.

⁸ Guzmán, ob. cit., pág. 330.

⁹ Federico Duncker, *Derecho Internacional Privado*, Colección de Estudios Jurídicos y Sociales, Vol. IX, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1967, pág. 345.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Fernando Albónico, citado por Arturo Carvajal, ob. cit., pág. 36.

a) En cuanto al artículo 411 del Código de Procedimiento Civil, éste no obliga al juez a oír informe de peritos sobre la legislación extranjera. Simplemente le confiere esa facultad. Ello significa que el juez no queda relevado de investigar el contenido de la ley extranjera¹². Lo anterior se confirma por la historia de la ley, ya que el proyecto de Código de Procedimiento Civil le imponía al juez la obligación de oír el informe de peritos, siendo la comisión revisora la que sustituyó la expresión "deberá" por "podrá", con el objeto de hacerlo facultativo¹³.

b) En cuanto al artículo 160 del Código de Procedimiento Civil, se sostiene que la ley extranjera está por sobre el mérito del proceso, en tanto que derecho. Además, la limitación establecida en dicha norma se refiere sólo a las acciones o excepciones que hagan valer los litigantes y no a las normas jurídicas, conforme a las cuales deba fallarse el pleito¹⁴. Habría, en consecuencia, una petición de principio en la argumentación contraria.

c) Finalmente, en cuanto a la opinión de José Bernardo Lira, se sostiene que tiene un valor relativo, porque, si bien al juez no le consta el tenor de la ley extranjera, debe conocer la ley nacional que dispone aplicar aquélla¹⁵.

La jurisprudencia, en esta materia, ha sido vacilante. Existen numerosos fallos en los que se ha resuelto que el derecho extranjero tiene el carácter de derecho en nuestro país¹⁶. Sin embargo, en otros tantos se ha seguido la solución contraria¹⁷. También algunas sentencias han aceptado la aplicación de oficio de la ley extranjera¹⁸. Guzmán concluye: "Queda de manifiesto, entonces, que nuestra legislación se inspira en la doctrina que obliga a los jueces a aplicar la ley extranjera de oficio, aun cuando las partes no lo hayan solicitado"¹⁹. Sin embargo, el propio Guzmán reconoce que también hay casos en que se ha resuelto que la ley extranjera debe ser probada²⁰.

REGIMEN CHILENO DESPUES DEL TRATADO CON URUGUAY

El tratado sobre aplicación e información del derecho extranjero, celebrado entre Chile y Uruguay, a que hemos hecho referencia, introduce un nuevo elemen-

¹² Guzmán, ob. cit., pág. 343.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Ver, ibid., pág. 331.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Ibid., pág. 341. Guzmán, analizando las sentencias de nuestros tribunales, afirma que: "aparece claro que nuestro derecho no ha acogido la doctrina que estima que la ley extranjera debe ser aplicada a petición de parte y, por consiguiente, probada por ésta. Por el contrario, el tribunal puede, de acuerdo con los artículos 412 y 159 anteriormente citados, decretar 'de oficio', el informe de peritos con el objeto de probar la ley extranjera. Y más aún, debido al carácter facultativo que tiene el informe de peritos para el tribunal, puede éste prescindir de tal informe e investigar y constatar personalmente el contenido y alcance del derecho extranjero".

¹⁹ Ibid., pág. 344.

²⁰ Ibidem.

to de análisis. La importancia del tratado no puede ser desconocida por cuanto trata precisamente del tema que se analiza y sobre el cual existe opinión dividida. Además, constituye el único texto positivo de nuestro derecho sobre esta materia.

Tal como hemos señalado con anterioridad, este cuerpo normativo está inspirado, sin duda, en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado. Puede concluirse que el tratado particular, celebrado entre Chile y Uruguay, constituye tan sólo la expresión de una tendencia general americana.

Creemos que la disposición contenida en el artículo 1º del tratado entre Chile y Uruguay, que impone a los jueces la obligación de aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces u órganos administrativos del Estado a cuyo ordenamiento éste pertenece, constituye una pieza fundamental del sistema jurídico chileno en cuanto a la aplicación del derecho extranjero. Ella, además, aparece como coincidente con la actual tendencia americana.

La norma que comentamos revela una inconfundible influencia de la llamada "teoría del uso jurídico", postulada por Werner Goldschmidt. Ello no es extraño ya que Goldschmidt aparece en el ámbito latinoamericano como el especialista más destacado. El propio Goldschmidt afirma que el artículo 2º de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, y el artículo 1º del Convenio Argentino-Uruguayo sobre aplicación e información del derecho extranjero, de 20 de noviembre de 1980, "se basan en la teoría del uso jurídico"²¹. Agrega Goldschmidt que en dichas convenciones, "al declarar(se) aplicable derecho extranjero, la referencia no se hace a las normas jurídicas extranjeras; sino a la sentencia que con el mayor grado asequible de probabilidad dictaría el juez extranjero con miras al particular, sometido a su derecho, en la hipótesis de que este particular realmente se hallase radicado en sus estrados"²².

La teoría del uso jurídico postula que cuando deba aplicarse derecho extranjero, ello debe hacerse tal como lo harían los jueces del país a que el derecho pertenece. Por lo tanto, en palabras de Goldschmidt, "lo que nosotros hacemos, no es; pues, en realidad 'aplicación', sino que es 'imitación del Derecho extranjero' (teoría del uso jurídico)"²³. Continúa Goldschmidt: "Lo que se llama la teoría del uso jurídico; y su contenido puede formularse del siguiente modo: 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; como punto de referencia, es preciso tomar al juez ante quien la controversia podría haberse radicado si realmente se hubiese planteado en aquel país"²⁴.

Sigue Goldschmidt: "De ahí resulta que es vitalmente distinto aplicar Derecho propio y 'aplicar' Derecho extranjero. Esta distinción no divide un concepto en dos subconceptos. El Derecho no se divide en Derecho propio y en Derecho extranjero, conforme las religiones; por ejemplo, pueden dividirse en monoteístas y politeístas. El Derecho es propio o extranjero, según la relación que con él

²¹ Werner, Goldschmidt, *Derecho Internacional Privado*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985, pág. 16.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibid.*, pág. 137.

guardemos. Se trata, en cierto modo, de una sola cosa iluminada por luces de diverso color, *sub specie civis aut perigrini*. Desde este ángulo visual, comprobamos una diferencia fundamental entre el Derecho propio y el Derecho extranjero. Colaboramos al Derecho propio; somos, en cierto modo, sus arquitectos. El Derecho extranjero, al contrario, es constituido por los habitantes espirituales del país extranjero; con respecto a él somos meros fotógramos. Inclusive, puede afirmarse que el Derecho extranjero se reduce a una unidimensionalidad —la sociológica— ya que las normas extranjeras aparecen sólo en su sociologización judicial, administrativa, etc. Aplicamos el Derecho propio; observamos, remedamos, en una palabra: imitamos el Derecho extranjero”²⁵.

Concluye Goldschmidt: “Desde el ángulo visual de la teoría trialista del mundo jurídico, podemos expresar los pensamientos referidos también de la siguiente manera: el mundo jurídico propio es tridimensional y comprende el orden de repartos, el ordenamiento normativo y la justicia. El mundo jurídico extranjero nos parece, al contrario, sólo unidimensional: no tenemos en consideración sino su orden de repartos, en el cual se halla la sociologización de su ordenamiento normativo; en cambio, eliminamos el aspecto de justicia. Sin embargo, no se debe olvidar que introducimos luego la justicia mediante el concepto de orden público como último control de Derecho extranjero intolerable. Pero antes de movilizar el orden público averiguamos la probable solución del caso en la comunidad extranjera, sometiéndonos a ella *tamquam cadaver* (con obediencia cadavérica)”²⁶.

Resulta interesante constatar que la fórmula de aplicar el derecho extranjero, tal como lo harían los jueces del país a que pertenece dicho derecho, ha sido aceptada en la doctrina francesa, a partir de un análisis de sentencias judiciales. Al respecto, han escrito Batiffol y Lagarde: “Parece, sin embargo, que las soluciones jurisprudenciales (se refieren a la jurisprudencia francesa), expresan una realidad: su convergencia, su estabilidad, su necesidad práctica son de ella los signos inequívocos. Esta realidad consiste en que el juez, determinando el tenor y el sentido de la ley extranjera, cumple una operación diferente que aquella que le incumbe en la determinación de su propia ley. El no busca aquello que es lógico, justo, útil, sino aquello que es admitido ‘en el hecho’ en el extranjero, él no busca lo que debe ser sino lo que es...”²⁷.

Agregan los autores que: “la causa de esta diferencia se encuentra en que el juez es exterior al sistema jurídico extranjero; en lugar de contribuir a crearlo, lo observa desde fuera, como un sociólogo, según la justa observación de W. Goldschmidt”²⁸.

²⁵ Ibid., págs. 137 y 138.

²⁶ Ibid., pág. 139.

²⁷ Henri Batiffol y Paul Lagarde, *Droit International Privé. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*, séptima edición, París, 1981, tomo I, pág. 381.

²⁸ Ibid., pág. 381. Continúan señalando Batiffol y Lagarde: “...esta ley (se refieren a la ley extranjera) es aplicada por orden del legislador francés y como un hecho observado, es decir, despojado del elemento imperativo extranjero. Hay, en efecto, en la ley un factor imperativo y un factor racional. El segundo subsiste: la ley extranjera queda como un conjunto de proposiciones generales aplicables a casos particulares, y el juez interpretándolas podrá operar racionalmente llegado el caso, como lo haría para la ley francesa, pero en la medida solamente que no existiera en el extranjero una interpretación o elementos de solu-

La misma solución se ha sostenido en Inglaterra. Wolff enseña que: "el Tribunal debe aplicar el derecho de un país extranjero exactamente como lo aplicaría un tribunal de aquel país... Al interpretar leyes extranjeras, el tribunal inglés sigue los mismos principios que el tribunal extranjero observa con respecto a sus propias leyes, no aquellos que aplica cuando interpreta una ley inglesa... Las decisiones dadas por los tribunales extranjeros tienen que ser tenidas en cuenta. Aunque el principio de precedentes obligatorios no es conocido en ningún Derecho continental, las decisiones de los Tribunales Supremos y los Tribunales de Apelación, gozan, de hecho, de gran autoridad"²⁹.

