

# La misión del juez en la aplicación de la Ley extranjera\*

Lorenzo Herrera Mendoza

AMDIPC, 2024, No. 6, pp. 417-430.

## Parte tercera

### La misión del juez en la aplicación de Ley extranjera

#### X

##### La doctrina moderna

Cuando un tratado público internacional, o la legislación interna del Estado cuyo poder judicial conoce del asunto (*lex fori*), o la mente implícita de la misma legislación, o, en último caso, los principios de Derecho Internacional Privado aceptados generalmente, establecen una **norma obligatoria que conecta a** determinada legislación extranjera la materia del litigio o alguno de los elementos jurídicos que se controvierten, el respectivo ordenamiento legal del Estado extranjero cuyo Derecho positivo es señalado como el competente para suministrar la solución necesaria, debe considerarse incorporado, transitoriamente y sólo para los fines del juicio de que se trata, a la legislación de que hace parte aquella **norma de conexión**. Y entonces, el obediencia al Derecho **material** extranjero (civil o mercantil) se impone con igual fuerza que la inherente a las disposiciones de la misma naturaleza contenidas en el derecho **material** del Estado sentenciador<sup>1</sup>.

En otros términos, la norma de Derecho Internacional Privado, admitida en el país a que el juez pertenece, **nacionaliza en el Estado setenciador la regla competente que rige en el Estado legislador** y a la cual se considera que se halla sometida, por su naturaleza, la cuestión que se ventila. El juez debe aplicarla, **aun de oficio**; haciéndose ayudar, para su prueba, tanto como sea posible, por los litigantes o por la parte a quien interese.

El juez está obligado a cumplir **la norma de conexión** del Estado de que es órgano. Y esta obligación carecería de sentido si no impusiese al juez el deber de ajustar su decisión al Derecho positivo extranjero, que aquella norma declara competente, y siempre, claro está, con

---

\* Capítulo X del trabajo *Nociones preliminares sobre extraterritorialidad de leyes y sentencias*, publicado originalmente por Empresas "El Cojo", S.A. en diciembre de 1943 y luego reproducido en: *Estudios sobre Derecho internacional privado y temas conexos*. Edición conjunta para estudiantes del 5º año de Derecho. Caracas, Empresas "El Cojo", S.A., 1960, pp. 54-67. [Nota del Editor: se conservan las negritas del autor].

<sup>1</sup> Este y no otro es el verdadero sentido del texto claro del importantísimo artículo 8º del Código de Procedimiento Civil venezolano.

la salvedad concerniente al resguardo del derecho público y del orden público civil del Estado sentenciador. Y si el juez rehúsa aplicar el Derecho extranjero, señalado por la regla nacional de conexión, so pretexto de que lo ignora o de que no lo comprende bien, incurre entonces en una denegación de justicia, al resistírsele, de ese modo, al legítimo dinamismo extraterritorial del Derecho.

La comunidad de derecho entre las naciones se traduce, en el Derecho positivo, por referencias al Derecho local, que ordinariamente es el nacional, pero que, en ocasiones, es el extranjero. En este último caso, la relación jurídica (o alguno de sus elementos) no pertenece al dominio del Derecho interno, el cual se desinteresa y defiere el régimen de aquélla a la ley extranjera.

Por otra parte, la sentencia está destinada, ordinariamente, a declarar y hacer cumplir derechos preexistentes, mejor que a crearlos. *Ergo*: no puede el tribunal dejar de contemplar el dominio legislativo bajo cuya protección nacieron los derechos o fueron creadas las situaciones jurídicas que son materia del litigio. Si el juez omite la aplicación de la ley extranjera o si la infringe, desconoce o lesiona los derechos adquiridos y viola la correspondiente norma de conexión contenida, explícita o implícitamente, en la *lex fori*.

Tal es la opinión admitida en el derecho moderno, por la generalidad de los tratadistas, con pocas excepciones; entre éstas, varios de los escritores venezolanos.