Lo propio ocurre en la Unión Soviética³⁰, aun cuando allí se siguen teorías de derecho³¹.

Una solución del mismo tipo, si no para emitir un juicio sobre la naturaleza del derecho extranjero, si al menos para determinar su contenido, no debiera resultar extraña en nuestro ordenamiento jurídico. Ello por cuanto ya la doctrina ha reconocido que el derecho extranjero debe aplicarse en Chile del mismo modo como se aplica en el país a que pertenece. Al respecto, apunta Fernando Albónico que: "el juez llamado a aplicar una ley extranjera debe hacerlo de la misma manera como dicha ley rige en el extranjero. En consecuencia, al interpretar los textos legales, deberá tener en cuenta la jurisprudencia y doctrina extranjeras exactamente en la misma medida en que lo haría el juez extranjero"³². En el mismo sentido opina Diego Guzmán, quien pese a afirmar que en nuestro país rige la llamada "teoría del derecho extranjero"³³, sostiene que: "de lo dicho (se refiere a que la ley extranjera no puede ser considerada como ley nacional porque no ha sido promulgada ni publicada en el país en que se pretende aplicarla) podemos desprender que el juez llamado a aplicar una ley extranjera debe hacerlo —dado que ella es inseparable del sistema jurídico a que pertenece— de la misma manera como dicha ley rige en el extranjero. En consecuencia, al interpretar los textos legales, debe tener en cuenta los mismos criterios interpre-

ción que él no podría más que constatar... La división del mundo en sistemas jurídicos distintos entraña así un contraste seguramente singular. No significa evidentemente la inexistencia de todo sistema jurídico fuera de aquel del foro, sino el carácter privilegiado de este último a los ojos de los jueces que él instituye. No se trata de negar que la ley extranjera sea una verdadera ley sobre el territorio que ella rige y para los jueces a los cuales ella se dirige. Se trata simplemente de observar que enfrente del juez que conoce del asunto, ella aparece como no constituyendo por sí misma el imperativo emanado de la autoridad a la cual el juez está sometido. Es una cuestión de inoponibilidad, no de naturaleza. Y los jueces franceses podrían ser llevados, llegado el caso, a tener en cuenta que la ley francesa aparece, por otro lado, en el extranjero como un elemento de hecho". *Ibid.*, pág. 382.

También mencionan a Goldschmidt, a propósito de este tema, Yvon Loussouarn y Pierre Bourel, *Droit International Privé. Jurisprudence Générale Dalloz*, tercera edición, París, 1988, pág. 373.

²⁹ Martin Wolff, *Derecho Internacional Privado*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1950, págs. 205 y 206.

³⁰ Al respecto, véase Enrique Dahl, *Derecho Privado Soviético*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981, pág. 86.

³¹ *Ibid.*, pág. 89.

³² Fernando Albónico, *El Recurso de Casación en el Fondo y la Ley Extranjera*. Artículo publicado en la *Rev. de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo XLIV, pág. 129.

³³ Guzmán, *ob. cit.*, pág. 330.

tativos que son utilizados en el país de origen de la norma aplicable, para llegar hasta donde sea posible a las mismas soluciones que daría un tribunal del Estado de donde la regla procede. Debe, por consiguiente, tener en cuenta la jurisprudencia y doctrina extranjeras en la misma medida en que lo hace el juez extranjero”³⁴.

A nuestro juicio no puede pretenderse que la forma de determinación del derecho extranjero ordenada por el tratado chileno-uruguayo se aplique sólo cuando la materia se refiera precisamente al derecho uruguayo y no a otros derechos extranjeros. En efecto, ello equivaldría a admitir que la ley chilena abdica de tener un “sistema” uniforme para la aplicación del derecho extranjero en nuestro país, consagrando un caótico estado de cosas. Por ejemplo, si el aplicable fuese el derecho uruguayo, éste debería aplicarse tal como lo harían los jueces de ese país, en cumplimiento de la norma expresa del tratado. En cambio, si resultare aplicable el derecho de otro país, el tribunal chileno podría desentenderse de tal exigencia. La dicotomía podría agravarse si Chile celebra otros tratados bilaterales en el marco de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, o ratifica la propia Convención. En efecto, al plantearse la aplicación de la ley extranjera a un tribunal chileno, éste debería entrar a averiguar primero si existe o no un tratado sobre el particular, para, según la alternativa, aplicar e interpretar la ley extranjera conforme a una u otra concepción. Es evidente que nuestro país no puede presentar tales deficiencias a la hora de aplicar un derecho extranjero. Por ello, no puede sino concluirse que el tratado suscrito entre Chile y Uruguay constituye una clara definición legislativa acerca de estas materias, que viene a resolver las discusiones que nos ocupaban.

Además de las razones ya apuntadas, el carácter general que atribuimos a las disposiciones del tratado con Uruguay, se justifica a la luz de los artículos 22 y 24 del Código Civil. En efecto, la primera de las normas mencionadas expresa que: “el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía”. El inciso segundo agrega que: “los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”. Por su parte, el artículo 24 dispone: “En los casos en que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”.

Para el caso que se estimare que existe oscuridad en la ley chilena acerca de la forma de aplicación del derecho extranjero, el tratado celebrado con Uruguay, cuerpo de rango legal, permite resolver el punto, dentro del proceso de hermenéutica e integración de las disposiciones.

Con plena sujeción al artículo 22 del Código Civil, la supuesta: “oscuridad de la ley”, es ilustrada por medio de otra ley —el tratado con Uruguay—, que versa sobre el mismo asunto, esto es, la forma de aplicar e interpretar el derecho extranjero.

También de esa forma se respetaría el mandato del artículo 24 del Código Civil que permite interpretar la ley del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural. Obviamente, una ley expre-

³⁴ Ibid., pág. 326.

sa, como lo es el tratado bilateral que comentamos, no puede estimarse opuesta al espíritu general de la legislación, si no existe otra ley en sentido contrario. Sin una ley "adversa", no se ve de dónde podría surgir un espíritu general "adverso". Por ello, es obviamente más conforme al espíritu general de la legislación la aplicación analógica de la norma del tratado, frente a cualquier otra que conduzca a un resultado opuesto. En cuanto a la equidad natural, no cabe duda que la forma más equitativa de interpretar y aplicar el derecho extranjero, cuando éste sea declarado aplicable por la *lex fori*, es la de hacerlo tal como se hace en el Estado a que dicho derecho pertenece. Toda pretensión en contra choca contra una verdad inamovible. Particularmente ilustrativo, en lo que se refiere al derecho de los contratos, es que, tales, aplicación e interpretación, son las únicas que pudieron tener en cuenta las partes involucradas en el asunto, al momento de otorgarse el acto. Otro procedimiento obligaría a las partes del acto a tomar en cuenta la doctrina y jurisprudencia de todos los Estados del mundo, ya que nunca sabrán en cuál de ellos se promoverá el eventual asunto litigioso que derive del mismo. Es clara, entonces, la corrección del procedimiento que proponemos, a la luz de la equidad natural.

No se aparta de nuestra conclusión ni siquiera el propio Código de Derecho Internacional Privado, llamado Código Bustamante. El artículo 409 dispone que: "la parte que invoque la aplicación del derecho de cualquier Estado contratante en uno de los otros, o disienta de ella, podrá justificar su texto, vigencia y sentido, mediante certificación de dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trate, que deberá presentarse debidamente legalizada". Agrega el artículo 410 que el tribunal puede solicitar: "que el Estado de cuya legislación se trate, proporcione un informe sobre el texto, vigencia y sentido del derecho aplicable". En consecuencia, de acuerdo al Código de Derecho Internacional Privado, no basta con acreditar el texto y vigencia de una norma, sino que interesa también conocer su "sentido", y aquel a quien se encarga precisar ese sentido es al Estado a que el derecho extranjero pertenece.

CONSECUENCIAS PRELIMINARES DE HABERSE ADOPTADO EN CHILE UNA TEORÍA DE HECHO

La doctrina seguida por el tratado entre Chile y Uruguay, que hemos venido comentando, debe ser ubicada entre las llamadas "teorías de hecho". En efecto, reconoce al juez sólo la facultad de imitar una realidad fáctica extranjera que no puede alterar, por lo que el derecho extranjero viene a tener la naturaleza de un hecho.

Aun cuando, en nuestra opinión, tal como lo veremos más adelante, la diferenciación entre derecho y hecho, en lo relativo a la aplicación del derecho extranjero, ha perdido importancia en la doctrina y jurisprudencia comparadas, consideramos necesario repasar, someramente, las consecuencias preliminares que tendría la adopción en Chile de una teoría "de hecho", acerca de la aplicación del derecho extranjero, en vez de una "de derecho". Las conclusiones que se apuntan a continuación son fruto de un examen abstracto, tomado de la obra de Mauro Cappelletti, hecho sin consideración a ningún sistema jurídico en particular. Por lo mismo, cada una de ellas debe ser ponderada a la luz de los diferentes sistemas jurídicos.

a) *Respecto de la carga de alegación.* En cuanto a los hechos, existe una carga de alegación de la parte interesada, ya que el juez debe decidir acerca de lo alegado por las partes. En cambio, el juez debe aplicar el derecho, aunque no sea alegado por las partes, por el principio *iura novit curia*³⁵.

b) *Respecto de los poderes de iniciativa probatoria.* En cuanto a los hechos, el juez queda limitado, en principio, a la iniciativa probatoria de las partes. En el proceso moderno, sin embargo, el juez tiene alguna iniciativa probatoria, *v. gr.*, puede decretar medidas para mejor resolver. En materias de derecho, el juez no está vinculado a la iniciativa de las partes y puede investigar libremente³⁶.

c) *Respecto del efecto de un acuerdo de las partes.* Los hechos sólo necesitan de prueba cuando son controvertidos; luego, el acuerdo de las partes sobre los hechos obliga al juez. Por el contrario, la opinión acorde de las partes sobre el derecho no vincula al juez, el cual está sujeto sólo a la ley³⁷.

d) *Respecto de la eficacia de los medios de prueba legal y respecto de los límites a la admisibilidad de los medios de prueba.* Los hechos quedan sujetos al sistema de prueba legal y a las reglas sobre valoración de la prueba, limitaciones que no presenta el derecho³⁸.

e) *Respecto de los hechos notorios.* Los hechos notorios no necesitan prueba, pero deben ser alegados por las partes. El derecho, en cambio, no sólo excluye la prueba sino también la alegación, según ya se ha dicho³⁹.

f) *Respecto de las reglas legales y convencionales acerca de la distribución de la carga de la prueba.* A los hechos se les aplican las reglas sobre carga de la prueba. Lo que conduce a que el hecho alegado y no probado se considere inexistente, en perjuicio de la parte gravada por el peso de la prueba. En cuanto al derecho, nada de esto tiene aplicación ya que no existe obligación ni carga de prueba⁴⁰.

g) *Respecto de las decadencias y preclusiones procesales.* La oportunidad para alegar nuevos hechos precluye dentro del proceso. En cambio, como el juez puede aplicar el derecho, incluso de oficio, las partes siempre pueden llamar la atención del juez sobre la existencia e interpretación de normas jurídicas⁴¹.

h) *Respecto del recurso de casación en el fondo.* En cuanto al examen de los hechos es improcedente el recurso de casación en el fondo. Este recurso, en cambio, procede tratándose de la errónea interpretación y falsa aplicación del derecho⁴².

³⁵ Véase Mauro Cappelletti, *Las Sentencias y las Normas Extranjeras en el Proceso Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1968, págs. 150-152.

³⁶ *Ibid.*, págs. 153-156.

³⁷ *Ibid.*, págs. 156 y 157.

³⁸ *Ibid.*, págs. 158-160.

³⁹ *Ibid.*, págs. 160 y 161.

⁴⁰ *Ibid.*, págs. 162 y 163.

⁴¹ *Ibid.*, págs. 163 y 164.

⁴² *Ibid.*, págs. 165 y 166.

EL HECHO FUERA DE LA CAUSA

La moderna doctrina procesal, especialmente la italiana, distingue, con claridad, entre diferentes tipos de hechos que el juez debe valorar de manera distinta. De esta forma, se distinguen los llamados "hechos del proceso" o "hechos de la causa", que son aquellos respecto de cuya prueba versa la *litis*, de otros que se emplean precisamente para resolver el proceso. Estos últimos pueden llamarse también "hechos normativos", porque consisten en una norma o son susceptibles de producir una norma, la que, como tal, integra la premisa mayor del silogismo que debe construir el juez al momento de dictar la sentencia. Al respecto ha escrito Micheli: "Es una constatación varias veces, y por muchos repetida, pero que demuestra, si hubiese necesidad de ello, que nuestra jurisprudencia, a semejanza de lo que han hecho otras jurisprudencias y otras doctrinas, se ha preocupado sobre todo de explotar el interés de las partes a fin de adquirir para el proceso no sólo el hecho de la causa, sino también el hecho normativo que sirve para calificar el primero"⁴³. También Carnelutti hace la distinción entre "hechos del litigio" y "hechos fuera del litigio"⁴⁴.

Lo que es muy importante, y sobre lo que volveremos más adelante, es que esta distinción entre el simple hecho de la causa y el hecho normativo "no presupone ciertas posiciones doctrinales acerca de la naturaleza de las normas en cuestión", según palabras de Micheli⁴⁵.

La cuestión acerca de los hechos fuera de la causa y los hechos del proceso se ha suscitado precisamente a partir de la duda acerca de si procede conceder al juez la posibilidad de investigar libremente el contenido del derecho extranjero, independientemente de la iniciativa de las partes. El problema de la libre investigación del derecho extranjero no sólo se plantea en las teorías de hecho, ya que en la doctrina se estima que, aun cuando se sigan teorías de derecho, el principio *iura novit curia* sólo se aplica al derecho nacional⁴⁶.

Ha sido, tal vez, Micheli, quien con mayor profundidad ha estudiado las consecuencias de la distinción entre el hecho normativo y el hecho del proceso. Así, señala que la jurisprudencia italiana ha llegado a "no excluir la posibilidad de que el juez pueda aplicar normas extranjeras o consuetudinarias aun cuando las mismas no hayan sido probadas por las partes, pero de las cuales él tiene conocimiento independientemente de la iniciativa de dichas partes. De este modo, la jurisprudencia ha trazado una profunda diferenciación entre los hechos de la causa y los hechos normativos, puesto que para los primeros no existe una

⁴³ Gian Antonio Micheli, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1970, tomo IV, pág. 212.

⁴⁴ Véase Francesco Carnelutti, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944, tomo II, pág. 91.

⁴⁵ Micheli, ob. cit., pág. 212.

⁴⁶ Véanse, por ejemplo, Salvatore Satta, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, Vol. I, pág. 175; y Enrico Tullio Liebman, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1980, pág. 284, quien afirma que: "en estos casos no queda sin efecto el principio *iura novit curia*, porque tales normas a las que la ley directa o indirectamente remite, concurren ellas también en formar el ordenamiento jurídico nacional; pero su significado se atenúa, porque debe adaptarse al hecho de la imposibilidad para el juez, de conocer por sí todas estas normas".

tal eventualidad, sino respecto de los hechos notorios; y se ha visto anteriormente..., que también el problema de la determinación del Derecho extranjero y de la costumbre en el proceso civil se haya referido precisamente al hecho notorio, pero que tal noción no sirve para resolverlo”⁴⁷⁻⁴⁸⁻⁴⁹⁻⁵⁰⁻⁵¹.

Es importante destacar que es radicalmente distinto, aun cuando se considere al derecho extranjero como un hecho, al estimarlo un hecho fuera de la causa que considerarlo un hecho notorio.

La doctrina del hecho normativo, si bien reconoce la inferioridad del derecho extranjero, frente al derecho local, estima que aquél integra la premisa mayor del silogismo, por lo que debe asimilarse, prácticamente, a una norma. Esta dualidad del hecho fuera de la causa conlleva una aparente contradicción en sí misma, ya que se trata de un hecho que también es norma, pero norma extranjera.

Lo anterior, a la luz del tratado con Uruguay, podría significar, en nuestro país, que, aun cuando para el juez de la *lex fori* el derecho extranjero sea un hecho, ya que lo recibe del mismo modo como se entiende en el país a que pertenece y lo aplica tal cual, no puede olvidarse que se trata de una norma y que, como tal, tiene características diferentes a las de un simple hecho. Por ello, el derecho extranjero, si se lo estima un hecho fuera de la causa o un hecho normativo, puede asimilarse a los hechos constitutivos de la costumbre —como los concibe nuestro derecho—, o a los usos jurídicos o al derecho antiguo, en algunos sistemas europeos. En lo que respecta a los hechos constitutivos de la costumbre, el artículo 4º del Código de Comercio establece que: “las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad, y reiterados por un largo espacio de tiempo, que se apreciará prudencialmente por los juzgados de comercio”. La costumbre mercantil si bien se “constituye” por hechos que tienen las características que señala el artículo 4º, una vez acre-

⁴⁷ Micheli, ob. cit., págs. 212 y 213.

⁴⁸ La conclusión anterior lleva a la jurisprudencia italiana a permitir al juez la libre investigación del derecho extranjero. Ibid., pág. 213. Incluso, recientemente se atribuye al sistema italiano, así como al alemán, español, griego y austríaco, el imponer la aplicación obligatoria, de oficio, de la ley extranjera. Ver Batiffol y Lagarde, ob. cit., pág. 384, y Dominique Bureau, *L'application d'office de la loi étrangère*. Artículo publicado en la revista *Journal du Droit International*, N° 2, Abril-Mai-Juin, 1990, Editions Techniques S.A., pág. 361.

⁴⁹ En Francia el tema se ha discutido y la jurisprudencia reciente ha comenzado a revertir el antiguo principio conforme al cual se rechazaba la aplicación de oficio de la ley extranjera. Batiffol y Lagarde reconocen que en la práctica resulta “chocante” que una ley extranjera competente pueda ser desconocida o no aplicada. En todo caso previenen que no puede aplicarse de oficio la ley extranjera si los hechos de los cuales depende su aplicación no se han probado en el proceso, Batiffol y Lagarde, ob. cit., pág. 384.

⁵⁰ Según Bureau dos fallos de 1988, de la Corte de Casación, han cambiado radicalmente el sistema francés. Ahora se impondría al juez la aplicación de oficio de la ley extranjera, ob. cit., págs. 363 y 364.

⁵¹ La Ley Federal Suiza sobre Derecho Internacional Privado, en su artículo 16, dispone que el contenido del derecho extranjero se establece, de oficio, por el juez. Además, agrega que puede ser requerida la colaboración de las partes.

ditada, adquiere carácter de norma jurídica y, en el caso de un litigio que deba resolverse conforme a ella, integra la premisa mayor del silogismo.

El hecho notorio, por el contrario, queda exonerado de la prueba, pero sigue constituyendo un hecho de la causa. Es decir, se trata de un hecho de la causa que no requiere prueba, no de un hecho fuera de la causa. Si se acepta que el hecho fuera de la causa, por no ser un hecho del proceso, no está sujeto a las exigencias de alegación y prueba, no es necesario recurrir a la noción del hecho notorio para justificar la exclusión de prueba del derecho extranjero. Micheli, como hemos visto, con mucha propiedad, distingue los hechos normativos de los hechos notorios⁵².

En realidad, la cuestión de considerar al derecho extranjero como un hecho fuera de la causa, importa, en definitiva, obviar el problema de la naturaleza del derecho extranjero y quedarse tan sólo con aquél de su contenido. Por eso creemos que no es necesario considerar al derecho extranjero como hecho notorio, para eliminar ciertos efectos —considerados negativos— que se producirían en el proceso de estimarlo tan sólo un simple hecho. En efecto, el derecho extranjero es “hecho” para la *lex fori*, en la medida que el juez debe aplicarlo tal como lo aplican los jueces del país a que pertenece. El derecho extranjero, como sólo conserva su carácter de hecho social, queda en situación de inferioridad frente al derecho nacional. Sin embargo, como la naturaleza normativa de este hecho tan especial no puede variar por la circunstancia que se aplique fuera o dentro del sistema jurídico a que pertenece, el derecho extranjero integra la premisa mayor del silogismo y debe asimilársele, lo más posible, al derecho. Así se evitan, como veremos más adelante, las consecuencias perniciosas para el proceso y para las partes, que se seguirían de estimar que el derecho extranjero es un simple hecho de la causa.