Esta doctrina es la consecuencia lógica e inmediata del concepto que priva hoy en la ciencia internacional, de que la aplicación de la ley extranjera tiene por base el necesario obediencia internacional a un deber de impartir justicia, atendiéndose a la naturaleza, el origen y el asiento de la relación jurídica, para el respeto de los derechos adquiridos y de las situaciones legales preestablecidas, y teniendo así en cuenta los correspondientes límites de la competencia legislativa de cada una de los Estados que coexisten en la esfera internacional.

Y es también consecuencia lógica de la misma sana doctrina moderna, que la infracción, por los jueces de instancia, del Derecho material extranjero, declarado competente por la norma positiva de Derecho Internacional Privado, abre la vía al recurso de casación, en los mismos casos, términos y condiciones como cuando se infringe un ordenamiento jurídico del Derecho patrio.

**En materias de Derecho Internacional Privado, es procedente el recurso de casación en estos grupos de casos:**

A)—Cuando la magistratura de instancia no aplicó la ley patria, que era la competente para regir la relación jurídica, en vez de alguna ley extranjera, según la cual se dictó la sentencia recurrida.

B)—Cuando la sentencia se funda en la ley nacional, habiendo debido fundarse en la extranjera: se ha hecho una mala aplicación de aquélla a un caso que no le compete, y se ha infringido, además, la respectiva regla de conexión.

C)—Cuando en el fallo se expresa que él se funda en la ley extranjera competente; pero, en realidad, no se ha aplicado **ningún** Derecho positivo, porque ha habido errónea interpretación del ordenamiento jurídico extranjero que el fallo cita: se ha violado, pues, la norma de conexión.

D)—Cuando la ley civil o mercantil venezolana y la extranjera, considerada competente, son idénticas entre sí: no existía ningún conflicto de soberanías legislativas que debiera resolverse por los jueces con tales o cuales normas de conexión. So pretexto de aplicar un Derecho extranjero, realmente competente, pero erróneamente interpretado, se ha infringido todo Derecho positivo, incluso el venezolano: a la voluntad idéntica de ambos legisladores, los jueces han sustituido su propia voluntad arbitraria.

E)—Cuando la ley patria no imponga la aplicación de la ley extranjera a tal o cual vínculo de derecho, pero existe entre la una y la otra ley una estrecha correlación, afirmada por la ley territorial.

Esto último sucede en numerosos casos. Conviene, para mayor claridad, que presentemos aquí algunos ejemplos:

1°—Cuando el Estado sentenciador exija, para cualquier efecto, la **reciprocidad legislativa**, hay que buscar ésta, precisamente, en la legislación extranjera.

2°—Cuando algunas leyes sobre **marcas de fábrica**, etc., o sobre **patentes de invención**, establecen que para acordar la protección local a las marcas o a los inventos extranjeros necesitase que estén ya protegidos en la nación de origen, y que no puede acordarse la protección local por tiempo mayor del que aún falte para extinguirse la protección en el correspondiente Estado extranjero; estos requerimientos de la ley local tienen forzosamente que medirse por la ley del origen; aunque la protección local en sí se rige siempre por la ley territorial.

3°—Si se trata del régimen personal de un extranjero que, según parece, se ha naturalizado en otro Estado, la norma civil aplicable es, en principio, la de su nueva nacionalidad, **siempre que ésta haya sido adquirida válidamente**, ateniéndose a las legislaciones respectivas, cuanto al fondo y al procedimiento, inclusive en lo concerniente a la capacidad por razón de la edad. En esta hipótesis resultan combinadas dos o más legislaciones, que han de tenerse en cuenta por el sentenciador, para determinar la nacionalidad del sujeto.