Lo único relevante es determinar cuál será el contenido del derecho extranjero y cómo se le conocerá. Para estos efectos, creemos que el tratado con Uruguay impone una solución que al menos va en la línea de la teoría del uso jurídico, por lo que ya se ha explicado. Sin perjuicio de ello, en nuestra opinión, el derecho extranjero debe asimilarse al derecho nacional en cuanto a su alegación y prueba, reconociendo, eso sí, su inferioridad frente al derecho local. Esto último no arranca como consecuencia de la teoría del uso jurídico, sino que constituye un esfuerzo de nuestra parte por intentar configurar un sistema ideal para enfrentar la cuestión de la forma de aplicación del derecho extranjero. De esta manera, aun cuando el contenido del derecho extranjero pueda tener que determinarse conforme a la teoría del uso jurídico, su forma de aplicación procesal queda asimilada a la del derecho local.

La especial característica que el derecho extranjero presenta respecto del derecho nacional ha sido reconocida por los autores, independientemente de la opinión que ellos tengan respecto de la naturaleza jurídica de aquél. Es así como Morelli, siguiendo las tesis italianas de la incorporación, afirma que: “el juez se encuentra así frente a una norma cuya juridicidad no es la que tiene ella en el ordenamiento extranjero del que se la toma, sino que se la da el ordenamiento del Estado cuyo órgano es. Esto excluye, sin más, que la norma extranjera deba recibir el tratamiento procesal que es propio de los hechos. Es ciertamente verdad que la norma extranjera, como tal y por ser tal, no es jurídica para nuestro orde-

⁵² Ver nota 47.

namiento, y que para este ordenamiento constituye un simple hecho; pero es igualmente verdad, también, que la que el juez está llamado a aplicar, no es la norma extranjera como tal, sino una norma formalmente diferente, si bien correspondiente a ella en su contenido, y que tiene el valor de norma jurídica en el ordenamiento del Estado"⁵³. La constatación de Morelli apunta a reconocer la especial característica del derecho extranjero en el proceso, aunque desde el prisma de las teorías de la incorporación. Por ello, no obstante que creemos que dichas tesis no tienen actualmente asidero en nuestro ordenamiento, nos interesa destacar el reconocimiento que el autor hace acerca del tratamiento especial que merece el derecho extranjero en el proceso.

Carrillo Salcedo distingue claramente el derecho extranjero, aplicado en el foro, del propio derecho nacional, por una parte; y, por la otra, del derecho extranjero aplicado en el país a que pertenece. Esta conclusión importa reconocer que el derecho extranjero se situaría en un estado intermedio entre el hecho y el derecho, compartiendo características de ambos. Afirma Carrillo Salcedo: "cierto que la polémica tradicional sobre la naturaleza del Derecho extranjero ha venido planteada en torno a dos extremos: su carácter fáctico o su asimilación al Derecho nacional. Pero no creo que exista alternativa exclusiva que obligue a incluir la norma jurídica extranjera reclamada por la regla de conflicto del foro dentro de una u otra categoría, sino que, como ha señalado el profesor Dölle, la aplicación del Derecho extranjero 'no origina ni la recepción de este Derecho' —pues en modo alguno queda asimilado al Derecho nacional—, 'ni la transformación del Derecho extranjero en mero hecho', pues permanecen regla y norma, a ser aplicadas por los Tribunales del foro, con el fin de establecer un régimen jurídico adecuado para el supuesto del tráfico externo que se considere"⁵⁴. Agrega Carrillo Salcedo: "El Derecho extranjero aplicable goza, pues, de naturaleza jurídica, pero en relación con el Derecho del foro, con el Derecho nacional, contiene unas diferencias de grado, y lleva la razón Mariano Aguilar Navarro cuando observa que la norma extranjera es norma jurídica aunque esté colocada en una situación de relativa inferioridad respecto del Derecho nacional. La ley extranjera, por tanto, es 'Derecho, aunque extranjero', esto es, algo distinto de los hechos y del Derecho nacional, y el tratamiento procesal que recibe, además de venir impuesto por exigencias prácticas, no hace sino poner de manifiesto su peculiar naturaleza: el Derecho extranjero, en suma, no debe ser tratado procesalmente como los hechos, pero tampoco puede recibir el mismo tratamiento que el Derecho nacional: si entre ellos existe una igualdad, ésta es sólo funcional, y existe siempre entre ambos una diferencia de grado que no puede ser olvidada a la ligera"⁵⁵⁻⁵⁶.

⁵³ Gaetano Morelli, *Derecho Procesal Civil Internacional*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1953, pág. 52.

⁵⁴ Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1985, pág. 259.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Esta solución fue consagrada en varios países de Europa del Este, bajo el régimen socialista. Al respecto apunta Dahl: "Al igual que la URSS, los demás países socialistas consideran, en general, que la aplicación del derecho extranjero es una cuestión de derecho; y, por lo tanto, sujeta a revisión por los tribunales de alzada. Por otra parte, todos estos sistemas introducen la obligación del juez de averiguar el contenido del derecho extranjero, juntamente con la carga de probarlo que soportan las partes interesadas. En este último caso el derecho

La situación intermedia en que se encuentra el derecho extranjero —entre el hecho y el derecho local—, no es una mera disquisición doctrinaria, sino que resulta de la comprobación práctica de los límites de su aplicación por los jueces del foro. En definitiva, se propone dejar de negar la realidad y asumir que el derecho extranjero tiene una naturaleza jurídica propia. Negar esta consideración y someter el derecho extranjero a las reglas de los meros hechos o a las del derecho nacional, conlleva en cada caso problemas particulares, que hasta la fecha no han sido solucionados satisfactoriamente por la doctrina. Por lo demás, lo que realmente importa a las partes es saber cuál será el contenido y la forma de aplicación del derecho extranjero y no su naturaleza. Por eso, pensamos que el esfuerzo debe dirigirse hacia allá, dejando el problema de la naturaleza del derecho extranjero como uno de índole doctrinaria, pero que no tendrá efectos prácticos de importancia⁵⁷.

CONSECUENCIAS DE CONSIDERAR AL DERECHO EXTRANJERO COMO UN "HECHO FUERA DE LA CAUSA"

Examinaremos las consecuencias, en el proceso, de seguirse una tesis como la que se ha propuesto.

a) El juez debe aplicar el derecho extranjero del mismo modo como lo aplicarían los jueces del país a que pertenece el derecho. La remisión que hace la ley del foro a un derecho extranjero no debe entenderse referida solamente a las normas jurídicas positivas vigentes en el derecho declarado competente por la regla de conflicto, sino que al "sistema jurídico" de dicho Estado, tal y como es aplicado en él. Ello obliga al tribunal a tener en cuenta la jurisprudencia y doctrina extranjeras y no simplemente atender al tenor literal de la ley. En consecuencia, la actividad del juez, cuando se trata de aplicar derecho extranjero, se limita a imitar el derecho que existe, y tal como existe, en el extranjero. Como el juez, en lo relativo al derecho extranjero, asiste como espectador a su creación, debe sujetarse a la interpretación que en el extranjero se da a la norma que aplica, aunque ésta fuere igual a otra de su propio derecho y que, en el foro, se interpretara de manera diferente.

Para lograr este objetivo, el tratado con Uruguay establece un procedimiento sobre información del derecho de la contraparte. Especialmente importante para los fines que nos interesan, es el artículo 5º, que dispone que el Estado requerido no debe limitarse sólo a informar sobre la legislación vigente, sino debe incluir en su información una reseña de los fallos de los Tribunales de Justicia o de órganos

extranjero se asemeja a un hecho. Esta doble apreciación del derecho extranjero como derecho y como hecho es típica de los sistemas socialistas y puede observarse nítidamente en Bulgaria, Hungría, Polonia y Rumania", Dahl, ob. cit., pág. 89.

⁵⁷ Solución parecida, en la práctica, se alcanza mediante la teoría de la incorporación formal. En efecto, de acuerdo a esa tesis, el derecho extranjero tiene el carácter de derecho —se trata de una teoría de derecho—, que se incorpora al derecho local, pero conservando el sentido y alcance que le atribuye su propio sistema. Sin embargo, tal como apuntan Lousouarn y Bourel: "ella (la teoría) peca, sin embargo, por exceso de complejidad y falta de realismo... Ella transforma el orden jurídico del foro en una suerte de *boa constrictor*, apta para digerir por pedacitos, eso sí, los diferentes sistemas jurídicos del mundo", ob. cit., pág. 371.

administrativos con funciones jurisdiccionales; los usos y costumbres del lugar, cuando constituyan fuente o elemento de derecho; y una reseña de la doctrina. Como se ve, el tratado busca asegurar que se logre el objetivo de aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del país a que dicho derecho pertenece.

No debe mover a confusión el artículo 6º del tratado que dispone que los informes que proporcione el otro Estado no obligan a los órganos jurisdiccionales o administrativos del Estado que los recibe. Ello no significa que estos últimos puedan apartarse de su obligación de aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces u órganos administrativos del Estado a cuyo ordenamiento éste pertenece. En efecto, dicha obligación subsiste, porque está impuesta por el texto expreso del artículo 1º. En consecuencia, el alcance de la norma del artículo 6º es que, por no obligar los informes, los Tribunales del Estado requirente pueden tener por establecida la forma en que se aplica el derecho extranjero, en su país de origen, por otros medios distintos del informe, incluso por el conocimiento personal que tenga el juez.