4°—Otro ejemplo muy claro nos lo ofrecen los países que aún conservan, sobre el régimen de la mujer nacional casada con un extranjero, el sistema que se leía en el artículo 22 del código civil venezolano de 1922 (el cual lo teníamos desde 1873), anulado en 1937 por la Corte Federal y de Casación, y suprimido en el código de 1942. Según el referido régimen, la mujer, cuanto a los derechos civiles se la considera como extranjera **“siempre que por el hecho del matrimonio adquiera la nacionalidad del marido”**. Claro está que esa condición hay que contemplarla bajo el prisma de la ley sobre Nacionalidad, vigente en el país a que el marido pertenece. De ese modo quedan vinculadas las dos legislaciones para decidir acerca de la nacionalidad y régimen de la mujer casada con un hombre de otra nacionalidad. La infracción de la una importa violación de la otra. Así, cuando una italiana se casa con un brasileño, no basta el pronunciamiento del legislador italiano, para el cambio de nacionalidad; porque en el Brasil, el matrimonio nunca ha influido en la nacionalidad de la mujer.

El grupo de casos a que se refiere la proposición que hemos señalado con la letra E) fué previsto en la fórmula que el tratadista francés **Lyon-Caen** propuso en una de las Conferencias de La Haya, en el último decenio del siglo XIX, a saber:

“Debe admitirse la casación cuando hay entre la ley del juez y la ley del país extranjero un lazo tan estrecho que no se puede interpretar mal esta última, sin aplicar la primera contra-riamente a su sentido y espíritu”.

El eminente jurista venezolano doctor **Ángel César Rivas**, antiguo Profesor de Derecho Internacional y Consultor del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicó en los “Anales de la Universidad Central de Venezuela”, en junio de 1906, (página 257 a 286) un sesudo y bien documentado trabajo científico, titulado **“De la observancia de la ley extranjera y de su garantía”**, y en el cual se analiza más especialmente la procedencia del **recurso de casación** en esta materia.

De los principales argumentos del doctor **Rivas** y de sus conclusiones, damos, de seguidas, un extracto:

Desde el punto en que la ley interna manda aplicar la ley de otra Nación, es porque quiere colocarla bajo la misma protección que acuerda a los suyos propias. Lo contrario equivaldría a someter la resolución de gran número de asuntos al capricho del juez y a poner, al extranjero por lo general, y en ocasiones al regnícola, bajo un régimen excepcional.

Confundir un mero hecho con una regla jurídica, respecto de la cual, contrariamente a lo que sucede con aquél, apenas si puede concebirse una sola interpretación correcta, es cosa que repugna hasta al verdadero significado de las expresiones. Establecer que cuando el juez aplica una ley extranjera no hace más que comprobar un hecho, “es recurrir a una mentira, para cubrir una irregularidad”, según decía Férraud-Giraud.

El progreso de los conocimientos y el mayor y más constante trato de las naciones demuestran que la comunidad jurídica entre ellas, lejos de ser una expresión del todo intelectual, es certidumbre de la cual no es dable prescindir. Y el deber internacional no se satisfaría cumplidamente si las decisiones que deban dictar los jueces según el Derecho extranjero pudieran escapar a las sanciones, a los recursos que la ley establece, para garantía de la justa aplicación de los ordenamientos legales. El juez que, en su oportunidad, fundamenta su fallo en una regla legal extranjera no hace más que acatar un precepto legal propio y los principios de Derecho Internacional aceptados generalmente. Por este acatamiento, la ley extranjera viene a sustituir, cuanto al asunto que se considera, la del Estado sentenciador.

Establecer que la ley extranjera no debe observarse sino cuando el legislador local lo manda expresamente, valdría tanto como conceder a los miembros de la sociedad internacional la facultad de apartarse del cumplimiento de sus obligaciones cuando a bien lo tuvieren; convenir en que los jueces dicen el derecho conforme a la ley extranjera por espíritu de cortesía o de benevolencia, sería otorgarles la facultad de legislar.

Es de todo punto necesario que la aplicación del derecho sea enteramente correcta. Al magistrado no le bastaría referirse a la ley extranjera: lo mismo que cuando se trata de la ley nacional, deberá buscar y establecer su genuino sentido; en ambos casos, él debe decidir el asunto en estricta justicia.