Las razones para proceder de esta forma son las siguientes:

i) Con ello se consigue que la solución obtenida, al aplicar un determinado derecho extranjero, sea la misma para un mismo asunto, cualquiera que sea el Estado donde el proceso hubiese sido incoado. En efecto, si el tribunal pudiese, simplemente, ignorar la doctrina y la jurisprudencia de los Tribunales del Estado a que pertenece el derecho aplicable, resultaría que si el proceso se promoviere en un Estado, el resultado podría ser uno; y si se promoviera en el Estado a que pertenece la norma extranjera declarada aplicable, o en otro Estado, el resultado podría ser otro: no obstante que en ambos casos, desde un punto de vista externo y formal, se pretendería aplicar un mismo derecho.

ii) El tribunal que conoce de la causa no puede tener la pretensión de aplicar e interpretar la ley extranjera en forma más propia y más perfecta que la doctrina y la jurisprudencia del Estado a que dicha norma pertenece. Ello obliga al juez a considerar tales doctrina y jurisprudencia. En caso contrario la solución que se dé al asunto podría ser inapropiada. Nadie con más autoridad que los especialistas extranjeros puede conocer las finalidades de la ley extranjera y las cuestiones a que haya podido dar lugar su aplicación.

iii) Si el tribunal que conoce de la causa pudiera aplicar e interpretar la ley extranjera en la forma que estimare conveniente, prescindiendo del sentido y alcance que la jurisprudencia y doctrina extranjeras le asignan, resultaría que verdaderamente no se aplicaría al asunto el "derecho extranjero", declarado aplicable por la norma de conflicto del derecho del juez, sino un híbrido. Sólo aplicando la ley extranjera tal y como se la interpreta y aplica en el respectivo Estado, se respeta el mandato de la *lex fori* de aplicar "derecho extranjero", y se es consecuente con el carácter extranjero del caso.

b) El derecho extranjero no requiere ni de alegación ni de prueba en el proceso. Ello deriva de que el derecho extranjero, tal como se ha explicado precedentemente, constituye un hecho fuera de la causa, por lo que, en su forma de aplicación, se asimila al derecho en cuanto integra la premisa mayor del silogismo judicial, en la medida que ayuda a resolver el litigio y no es la materia propia del mismo. Esta conclusión es coincidente con el espíritu de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado. En efecto, como se ha dicho precedentemente, el artículo 2º de dicha Convención, después de establecer la obligación de aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los tribunales del país a que éste pertenece, agrega que ello es: "sin perjuicio de que

las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada". En consecuencia, el tribunal debe aplicar el derecho extranjero de oficio. Las partes pueden alegar y probar su existencia y contenido, pero no están gravadas con una obligación en tal sentido. De esta especial circunstancia se derivan importantes consecuencias:

i) El juez debe aplicar de oficio el derecho extranjero, por lo tanto, no es necesario que las partes lo aleguen.

— Como hemos visto, la carga de alegación de los hechos se refiere a aquellos que integran la premisa menor del silogismo, esto es, a aquellos a los cuales se les aplicará la ley. Como el derecho extranjero no es la materia sobre la que versa el juicio, no es aquello a lo cual se le aplicará la ley, sino, más bien, la ley que se aplicará sobre los hechos que se aleguen y prueben en el proceso, integra la premisa mayor del silogismo. En ese carácter no es necesario alegarlo ni probarlo por las partes.

— El juez chileno, por exigírselo su propio ordenamiento, debe aplicar el derecho extranjero, de la misma manera en que lo haría el juez del país a que pertenece ese derecho extranjero. Tal obligación es ineludible para el juez porque viene impuesta por las normas de la *lex fori*. Ello excluye la posibilidad de que el juez deje de aplicar derecho extranjero, si sus propias normas de conflicto así se lo ordenan, aun cuando las partes no lo aleguen. Esta obligación queda de manifiesto en el artículo 1º del tratado de Chile con Uruguay que dispone que los jueces: "cuando así lo determinen sus normas de conflicto, estarán obligados a aplicar el Derecho extranjero, tal como lo harían los jueces..., del Estado a cuyo ordenamiento éste pertenece".

ii) El acuerdo de las partes acerca del contenido del derecho extranjero no obliga al juez. Para esto existen las siguientes razones:

— El Derecho extranjero constituye un hecho fuera de la causa. El principio dispositivo de la prueba en el proceso civil se refiere a los hechos sobre los cuales versa el pleito, pero no a aquellos que servirán para solucionarlo. En la medida que el hecho normativo escapa a la premisa menor del silogismo, no queda sujeto el juez a las limitaciones que pesan sobre él, respecto de los hechos del proceso. Por eso, el acuerdo de las partes sobre el contenido del derecho extranjero no obliga al juez, quien puede investigar libremente el derecho extranjero, aun contra la voluntad de ambas partes.

— La obligación que, de acuerdo al tratado, pesa sobre el juez, en orden a aplicar el derecho extranjero como lo harían los jueces a que éste pertenece, impide que el tribunal quede sujeto a lo que las partes le acrediten como contenido de ese derecho. La correcta imitación del derecho extranjero sólo la podrá realizar el tribunal si no tiene trabas en la investigación de la norma aplicable. Las partes podrán colaborar a esa misión, pero el juez no queda obligado por la actividad de ellas.

— Si se aceptara que las partes pudieran obligar al juez en la determinación del derecho extranjero, éste quedaría expuesto a dictar sentencias contradictorias. En efecto, aun debiendo aplicar la misma norma jurídica extranjera, en un proceso estaría obligado a considerar como su contenido uno determinado y, en otro, alguno diferente; todo ello dependiendo de lo que le acreditaran efectivamente las partes en cada pleito. Tal solución atentaría contra la armonía que debe existir entre los fallos del foro y, eventualmente, contra el prestigio de la judicatura.

c) Si en el derecho extranjero existe pluralidad de ordenamientos, debe aplicarse el regional correspondiente. Si la norma de conflicto de la *lex fori* ordena aplicar un derecho extranjero que tiene una legislación única, esto es, si se trata de un Estado unitario, no surge ningún problema en cuanto a cuál derecho debe aplicar el juez. Por el contrario, si la norma de conflicto ordena aplicar el derecho de un Estado federal o multirregional, debe aplicarse el derecho regional que habría aplicado el juez del país a que pertenece el derecho⁵⁸.

d) En cuanto a la procedencia del recurso de casación en el fondo. Para analizar este tema es preciso distinguir dos situaciones diferentes:

i) Si se infringe la norma de conflicto de la *lex fori*. Esto puede ocurrir en tres situaciones: "Si debiendo aplicar derecho material del foro, se aplica una norma extranjera; si debiendo aplicar una norma extranjera, se aplica el Derecho material del foro; y si debiendo aplicar una norma extranjera determinada, se aplica otra diferente. En los tres casos se ha infringido la norma de conflicto del foro, ya sea por falta de aplicación o falsa aplicación. Por lo tanto, si dicha norma tiene rango legal, no cabe duda que procede el recurso de casación en el fondo. Así han opinado, entre nosotros, Guzmán⁵⁹, Carvajal⁶⁰, Duncker⁶¹ y Albónico⁶².

Si se infringe una norma de conflicto que no tiene rango legal, sino constituye un mero principio de Derecho Internacional Privado, la procedencia del recurso de casación ha sido discutida. Al respecto, Guzmán ha afirmado: "Por nuestra parte, estamos de acuerdo con la evolución que han experimentado la doctrina y la jurisprudencia francesas. Estimamos que la infracción de un principio de Derecho Internacional Privado es tan grave como la infracción de ley, porque la ley, en definitiva, no es sino una aplicación de esos principios. En consecuencia, también procedería a nuestro entender el recurso de casación en el fondo por infracción de una norma conflictual que constituya un principio de Derecho Internacional Privado"⁶³. Sin embargo, el propio Guzmán agrega: "En relación con este problema ha existido un criterio unánime: la jurisprudencia uniforme de la Corte Suprema ha resuelto que la elección de la ley extranjera que deba regir el pleito, hecha en conformidad a los principios del Derecho Internacional Privado, escapa al control de la casación, como quiera que ésta sólo procede por infracción de 'ley' y no por infracción de principios de derecho internacional y, en general, de doctrinas jurídicas o principios generales de derecho, sea público o privado, nacional o internacional"⁶⁴. Duncker afirma que en el caso de infracción a los principios de Derecho Internacional Privado "no puede existir la misma uniformidad de criterio en cuanto a la procedencia del recurso de casación en el fondo..."⁶⁵. Agrega Duncker que: "han declarado (los tribunales) en cambio que la elección de la ley que debe decidir el pleito hecha

⁵⁸ Goldschmidt, ob. cit., pág. 139.

⁵⁹ Guzmán, ob., cit., pág. 349.

⁶⁰ Carvajal, ob. cit., pág. 88.

⁶¹ Duncker, ob., cit., págs. 371 y 372.

⁶² Albónico, ob. cit., pág. 141.

⁶³ Guzmán, ob. cit., pág. 354.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ Duncker, ob. cit., pág. 372.

en conformidad a doctrinas o principios del Derecho Internacional Privado escapa al control de la Corte de Casación⁶⁶. Albónico también reconoce que la opinión de nuestros tribunales ha sido contraria a conceder el recurso en estos casos, opinión que le parece "acertada"⁶⁷. Nosotros compartimos este último criterio, atendido el claro tenor del artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, que establece la procedencia del recurso sólo en caso de infracción de ley.

ii) Si se interpreta erróneamente la ley extranjera declarada aplicable. Se ha aceptado que en este caso la procedencia o improcedencia del recurso de casación dependerá de si se opta por las teorías de derecho o de hecho, respectivamente. Así han opinado Guzmán⁶⁸, Duncker⁶⁹ y Ramírez⁷⁰. Albónico se refiere al tema en los términos siguientes: "Según algunos, la interpretación de la ley extranjera es una cuestión de hecho, privativa de los jueces de fondo y que escapa, por tanto, al control de la Corte Suprema"⁷¹. Agrega el propio Albónico que: "la mayoría, sin embargo, opina en sentido contrario y estima que es procedente el recurso de casación por mala interpretación de la ley extranjera, ya que una ley erróneamente interpretada conduce a una franca denegación de justicia, situación que esta obligado a evitar todo Tribunal Supremo de Justicia"⁷².

Para negar lugar a la procedencia del recurso de casación, en nuestro país se han dado los siguientes argumentos:

— La Corte de Casación sólo conoce de violaciones de ley. La existencia, vigencia y sentido de las leyes extranjeras constituye un asunto de hecho⁷³⁻⁷⁴.

— La ley extranjera no está amparada por la presunción de conocimiento, ya que no se promulga ni se publica en el país donde se aplicará. Esto significa que quienes deben aplicarla podrían alegar desconocimiento de la misma⁷⁵⁻⁷⁶.

— La Corte de Casación ha sido instituida para mantener la uniformidad en la aplicación de la ley nacional, pero no para corregir la interpretación de leyes extranjeras, salvo que con ello se contravenga alguna ley nacional⁷⁷⁻⁷⁸.