El legislador venezolano nos ha dado un sistema de Derecho Internacional Privado distinto del francés y del italiano. En Francia y en Italia, “es punto esencial que la observancia de extrañas reglas jurídicas depende de la exclusiva voluntad del legislador, tácita o categóricamente expresada. Al paso que en Venezuela, la parte final del artículo 26 del Código Civil, la cual existe desde el año de 1881, y la parte final del artículo 8° del Código de Procedimiento Civil, que la tenemos desde 1897, han injertado, en el viejo tronco feudal”, “un lozano retoño del robusto árbol del derecho moderno”. El alcance del concepto territorialista, expresado en el artículo 8° del Código Civil, ha quedado circunscrito, con la adopción de aquéllas otras normas, a la órbita que le trazan, con bastante precisión, los principios generalmente aceptados por las naciones civilizadas. De este modo, nuestro legislador ha dado a entender, claramente, que en su espíritu llegó a prevalecer el concepto sostenido por la doctrina, y en virtud del cual el Estado en cuyo territorio es decidida una contención según las normas del derecho extranjero, no hace otra cosa que conformarse a un deber, a una obligación internacional. Y así, el legislador venezolano, con las mencionadas disposiciones legales de 1881 y 1897, literal e ideológicamente discernidas, ha reconocido “un compromiso preexistente, que le impide dejar de atenerse, en ciertos casos, a los dictados del Derecho Internacional Privado, los cuales disponen la observancia de la ley extranjera. “Por sobre todas las cosas, el legislador venezolano no se ha preocupado únicamente de la observancia de la ley extranjera en su territorio, sino principal y —casi puede decirse— singularmente, de la aplicación del “Decreto Internacional Privado”. Nuestro legislador “respeto ciertas normas generales de los Estados, a cuya creación contribuyó, o, por lo menos, a cuyo imperio se sometió la Nación al constituirse”; o sea, respeta “la suma de principios reglamentarios de la conducta que a los Estados cumple seguir como miembros que son de la comunidad internacional”.

Asegurada así la aplicación de la ley extranjera, los jueces están obligados a investigarla y respetarla de idéntica manera como lo hacen con la ley nacional; deben “cuidar de que la interpretación que de aquélla haga sea tan correcta que, por ser la expresión de la justicia, escape a las censuras de la Casación.

De todo lo que antecede “resulta que el recurso de casación es procedente en Venezuela en uno cualquiera de los casos siguientes: 1°. Cuando el juez declare aplicar el derecho extranjero en los casos en que expresamente se lo ordena la ley venezolana”; 2°. “cuando el juez no

aplicare el derecho extranjero en los casos permitidos por el Derecho Internacional Privado; 3º., cuando haya hecho una aplicación errónea o equivocada del derecho extranjero en uno cualquiera de los dos primeros casos”.

Sería en extremo singular que después de haber acatado la República la virtualidad de las reglas del Derecho Internacional, y que después de haber mandado en el artículo 1º del Código de Procedimiento Civil que los tribunales venezolanos deben administrar justicia a los nacionales y a los extranjeros, y así a los naturales, vecinos, residentes o transeúntes de su territorio, como a los que no lo son, pudieran los jueces creerse autorizados para dejar de aplicar la ley extranjera en los casos ocurrentes o para considerarla como mera cuestión del hecho.

“Tanto en Venezuela como en los demás países donde existe, el tribunal llamado a conocer del recurso tiene el principal encargo de procurar la uniformidad de la legislación; porque es del todo necesario que en la interpretación de las leyes no existan criterios diferentes sobre un mismo punto; pues la justicia rechaza la posibilidad de que a una misma situación jurídica puedan corresponderle contrapuestas decisiones. Así, cuando se dice que el tribunal de Casación persigue la uniformidad de la jurisprudencia, no ha querido expresarse el absurdo de que sólo ha de ocuparse en sostener fallos que la mente del legislador patrio inspira; también ha querido decirse que es deber suyo invalidar las decisiones que no se ajustaren al sentido que revela el texto extranjero a que hubo de recurrirse.

El tribunal de casación es el regulador del poder judicial, encargado de decidir si el juez no se apartó de la ley, guardián supremo de ésta, lazo de los tribunales de alzada; y a los que sólo ven en él al vengador de la ley nacional, bueno será recordarles que “su función esencial es la de reprimir los extravíos de los jueces”.

La moderna doctrina científica a que venimos refiriéndonos, sobre la verdadera misión del juez en materias del Derecho internacional privado, ha sido valientemente consagrada por la **codificación internacional latino-americana**. Así, en los **Tratados de Montevideo** de 1889 y 1940, sobre Derecho Procesal Internacional (protocolo adicional), vigente entre las repúblicas de Argentina, Uruguay, Paraguay, Perú, Colombia..., se incluyen las siguientes “reglas generales para la aplicación de las leyes de cualquiera de los Estados contratantes en el territorio de los otros”:

“Artículo 1º.—Las leyes de los Estados contratantes serán aplicadas en los casos ocurrentes, ya sean nacionales o extranjeras las personas interesadas en la relación jurídica de que se trata”.

“Artículo 2º.—**La aplicación será hecha de oficio por el juez de la causa**, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley invocada”.

“Artículo 3º.—**Todos los recursos** acordados por las leyes de procedimiento del lugar del juicio, para los casos resueltos por su propia legislación, **serán igualmente admitidos para los que se decidan aplicando las leyes cualesquiera de los otros Estados**”.

De este modo y desde hace cerca de tres cuartos de siglo, la América inició su adhesión positiva a la tendencia científica contemporánea de equiparar, desde el punto de vista de su aplicación procesal, el Derecho extraño al propio; suprimiendo así los graves obstáculos que para eso han existido y existen en la mayor parte de las naciones de otros Continentes y en algunas del Nuevo Mundo.

Los mismos principios han sido proclamados y reafirmados en el **Tratado de La Habana o Código Bustamante**, firmado en 1928, vigente para Venezuela desde 1932 pero con numerosas reservas. No obstante éstas, **Venezuela ha otorgado su adhesión plena a las siguientes “Reglas especiales sobre la prueba de leyes extranjeras”** y a las estipulaciones interamericanas sobre el **“Recurso de Casación”** a saber.

“Artículo 408.—Los jueces y tribunales de cada Estado aplicarán de oficio, cuando proceda, las leyes de los demás sin perjuicio de las medidas probatorias a que este capítulo se refiere”.

“Artículo 409.—La parte que invoque la aplicación del **derecho** de cualquier Estado contratante en uno de los otros, 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”.

“Artículo 410.—A falta de prueba o si el juez o tribunal la estimare insuficiente, **podrá solicitar de oficio, antes de resolver**, por la vía diplomática, que el Estado de cuya legislación se trata proporcione un informe sobre el texto, vigencia y sentido del derecho aplicable”.

“Artículo 411.—Cada Estado contratante se obliga a suministrar a los otros, en el más breve plazo posible, la información a que el artículo anterior se refiere y que deberá proceder

de su tribunal supremo o de cualquiera de sus salas o secciones, o del ministerio fiscal, o de la Secretaría o Ministerio de Justicia”.

### “Del Recurso de Casación”

“Artículo 412.—**En cada 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”.**

“Artículo 413.—Serán aplicables al recurso de casación las reglas establecidas en el capítulo 2° del título anterior (artículos 408 a 411), aunque el juez o tribunal inferior haya hecho uso ya de ellas”.

“En la época en que el Derecho extranjero era recibido por cortesía (*comitas*), se podía comprender la regla de que la prueba de la ley extranjera fuese considerada como un *quid facti*, cuya prueba era deferida a las partes litigantes... Pero, desde el momento en que esta ley ha llegado a ser obligatoria para los magistrados, se deben evitar los inconvenientes de la antigua regla. En **Italia** hay esta contradicción: si bien la prueba de la ley extranjera es considerada como un *quid facti* en las instancias, la Corte de Casación está obligada, llegado el caso, a declarar su violación por el sentenciador, si la parte la alegó y probó oportunamente”.