— El juez tiene un rol diferente, cuando se trata de aplicar el derecho extranjero del que cumple cuando se trata de aplicar el derecho nacional. Las leyes extranjeras están informadas por otra mentalidad y construidas sobre principios distintos⁷⁹.

⁶⁶ Ibid., pág. 376.

⁶⁷ Albónico, ob. cit., pág. 142.

⁶⁸ Guzmán, ob. cit., pág. 355.

⁶⁹ Duncker, ob. cit., pág. 378.

⁷⁰ Mario Ramírez Necochea, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Editorial Jurídica Ediar Conosur Ltda., Santiago, 1990, pág. 39.

⁷¹ Albónico, ob. cit., pág. 141.

⁷² Ibidem.

⁷³ Ver Duncker, ob. cit., pág. 379.

⁷⁴ Ver también Guzmán, ob. cit., pág. 355.

⁷⁵ Ver Duncker, ob. cit., pág. 379.

⁷⁶ Ver también Guzmán, ob. cit., pág. 355.

⁷⁷ Ver Duncker, ob. cit., pág. 379.

⁷⁸ Ver también Guzmán, ob. cit., pág. 357.

⁷⁹ Ver ibid., pág. 357.

— Desde el punto de vista práctico, es difícil conocer el contenido de las leyes extranjeras. La aplicación del derecho extranjero supone una acumulación de trabajo para el Tribunal de Casación y un riesgo de pérdida de prestigio en caso de una opinión desacertada⁸⁰.

— El artículo 767 del Código de Procedimiento Civil se refiere exclusivamente a la ley chilena. Tanto es así que el proyecto de código aludía a “ley expresamente dictada por el legislador”⁸¹.

— También se han apoyado los autores en el artículo 411 del Código de Procedimiento Civil, que reconocería al derecho extranjero el carácter de un hecho⁸²⁻⁸³.

Por el contrario, para aceptar la procedencia del recurso se han dado, en Chile, las siguientes razones:

— La interpretación de la ley extranjera no puede quedar entregada a los jueces de la instancia “porque significaría abrir la puerta a una interpretación caprichosa y fantástica del derecho extranjero”⁸⁴⁻⁸⁵.

— El hecho que las leyes extranjeras no se promulguen ni se publiquen en el país del foro, no es relevante. En efecto, si los jueces tienen obligación de aplicar la ley extranjera es porque cabe exigirles que la conozcan, aunque no se publique en el Estado. Por ello, la Corte Suprema ha casado sentencias que no han resuelto el asunto conforme a la ley extranjera competente⁸⁶⁻⁸⁷.

— El objeto de la Corte de Casación, antes de uniformar la ley nacional, es que los países cuenten con un cuerpo judicial que se encuentre por encima de

⁸⁰ Ver *ibid.*, pág. 356.

⁸¹ Ver Duncker, *ob. cit.*, pág. 384.

⁸² *Ibidem.*

⁸³ Mario Ramírez Necochea ha sostenido la improcedencia del recurso de casación en el fondo, en los siguientes términos: “Ampliando un poco más las ideas ya expuestas, consideramos que los recursos procesales son sólo engranajes del sistema legislativo a que pertenecen, en tal forma que el recurso de casación en el fondo chileno, por ejemplo, al interponerse por infracción de una ley norteamericana, puede desnaturalizar el funcionamiento que tenga dicha ley en su propio sistema; la ley norteamericana se va actualizando con la jurisprudencia, de acuerdo con las circunstancias e ideas de justicia del presente, en tal forma que una casación en el fondo chilena, interpuesta por infracción de ella, carecería de base para funcionar en forma adecuada. ¿Procedería si el juez chileno apreciara mal las circunstancias e ideas de justicia imperantes en Estados Unidos? Un error en esta apreciación sería interpretación errónea de la ley extranjera y causal, según la doctrina que criticamos de casación en el fondo”. Agrega Ramírez que: “...la expresión ‘ley’ del artículo 767 debe ser tomada en el mismo sentido de ley nacional que le da el legislador, al definirla en el artículo primero del Código Civil, o al referirse a ella en innumerables oportunidades. Al hacerlo así, no se está distinguiendo donde el legislador no distingue, sino que se está determinando el claro sentido del término”. Concluye Ramírez: “...podemos decir que el recurso de casación en el fondo procede sólo por infracción de la ley nacional; la infracción de ley extranjera sólo será causal indirecta del recurso cuando su aplicación sea ordenada por una ley, un tratado o un contrato...”, *ob. cit.*, pág. 41.

⁸⁴ Duncker, *ob. cit.*, pág. 380.

⁸⁵ Ver también Guzmán, *ob. cit.*, 357.

⁸⁶ Ver Duncker *ob. cit.*, pág. 380.

⁸⁷ Ver también Guzmán, *ob. cit.*, pág. 357.

todos los otros tribunales, obligándolos a dar una interpretación uniforme, tanto de la ley nacional como de la ley extranjera⁸⁸⁻⁸⁹.

— La negativa a fiscalizar la manera como se aplica la ley extranjera perturba todo el sistema conflictual. Al respecto, apunta Miaja de la Muela: “No es suficiente el acierto en señalar el ordenamiento jurídico aplicable si se niega todo remedio a la errónea interpretación de sus reglas. La seguridad del tráfico que el Derecho Internacional Privado trata de conseguir queda así fuertemente comprometida”⁹⁰.

— Los argumentos de carácter práctico que dan los que niegan la posibilidad de controlar la interpretación de la ley extranjera por medio del recurso de casación, son importantes, pero no decisivos. En efecto, las dificultades no son insuperables y, en todo caso, no bastan para justificar que se declare, *a priori*, la incompetencia de los órganos de casación para interpretar y aplicar las leyes extranjeras⁹¹.

— La palabra “ley” que emplea el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, según la historia fidedigna de su establecimiento, está tomada en su acepción más amplia. Es comprensiva, por tanto, de la ley propiamente tal, los tratados, los usos y costumbres, la ley del contrato y la ley extranjera⁹²⁻⁹³.

— El artículo 411 del Código de Procedimiento Civil sólo establece como facultad del juez el solicitar el informe de peritos. Por lo tanto, también puede prescindir de dicho informe e investigar, por propia cuenta, el texto y sentido del derecho extranjero⁹⁴⁻⁹⁵.

En Chile aceptan la procedencia del recurso Federico Duncker⁹⁶ y Fernando Albónico⁹⁷.

La jurisprudencia de nuestro país ha sido contradictoria en esta materia. En efecto, existen fallos que han admitido la procedencia del recurso de casación en

⁸⁸ Ver Duncker, ob. cit., pág. 381.

⁸⁹ Ver también Guzmán, ob. cit., pág. 357.

⁹⁰ Miaja de la Muela, citado por Guzmán. Ibidem.

⁹¹ Ver ibidem.

⁹² Ver Duncker, ob. cit., pág. 384.

⁹³ Ver también Guzmán, ob., cit., pág. 359.

⁹⁴ Ver Duncker, ob. cit., pág. 384.

⁹⁵ Ver también Guzmán, ob. cit., pag. 359.

⁹⁶ Duncker, ob. cit., pág. 386.

⁹⁷ Fernando Albónico se refiere a esta materia en los siguientes términos: “Del tenor literal del artículo 767 inciso primero del Código de Procedimiento Civil, 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 interprete erróneamente o que se haga una falsa aplicación de ella. Procede, asimismo —la ley no distingue—, cualquiera que sea la causa por la cual deba aplicarse una ley extranjera, esto es, la voluntad del legislador nacional, los principios y normas del Derecho Internacional Privado, la convención de las partes o los tratados internacionales. Basta que la sentencia infrinja una ley extranjera con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, para que sea procedente el recurso”. Albónico, citado por Ramírez, ob. cit., pág. 40.

el fondo por errónea interpretación de la ley extranjera declarada aplicable y otros que lo han denegado⁹⁸.

El Código de Derecho Internacional Privado dispone, en su artículo 412: "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 condiciones y casos que respecto del derecho nacional".

En el extranjero el tema ha sido arduamente debatido. En Francia la Corte de Casación ha rehusado controlar la interpretación dada por los jueces de fondo a una ley extranjera, aplicable de acuerdo a una norma de conflicto francesa⁹⁹. Esta solución es criticada por la mayoría de los autores que le reprochan el que la Corte desconozca la calidad de derecho de la norma extranjera¹⁰⁰. Señalan Batiffol y Lagarde que: "los fallos no han partido ciertamente de la idea, *a priori*, sorprendente en efecto, que el sentido del Derecho extranjero sería una cuestión de hecho; han simplemente declarado la cuestión soberanamente resuelta por los jueces de fondo y sin dar para ello otros motivos. Cuando se buscan las razones de esta actitud, se las encuentra dotadas de un cierto realismo. Si la Corte de Casación se enredara controlando la interpretación de las leyes extranjeras, se encontraría frente a la alternativa siguiente: ella podría en una primera actitud, dar de la ley extranjera la interpretación que le pareciera plausible o útil, pero arriesgaría encontrarse en contrario con la interpretación recibida en el extranjero, lo que no le daría gran autoridad a sus designios, y sería contraria a la idea de que la ley extranjera aplicada en Francia debe ser aquella que está en 'el hecho' en vigor en el extranjero; o bien la alta jurisdicción buscaría la interpretación adoptada en el extranjero, pero entonces ella jugaría un rol que no es el suyo en el estado actual de su estatuto: la Corte de Casación examina exclusivamente si los jueces han dado a las cuestiones que les fueron sometidas respuestas conformes a un derecho que ella conoce o tiene por misión elaborar, pero del cual ella no tiene que preguntar su tenor"¹⁰¹⁻¹⁰².

⁹⁸ Al respecto, ver Guzmán, ob. cit., págs. 359 y ss.

⁹⁹ Batiffol y Lagarde, ob. cit., pág. 393.

¹⁰⁰ Ibid., pág. 394.