Y el **Instituto de Derecho Internacional**, desde su sesión de **Hamburgo**, en 1891, al ocuparse de la materia, adoptó estas conclusiones:

#### “El Instituto declara:

“Primero: Que en el estado actual de la ciencia del derecho y en presencia del gran número de leyes elaboradas en los países civilizados, **la prueba de las leyes extranjeras no puede ser una cuestión de hecho, abandonada a la iniciativa de las partes”.**

“Segundo: Que es necesario fijar reglas generales y uniformes **que sustituyan a las diferentes prácticas que están en vigor”.**

“Y el **Instituto formula el voto** de que, por acuerdos internacionales, se obliguen los Estados a la aplicación de las siguientes reglas:”

“a)—Cuando en un litigio civil sea necesario aplicar una ley extranjera sobre cuya existencia o tenor no estén de acuerdo las partes, el juez o tribunal, **a petición de las partes o**

**de oficio**, declarará, en una decisión preliminar, cuáles son las leyes o puntos de derecho necesarias para resolver el asunto”.

“b)—El Juez o el Presidente del tribunal librará, en el plazo más breve posible, cartas rogatorias, por intermedio del Ministerio de Justicia y el de Negocios Extranjeros, al Ministerio de Justicia del Estado cuyas leyes o puntos determinados de derecho se quiere conocer”.

c)—El Ministerio de Justicia de este último Estado responderá a la solicitud, absteniéndose de todo consejo u opinión de hecho y limitándose a certificar la existencia y el tenor de las leyes”.

d)—Desde que los textos de las leyes y los certificados hayan sido recibidos por el tribunal, se depositarán en secretaría y, a pedido de la parte más diligente, el proceso retomará su curso”.

### **Observaciones sobre práctica forense**

#### **Primera:**

Para evitar todo posible equívoco, interesa aclarar que, si bien el juez puede y debe aplicar, **aun de oficio**, la ley extranjera competente, y al efecto, ha de tomar las medidas necesarias para conocerla, tal función es preciso coordinarla con los principios sustanciales de nuestro Derecho procesal, contenidos en los artículos 11 y 12 del Código respectivo, según los cuales, el juez, en materia civil, **“no puede proceder sino a instancia de parte**, salvo que la ley lo autorice para obrar de oficio, y debe él, también, tener por norte de sus actos la verdad, que procurará escudriñar en los límites de su oficio, **“debiendo atenerse a lo alegado y probado en autos”** y **“sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hechos no alegados ni probados”**. Y el artículo 162 *ejusdem* considera viciado de nulidad radical el fallo que no se ajuste “a las acciones deducidas y a las excepciones o defensas opuestas”.

Ahora bien, la existencia, tenor y sentido de la ley extranjera no constituyen puntos de hecho, sino meras **cuestiones de derecho positivo**. Pero, aun siendo esto así, el juez no puede plantear por sí mismo una cuestión de esta especie si ella no se deriva de los hechos y circunstancias de la causa y si no está incluida dentro del debate judicial, circunscrito por la demanda y su contestación. De consiguiente, es necesario que haya sido intentada la acción o propuesta la excepción indispensable para la pertinencia de la prueba y de la aplicación de la

ley extranjera, y **que se hayan alegado y probado los hechos que sirven de circunstancias fundamentales para la conexión** de un elemento litigioso a una legislación extranjera.

Un ejemplo precisará los conceptos:

Si se ha intentado una demanda por la **ejecución** de un contrato y el demandado (que es español u holandés) ha reconvenido para la **resolución** del mismo contrato, alegando su incumplimiento por el actor; y si el juez pronuncia la **nulidad de tal vinculación**, fundándose en la **incapacidad** del demandado según su ley nacional, porque no tenía 23 años de edad al tiempo de la celebración del contrato, con semejante fallo, el tribunal ha usurpado atribuciones que no le competen: ha suplido una excepción de nulidad que nadie ha opuesto; ha suplido también argumentos de hechos para fundamentar su decisión y ha sacado elementos de convicción fuera de los autos, tales como la nacionalidad y la edad de uno de los litigantes; con todo lo cual ha infringido gravemente los artículos 11, 12, 162 y otras normas de nuestro código procedimental.