¹⁰¹ Ibidem. Agregan Batiffol y Lagarde: "Este dilema hace resaltar que la interpretación de su propia ley por el juez es la búsqueda de aquello que es justo, razonable, útil, antes que aquello que 'debe' ser; su interpretación de la ley extranjera es la búsqueda de aquello que se juzga o se juzgaría eventualmente en el extranjero, dicho de otra manera aquello que 'es' o debería ser y no de aquello que debe ser. Se trata más bien, bajo este aspecto, de un punto de hecho". Concluyen Batiffol y Lagarde: "La misión de la Corte de Casación es la de asegurar la unidad de la jurisprudencia. Esta unidad es, sin duda, deseable en la interpretación de la ley extranjera; pero existe precisamente en el extranjero una jurisdicción suprema encargada de esta tarea; y, tratándose de buscar una unidad, no puede haber más que una de ellas; si la Corte de Casación se obligara a ello, ella no podría más que ponerse a la escuela de la Corte Suprema extranjera, es decir, jugar un rol del todo diferente de aquel que ella cumple para la ley francesa. Los jueces de fondo podrán, sin duda, abusar de la libertad que se les ha así conferido, pero el abuso es posible para todas las cuestiones de hecho sometidas a un poder soberano de apreciación..."

¹⁰² A pesar de lo dicho, la Corte de Casación ha aceptado la procedencia de esta clase de recursos para controlar las calificaciones, en caso de desnaturalización de la ley extranjera y en caso de falta de motivos suficientes para sostener una interpretación del Derecho extran-

En Italia el punto también se ha discutido. En general, se admite que procede el recurso de casación para controlar la correcta aplicación del derecho extranjero¹⁰³⁻¹⁰⁴⁻¹⁰⁵. Entre los autores, Liebman ha opinado por la procedencia del recurso¹⁰⁶. En sentido contrario, se pronuncian Satta¹⁰⁷ y Calamandrei¹⁰⁸⁻¹⁰⁹.

En los países anglosajones la más alta jurisdicción sólo puede intervenir indirectamente en la determinación del derecho extranjero, la que queda entregada a las partes¹¹⁰. En la mayoría de los países de Europa continental se rechaza la posibilidad de recurrir de casación para controlar la correcta aplicación del derecho extranjero. Sin embargo, en Bélgica parece ahora aceptarse esa posibilidad¹¹¹.

El artículo 2º del tratado suscrito entre Chile y Uruguay dispone: "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 pareciera que no existe inconveniente en permitir la interposición del recurso de casación en el fondo en caso de una aplicación incorrecta de la ley uruguaya, aun cuando la incorrección consista en una errónea interpretación de la misma. La única limitación sería que la norma uruguaya debe tener el rango de ley o ser asimilada a ella.

Sin embargo, el problema no es tan simple, por dos razones. Primero, porque podría pretenderse que el recurso procediera sólo si existe infracción de una ley uruguaya y no de una ley de un tercer Estado; y, segundo, porque aun cuando se estimare que la Corte Suprema puede controlar la aplicación de todo derecho extranjero, resta determinar cuál sería el alcance de esa jurisdicción, a la luz de la teoría que sobre aplicación del derecho extranjero propicia el tratado. Examinaremos ambas cuestiones por separado.

Como el propio tratado dispone que es procedente la interposición de cualquier recurso que exista en el país del foro cuando corresponda aplicar el derecho de la otra parte, no cabe discutir que, tratándose de la aplicación del derecho uruguayo, es procedente el recurso de casación en el fondo.

La norma del tratado es coherente con la tradición chilena. En efecto, la disposición es similar a aquella contenida en el Código de Derecho Internacional Privado, ya referida. Subsiste, eso sí, el problema de que, aún bajo la vigencia del Código Bustamante, algunos fallos de nuestro más alto tribunal rechazaron

jero. Al respecto, véase *ibid.*, págs. 396 y ss. En el mismo sentido Loussouarn y Bourel, *ob. cit.*, págs. 379 y ss.

¹⁰³ Morelli, *ob. cit.*, pág. 53.

¹⁰⁴ Cappelletti, *ob. cit.*, pág. 173.

¹⁰⁵ Batiffol y Lagarde, *ob. cit.*, pág. 393.

¹⁰⁶ Liebman, *ob. cit.*, pág. 508.

¹⁰⁷ Satta, *ob. cit.*, pág. 175.

¹⁰⁸ Piero Calamandrei, *La Casación Civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961, tomo I, pág. 70.

¹⁰⁹ Acerca del debate que las opiniones de Satta provocaron en Italia, véase Micheli, *ob. cit.*, pág. 233.

¹¹⁰ Batiffol y Lagarde, *ob. cit.*, pág. 393.

¹¹¹ Para una sinopsis de la situación europea, véase, *ibidem*.

la procedencia del recurso de casación en el fondo, aunque otros lo aceptaron. Sin embargo, ciertos fallos que aceptaron la procedencia del recurso de casación lo hicieron fundados en la teoría de la incorporación, considerando, por lo mismo, que la violación del Derecho extranjero importaba una violación del Derecho nacional, ya fuere porque la ley extranjera se nacionalizaba, o bien porque su infracción conducía necesariamente a considerar también violada la norma de conflicto de la *lex fori*.

Tratándose de terceros Estados, estimamos que también debe aceptarse la procedencia del recurso con la mira de dar una solución coherente al problema en el derecho nacional. En efecto, aunque el tratado entre Chile y Uruguay es bilateral, por lo que su fuerza obligatoria existe sólo entre los Estados contratantes, resulta del todo aconsejable que la solución que se dé a cuestiones generales de derecho, como la procedencia o improcedencia del recurso de casación en el fondo por violación de la ley extranjera, sea la misma cualquiera sea el Estado de procedencia de la norma infringida. Tal criterio hemos seguido antes para concluir que el sistema del tratado debe aplicarse para determinar el sentido y alcance de todo derecho extranjero, aun cuando no se trate del derecho uruguayo. Creemos que no hay inconveniente en aceptar la procedencia del recurso, pese a que nuestro país adoptó una teoría de hecho. Ello por las siguientes razones:

— Ya se ha visto que el derecho extranjero no es un simple hecho de la causa, sino un hecho normativo que integra la premisa mayor del silogismo y, como tal, es asimilable a la norma. El hecho normativo tiene la forma de una norma, por lo que no debe repugnar que la Corte de Casación controle su interpretación. El aspecto fáctico del hecho normativo reside en que su contenido es un elemento que el juez nacional debe constatar como algo dado, pero su carácter normativo está fuera de discusión.

— Aún más, en Chile se ha aceptado que la infracción de la ley extranjera declarada competente por la norma de conflicto del foro, importa también una infracción a esta última norma, que habilita la interposición del recurso. Al respecto se ha fallado: "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 en el fondo"¹¹². Esta interpretación, dada por nuestro más alto tribunal, sin sutilezas doctrinarias, pretende ahorrar la discusión acerca de la naturaleza del derecho extranjero, ya que, aun cuando se tratare de un hecho, su errónea aplicación conduce a una infracción de la ley nacional, que es derecho, y que permite la invalidación del fallo así dictado, mediante la interposición del recurso de casación en el fondo.

La conclusión anterior, esto es, que es procedente el recurso de casación en el fondo para velar por la correcta aplicación del derecho extranjero, sea éste el uruguayo u otro distinto, lleva a plantearse el segundo problema que se refiere al alcance que tendrá el recurso. Como hemos visto, el tratado con Uruguay dispone que los jueces deben fallar aplicando el derecho extranjero, como presumiblemente lo haría el juez del Estado a que pertenece el derecho. Ello significa

¹¹² RDJ. Tomo LXIII, Revista Nº 3, Sección 1ª, pág. 180.

una limitación a las facultades del juez nacional ya que supone que éste debe reducirse a constatar la aplicación que en el extranjero se da a la norma en cuestión y aplicarla, tal cual, para solucionar la controversia que haya podido presentarse en el foro. Esta limitación no puede ser obviada en ninguna etapa del proceso, ni siquiera en la de la casación, porque significaría abdicar de la pretensión de imitar el derecho extranjero, que es el objetivo perseguido. En efecto, si se aceptara que el tribunal de casación puede uniformar libremente el derecho extranjero, al margen del uso vigente en el país de origen, nada quedaría de la exigencia que el artículo 1º del tratado celebrado entre Chile y Uruguay impone a todos los tribunales del país. Por lo dicho, para ser consecuentes, tanto con la conclusión anterior acerca de la procedencia del recurso de casación en el fondo, como con el sistema de aplicación de la ley extranjera postulado por el tratado —lo que en la práctica significa compatibilizar los artículos 1º y 2º del tratado—, debe aceptarse que los poderes de la Corte Suprema, tratándose de casar una sentencia por errónea aplicación del derecho extranjero, son más limitados que tratándose de una infracción similar del derecho nacional. En el caso de infracción del derecho extranjero la Corte de Casación debe apegarse al uso extranjero y rechazar o acoger el recurso, según si los jueces del fondo lo han respetado o no. Esta solución es una de las que la doctrina ha postulado para, aceptando una teoría de hecho, admitir la procedencia del recurso de casación¹¹³.

Si se rechaza la procedencia del recurso de casación en el fondo, se viola la letra del artículo 2º del tratado con Uruguay. Si, por el contrario, se admite dicho recurso, otorgando al Tribunal de Casación facultades tan amplias como las que tiene en un asunto de derecho local, se viola el artículo 1º de dicho tratado. En consecuencia, la única manera de respetar ambas normas es admitir el recurso, pero limitar las facultades del Tribunal de Casación al control sobre el respeto que los tribunales de la instancia han tenido por el uso extranjero.

e) En caso que no pueda conocerse el tenor del derecho extranjero aplicable. Es posible que el juez no pueda conocer el tenor del derecho extranjero declarado aplicable por su regla de conflicto. Aun cuando sepa cuál es el derecho extranjero que deba aplicar, podría no tener forma de conocer el contenido mismo de ese derecho. Para este problema se han dado diversas soluciones. Al respecto ha escrito Micheli: "...no existe una norma que contenga una regla de juicio sobre el hecho normativo incierto, para evitar un *non liquet*, cuando dicha norma ha quedado desconocida para el juez o éste no considera haberla determinado. En su defecto, no se contempla otra posibilidad que aplicar el principio general en virtud del cual si la demanda, o la excepción, perfilan una pretensión que se refiere a una norma jurídica respecto de la cual el juez no está en situación de determinar la existencia y el contenido, aquella demanda, o aquella excepción, debe rechazarse, no ya en aplicación del principio *actore non probante reus absolvitur*, sino por la falta de fundamento en derecho de la demanda de tutela dirigida por la parte al juez"¹¹⁴. Morelli es de la misma opinión¹¹⁵. Esta solución ha sido

¹¹³ Batiffol y Lagarde, ob. cit., pág. 234, y Micheli, ob. cit., pág. 394, respectivamente, aceptan como hipótesis esta solución, aunque la rechazan como un ideal. No obstante, ni el derecho francés ni el italiano tienen simultáneamente en vigor disposiciones análogas a los artículos 1º y 2º del tratado entre Chile y Uruguay.