En resumen, la iniciativa del juez, para la prueba y aplicación de una ley extranjera, está subordinada a estas dos exigencias legales:

I.—Que entre las partes y ante el tribunal, se haya propuesto la acción, excepción o defensa donde pueda tener cabida la solución que dé una ley extranjera, declarada competente por la **lex fori**.

II.—Que la respectiva norma de conexión o de Derecho internacional privado pueda entrar en funcionamiento, en virtud del alegato previo y la correspondiente prueba de la circunstancia que conecta la cuestión ligada a una determinada legislación extranjera.

Es sabido que las normas de conexión o vinculación (**rattachement**) tienen por bases necesarias: la nacionalidad de una de las partes o de ambas, o su domicilio, o el lugar del acto jurídico, o el lugar donde el acto haya de tener eficacia, o el de la situación de la cosa, o el de la comisión del hecho ilícito, etc., etc. Como se ve se trata de **cuestiones de hecho**, que el litigante interesado debe alegar y probar. De tales cuestiones de hecho **se deriva una conexión puramente jurídica**; y es para darle cumplimiento a ésta última, para lo que el juez procede de oficio (o con la ayuda de las partes): primero, averiguar cuál sea el contenido del derecho extranjero competente y luego aplicarlo.

### **Segunda:**

¿En cuál oportunidad y de qué modo ha de tomar el juez la **iniciativa** para la prueba de la ley extranjera competente, o para ordenar que se amplíe o se aclare la que ya presentó la parte interesada?

Nos hallamos en presencia de una de las lagunas de nuestra legislación: no se ha previsto el caso, en ninguna parte, para regular el procedimiento necesario. Y este silencio no es solamente venezolano:

**Fiore**, por ejemplo, refiriéndose al legislador italiano, nos dice:

“No debemos ocultar que en el estado actual de cosas existe una deplorable laguna en la aplicación de los principios del Derecho internacional privado, y siendo frecuentes los casos en que los tribunales están obligados a aplicar las leyes extranjeras, los mismos legisladores, que les imponen esta obligación (como ha sucedido entre nosotros), no han acordado nada acerca del modo de conocer exactamente el derecho extranjero”.

En Venezuela nos hallamos, pues, en la necesidad de acudir a las normas establecidas en nuestros Tratados internacionales y a las normas generales de nuestro Derecho Procesal. Si la prueba de la ley extranjera va a efectuarse por petición de parte interesada, ésta puede obtener del Tribunal, la concesión de término extraordinario a tal efecto, tanto en materia civil como en la mercantil.

Cuando el Tribunal resuelve, **de oficio**, procurarse tal prueba, o completar, o esclarecer la presentada por alguna de las partes, parece ser la mejor oportunidad y el mejor procedimiento, según nuestro actual sistema positivo, los previstos en los artículos 407 y 414 del Código de Procedimiento Civil y en artículo 1.112 del Código de Comercio, según los cuales los jueces, durante la vista de la causa, en cualquiera de las instancias, están expresamente facultados para dictar, **aún de oficio, autos destinados a mejor proveer**, después de terminados los informes, o de terminada la relación, si no hubiere informes. El referido auto señalará término suficiente para cumplirlo; contra él no se admitirá recurso alguno, y cumplido que fuere se oirán las observaciones de las partes respecto del resultado de las diligencias practicadas, y se procederá a sentenciar el asunto dentro del término legal, sin más dilación.

Interesa repetir aquí que cuando se trata del Derecho positivo de alguna de las Repúblicas americanas que han ratificado, en este punto, el **Código Bustamante**, la referida iniciativa, para la prueba o aclaratoria de la ley extranjera, puede tomarla también la Corte Federal y de Casación, durante la sustanciación del recurso respectivo y ello, de conformidad con el artículo 413 del citado Código, “**aunque en las instancias se haya hecho uso ya de tal facultad**”.