¹¹⁴ Micheli, ob. cit., pág. 216.

¹¹⁵ Morelli, ob. cit., pág. 62. Señala Morelli: "Excluido el fundamento que por caminos diferentes lleva a afirmar la aplicabilidad de la *lex fori*, no queda más que sostener que el juez

seguida también en algunos fallos norteamericanos¹¹⁶. Otros autores, como Anzilotti, estiman que la demanda debe rechazarse por falta de prueba del fundamento de la demanda o de la excepción, sobre la base de sostener que la carga de suministrar la prueba, tratándose del derecho extranjero, radica en las partes¹¹⁷.

La severidad de las soluciones descritas ha llevado a la jurisprudencia de varios países a aplicar la *lex fori*, en el evento de que no sea posible conocer el contenido del derecho extranjero declarado aplicable. Tal ha sido el caso de Francia¹¹⁸. Batiffol y Lagarde tratan esta situación entre aquellas en que la ley francesa debe aplicarse al asunto por vocación subsidiaria¹¹⁹. En otros países las soluciones son parecidas aunque los medios para obtenerlas son diferentes. "Los jueces ingleses presumen, salvo prueba en contrario, la identidad de la ley extranjera y la ley del foro. Y los jueces americanos presumen, del mismo modo, la identidad del *common law* de los diferentes Estados de la Unión, lo que es legítimo, vista la comunidad de desarrollo histórico y la situación social de esos Estados... Las soluciones son bastante próximas en Italia donde el demandante, invocando una ley extranjera, debe establecer que su tenor difiere de aquel de la ley italiana... La aplicación subsidiaria del derecho del foro es mantenida por la jurisprudencia en Luxemburgo, en Suiza y, con alguna duda, en España. Ella ha sido consagrada legislativamente en Austria y en Polonia"¹²⁰.

Existe, sin embargo, una tercera alternativa, distinta de rechazar la demanda o aplicar la *lex fori*. Ella consiste en recurrir al derecho más próximo posible a aquel que no se pudo conocer. Esta solución ha sido propuesta, a menudo, en Alemania, por ejemplo, por Kegel¹²¹. La han sostenido, entre otros autores, M. Wolff, F. Stein, M. Jonas, A. Schönke, H. Dölle y L. Raape¹²². También se contemplaba en el proyecto suizo de 1978¹²³. Sin embargo, en definitiva, la Ley

tiene que rechazar la demanda o la excepción fundada en una norma extranjera cuyo conocimiento no haya conseguido adquirir". Morelli no admite como fundamento del rechazo de la demanda la regla *actore non probante reus absolvitur*. Afirma Morelli: "En cambio, el rechazo de la demanda o de la excepción es simplemente la consecuencia práctica de la falta de conocimiento por parte del juez de la norma en que se funda la demanda o la excepción, y del hecho de que esa norma, precisamente por ser desconocida por el juez, no se pone como premisa mayor del silogismo judicial". Concluye Morelli: "En efecto, la obligación del juez de poner una norma realmente existente, encuentra en la práctica una aplicación más o menos perfecta. El error del juez en esta sede puede consistir, ya en la posición de una norma inexistente; este último error puede depender no sólo de razones de diversa índole (por ejemplo, errónea convicción de que una norma no está aún o no está ya en vigor), sino también del hecho de que el juez no ha conseguido establecer la existencia de la norma, puesto que, desde el punto de vista del juez, norma inexistente y norma desconocida se equiparan, toda vez que ni la una ni la otra puede ser puesta como premisa mayor del silogismo".

¹¹⁶ Batiffol y Lagarde, ob. cit., pág. 405.

¹¹⁷ Véase, Morelli, *ibid.*, pág. 61.

¹¹⁸ Batiffol y Lagarde, ob. cit., pág. 405.

¹¹⁹ *Ibid.*, págs. 402 y ss.

¹²⁰ *Ibid.*, pág. 406.

¹²¹ *Ibidem.*

¹²² Ver Cappelletti, ob. cit., pág. 231.

¹²³ Batiffol y Lagarde, ob. cit., pág. 407.

Federal Suiza sobre Derecho Internacional Privado, de 18 de diciembre de 1987, en su artículo 16, dispone que en caso que el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido, debe aplicarse al caso del derecho suizo.

Cappelletti defiende la tercera opción en los siguientes términos: "La solución que aquí proponemos se aproxima, sin identificarse, a la sugerida por algún otro autor extranjero, según los cuales, en la imposibilidad de verificar la norma a que remiten las reglas internas de conflicto, el juez deberá recurrir a la solución ofrecida para aquella determinada materia por el ordenamiento 'más próximo', 'más similar', 'más emparentado', con aquel al cual se hace remisión"¹²⁴. Continúa Cappelletti: "La solución por nosotros propuesta parte de una consideración sumamente realista: a saber, que el conocimiento de los hombres no es nunca absoluto, completo, perfecto; que la 'verdad' de los hombres y, por tanto, la de los jueces es siempre 'verosimilitud', en una palabra, mera probabilidad. Lo cual es verdad respecto de los hechos; pero es verdad también respecto de las normas —las cuales, por lo demás, se fundan ellas mismas en hechos (normativos)—, tanto las internas como las extranjeras. La diferencia, si la hay, es solamente cualitativa"¹²⁵. Agrega Cappelletti: "Teniendo que aplicar la norma de un país remoto y desconocido, la probabilidad de error será mayor, el desacuerdo entre la verdad del juez y la verdad objetiva, será más profundo..."¹²⁶. Continúa Cappelletti: "Evidentemente, puede ocurrir también, aunque en casos excepcionales, que no solamente la norma específica, sino hasta los cánones hermenéuticos mismos del ordenamiento a que se hace remisión, continúen desconocidos, o que se manifiesten, de todos modos, de aplicación imposible, pero creemos que también en este caso le queda al juez la reserva de un instrumento interpretativo de validez general, a saber, el instrumento comparativo. Y es esta, precisamente, la 'solución comparativa' —o más modestamente, la 'solución de la mayor probabilidad'— que creemos deber proponer. El juez, aun frente a la imposibilidad misma de conocer y aplicar la norma alegada y los procedimientos hermenéuticos del ordenamiento alegado, se hallará, sin embargo, siempre en condiciones de formarse alguna opinión —más o menos completa, más o menos correcta— de ese ordenamiento, de sus afinidades con otros ordenamientos, de su participación en determinadas 'familias jurídicas', de la situación cultural, económica, política, social, que le sirve de base, etc. Utilizará, por tanto, todos sus conocimientos, adquiridos y adquiribles, a fin de llegar a una solución que tenga, por lo menos, 'un mínimo de mayor probabilidad' de responder o, en definitiva, de aproximarse más a la del ordenamiento a que se hace remisión"¹²⁷⁻¹²⁸.

¹²⁴ Cappelletti, ob. cit., pág. 235.

¹²⁵ Ibidem.

¹²⁶ Ibidem.

¹²⁷ Ibidem, pág. 237.

¹²⁸ Al respecto, apunta Goldschmidt: "La probabilidad admite grados... Si nuestro juez dispone de la legislación y jurisprudencia extranjeras, referentes al punto controvertido, su juicio alcanzará un alto grado de probabilidad. Si le faltan algunos de estos elementos, la probabilidad disminuye. Pero inclusive si no poseyera ninguno de ellos, podría acudir a otro Derecho emparentado con aquel cuya imitación le incumbe, puesto que, imitando el Derecho emparentado, podrá solucionar con cierta probabilidad el asunto controvertido conforme lo haría el juez cuyo Derecho el nuestro desconoce. Sólo, en último lugar, debe aplicar el juez su propio Derecho, ya que, dada la unidad del género humano, existe una probabilidad, por

La aplicación de la *lex fori* como *ultima ratio*, dentro de los autores que acogen esta teoría, ha sido aceptada también por Dölle y Raape¹²⁹.

Esta última doctrina es la que, a la luz de la tesis seguida por el tratado con Uruguay, resulta la más aconsejable, por cuanto permite que la sentencia que dicte el juez se aproxime lo más posible a la que presumiblemente dictaría el juez a que pertenece el derecho declarado aplicable.

En nuestro país, el artículo 170, N° 5 del Código de Procedimiento Civil dispone: "Las sentencias definitivas de primera o única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales, contendrán: ... 5° La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo...".

Como es deber del juez fallar todos los asuntos sometidos a su conocimiento, la ley permite que en caso de no poder fundamentar el fallo en una norma jurídica positiva, lo haga apelando a los principios de equidad. Como se ha señalado precedentemente, nuestro país ha tomado posición sobre el punto en el tratado celebrado con Uruguay. Dicha decisión importa que el juez asuma la obligación, al dictar una sentencia en la que deba aplicar derecho extranjero, de imitar la probable sentencia que habría dictado el juez del país a que pertenezca el respectivo derecho. Por lo tanto, con ese punto de partida, el concepto de lo 'equitativo', que debe usar el juez para el caso que no fuere posible conocer el derecho extranjero declarado aplicable, se restringe: ya no será la mera equidad natural. En efecto, conocida como es para el juez, la finalidad que persigue nuestro ordenamiento —que se dicte la sentencia más parecida posible a la que se dictaría en el extranjero—, en caso de no conocerse el contenido del derecho aplicable, antes de recurrir a la mera equidad natural, nos parece que el juez debe buscar conocer el derecho más emparentado con aquel que desconoce, ya que ello será siempre más equitativo en el orden de los principios. El fallo debiera dar cuenta razonada acerca de los fundamentos que permitieron al juez suponer que el derecho que inspiró su sentencia era presumiblemente el más parecido a aquel que debió aplicar.

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; sólo si el juez argentino no obtuviese ninguna información sobre la procedencia del Derecho etíope, le sería lícito refugiarse en el C.C. de Vélez Sarsfield", ob. cit., pág. 143.

¹²⁹ Cappelletti, ob. cit., pág. 231.