El medio más seguro es el acudir a la **vía diplomática**, por intermedio de nuestra Cancillería, para procurar una copia certificada del texto o textos legales respectivos, que emane de un alto funcionario competente del Estado legislador, sea del Poder Judicial, o del Ejecutivo (Ministerio o Secretaría de Justicia), o de la Procuraduría Nacional o del Ministerio Fiscal.

### **Tercera:**

En lo relativo a la prueba del Derecho extranjero, tratándose de una demostración puramente jurídica, se está de acuerdo en que no tiene cabida; los testigos vulgares, o sea, los que carecen de calificación especial *virtute officii*; ni los indicios o presunciones; ni el juramento deferido, decisorio o supletorio; **ni la confesión**.

Sin embargo, parece (y ésta es la opinión de **Laurent**, de **Rolin**, y de **Restrepo Hernández**) que puede utilizarse la **confesión** como prueba de la ley extranjera sólo cuando se trata de leyes supletivas, o complementarias, o interpretativas de la voluntad contractual, principalmente, en materia mercantil; porque, aun en la hipótesis de que el confesante incurra en alguna inexactitud o en error de interpretación, si lo confesado no resulta ser propiamente la ley extranjera que se buscaba, quizás ella refleje bien la verdadera ley autónoma, la dictada por la intención particular de los contratantes. La posibilidad de acierto es mayor cuando, sobre el particular, coinciden las declaraciones de ambas partes. Pero, claro está que el magistrado deberá ser, en todo caso, muy cuidadoso en el análisis subjetivo y en la apreciación jurídica de esas declaraciones personales, si el declarante carece de luces suficientes, aunque él mismo suponga lo contrario.

### **Cuarta:**

Se advierte, por otra parte, que según el Derecho Constitucional y el Procesal venezolanos, la creación y el funcionamiento del **recurso de casación** tienen por principal objeto conservar la integridad de la legislación federal, mediante la uniformidad de la

jurisprudencia nacional; y por esto, cuando en la instancia sentenciadora se ha infringido una ley extranjera competente, es aconsejable que quien formalice un recurso de casación por tal respecto, tenga el cuidado de no limitarse a denunciar la infracción de la ley extranjera: conviene que su denuncia se refiera también a la infracción consecucencia! de la norma que fija la conexión respectiva, según nuestras leyes, o derivada de éstas, o consagrada en un tratado internacional vigente.

Por ejemplo: Antes de 1936, dos españoles domiciliados en España celebraron allá un contrato, que debía tener, según la intención de las partes, íntegra ejecución en el territorio español; pero, a causa de la guerra civil, los contratantes constituyeron después su domicilio en Venezuela. Por ésto, nuestro poder judicial ha llegado a ser competente para conocer de la controversia que una de las partes promueve contra la otra, luego que ésta cambió de domicilio. En esta hipótesis, se ha innovado solamente respecto de la jurisdicción judicial llamada a conocer del caso: ninguna modificación ha ocurrido cuanto a la competencia de la ley española vigente al tiempo de la celebración del contrato, para proporcionar la norma supletiva, o complementaria, o interpretativa de la voluntad contractual, o sea, para decidir el fondo del litigio, de conformidad con la intención autónoma, expresa o presunta, de las partes interesadas. Si en la sentencia recurrida se ha dejado de aplicar o se ha interpretado erróneamente alguna norma legal española, el recurrente debe denunciar, junto con la infracción de ésta, la del artículo 8° del Código de procedimiento civil, donde se enumeran y clasifican las fuentes positivas venezolanas en materias de Derecho internacional privado; también, la infracción del artículo 1.159 del código civil venezolano, según el cual “los contratos tienen fuerza de ley entre las partes”; también, la del artículo 1.160 *ejusdem* y del artículo 10 del Código de procedimiento civil, y de alguna otra disposición venezolana que pueda considerarse herida por el sentenciador.

Y cuando tal fuere el caso, se denunciará la infracción de la respectiva regla contenida en algún tratado internacional celebrado por Venezuela, sobre el punto en cuestión (por ejemplo el Código Bustamante o los tratados de 1911 entre las Repúblicas Bolivarianas).