

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

Análisis del derecho extranjero en Ecuador, entre la aplicación de oficio o la mera petición de parte: una cuestión olvidada en la legislación ecuatoriana.

Andrea Gabriela Luna Sabay

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito
para la obtención del título de Abogada

Quito, 9 de abril de 2021

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Andrea Gabriela Luna Sabay

Código: 00135365

Cédula de identidad: 1726233420

Lugar y fecha: Quito, 9 de abril de 2021

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETHeses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETHeses>.

Análisis del Derecho Extranjero en Ecuador, entre la aplicación de oficio o la mera petición de parte: una cuestión olvidada en la legislación ecuatoriana¹

Analysis of Foreign Law in Ecuador, ex officio application of a law or mere request of party: A forgotten question in Ecuadorian legislation

Andrea Gabriela Luna Sabay²
andreitalunasabay@hotmail.com

RESUMEN

El trabajo expone el análisis de la aplicación del derecho extranjero en Ecuador. Para ello se revisaron las teorías que sustentan cuál es su naturaleza jurídica, ya que, de la determinación como una cuestión jurídica o fáctica, que es el parámetro que el juez ecuatoriano debe seguir; depende si se aplica de oficio o a petición de parte. Se expuso que en Ecuador el derecho extranjero es un hecho, pero, instrumentos internacionales de Derecho Internacional Privado vigentes disponen que es un derecho. Es lógico que se remita al principio de jerarquía normativa, aunque, en la práctica se omite su aplicación. Finalmente, bajo el método comparativo de normativa, jurisprudencia y doctrina latinoamericana, que demuestra que las legislaciones han preferido adoptar la teoría intermedia, observando la prevalencia de los tratados internacionales, el Ecuador debería adoptar el sistema mixto para que la aplicación del derecho extranjero se analice en el caso concreto.

ABSTRACT

This thesis presents the application of foreign law in Ecuador. The researcher used theories that sustain what its legal nature is, determining whether it is a legal or factual issue, which becomes the parameters in which an Ecuadorian judge must work. This depends on whether it is applied ex officio or at the request of a party. It is set forth that in Ecuador, foreign law is a legal fact, but current international instruments of Private International Law provide that it is a legal right. It is logical that it would refer to the principle of normative hierarchy, but in practice its application is omitted. Finally, under the comparative method of Latin American regulations, jurisprudence, and doctrine, which show that the legislations have adopted the intermediate theory, (observing international treaties), Ecuador should adopt the mixed system, so that the application of foreign law is used in the specific case presented.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Jaime Vintimilla Saldaña

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

PALABRAS CLAVE

Derecho Internacional Privado, derecho extranjero, hecho, derecho, aplicación intermedia.

KEYWORDS

Private International Law, foreign law, legal fact, legal right, mixed legal system.

Fecha de lectura: 13 de mayo de 2021

Fecha de publicación: 13 de mayo de 2021

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. MARCO NORMATIVO.- 2.1. NORMATIVA INTERNACIONAL VIGENTE.- 2.2. NORMATIVA DOMÉSTICA.- 3. ESTADO DE LA CUESTIÓN.- 4. TEORÍAS.- 5. CONSIDERACIONES GENERALES.- 6. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO.- 6.1. NATURALEZA O CALIDAD DEL DERECHO EXTRANJERO.- 6.1.1. TEORÍAS REALISTAS.- 6.1.2. TEORÍAS JURÍDICAS.- 6.2. APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO.- 6.2.1. APLICACIÓN *EX PETITA PARTE*.- 6.2.2. APLICACIÓN *EX OFFICIO*.- 6.2.3. APLICACIÓN INTERMEDIA.- 7. EL DERECHO EXTRANJERO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.- 7.1. REGULACIÓN INTERNA.- 7.2. REGULACIÓN CONVENCIONAL. - 8. LEGISLACIÓN COMPARADA. - 9. CONCLUSIONES.

1. Introducción.

En Ecuador la aplicación del derecho extranjero tiene dos realidades, lo que acarrea que su tratamiento procesal actual tenga una consecuencia; o bien su aplicación de oficio o bien a petición de parte. La razón se presenta porque en el derogado Código de Procedimiento Civil³ se regulaba la naturaleza y el tratamiento procesal de la ley extranjera, siendo el precedente de la actual regulación. En igual sentido, el Ecuador ratificó en 1982 varios instrumentos internacionales en relación con el derecho aplicable, es decir, que igualmente se tiene una regulación a nivel de tratados.

El Código Orgánico General de Procesos, COGEP⁴, contiene normas que regulan la materia de Derecho Internacional Privado, DIPR⁵, ya que el Ecuador posee el modelo de dispersión normativa, pero cabe recalcar que por tal dispersión no es el único cuerpo normativo que lo hace. El COGEP en su artículo 162 establece que el derecho extranjero es una cuestión fáctica, es decir, un -hecho-, y en esa medida debe ser alegado o pedido por las partes. No obstante, instrumentos internacionales de DIPR ratificados por el Ecuador, obligan al juez y a los tribunales a aplicar el derecho extranjero de oficio pues lo consideran como un -derecho- vigente.

Este antecedente genera incertidumbre e inseguridad jurídica, impidiendo la adecuada solución de los desacuerdos derivados de las relaciones privadas internacionales. Por ejemplo, si las partes firmaron un contrato en el que pactaron un derecho extranjero y se deriva una controversia ¿qué haría un juez ecuatoriano?, ¿aplicar de oficio o a petición de parte la ley extranjera?, y si las partes han omitido dicha mención ¿no se debe aplicar esa ley?

Respecto de este tema particular se ha discutido de manera muy escasa, evitando que exista una clara aplicación del derecho extranjero por parte de los operadores de justicia, estableciéndose la siguiente pregunta de investigación: ¿Cuáles son los parámetros que el juez o autoridad administrativa ecuatoriana debería seguir para la aplicación del derecho extranjero?

La metodología empleada para el desarrollo de esta investigación es de tipo deductiva pues, exige analizar conceptos generales del derecho extranjero e incluso sus limitaciones. De igual modo, se requiere de una metodología doctrinaria y teórica sobre

³ Artículo 189, Código de Procedimiento Civil [Derogado], R.O. Suplemento 58, 12 de julio 2005.

⁴ Código Orgánico General de Procesos, [COGEP], R.O. Suplemento 506, de 22 de mayo de 2015, reformado por última vez el 23 de febrero de 2021.

⁵ Abreviatura conocida y aceptada para la materia de Derecho Internacional Privado.

su interpretación y aplicación puesto que influye en su tratamiento procesal. Por último, es menester utilizar el método comparativo observando legislaciones de países como Argentina y Uruguay ,ya que como se verá en sus leyes o códigos especializados, uno de los pilares del DIPR que es el derecho aplicable, resulta ser el tema inicial.

Por lo mencionado, el presente artículo pretende exponer la realidad de la aplicación del derecho extranjero en Ecuador, en primer lugar, a la luz de teorías que sustentan que el derecho extranjero es un derecho vigente y como tal debe ser aplicado de oficio y modo idéntico, así lo establecen instrumentos internacionales de DIPR ratificados por el Ecuador y; en segundo lugar, aquellas teorías que respaldan la aplicación por invocación de las partes.

2. Marco Normativo.

2.1. Normativa convencional vigente.

Entre la normativa internacional sobresalen, la Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado, CIDIP II⁶, la cual se aplica a los Estados parte, igualmente, el Código de Sánchez Bustamante⁷ que contiene normas comunes que regulan las relaciones jurídico-privadas de los Estados que son parte del tratado. Estos instrumentos internacionales vigentes en Ecuador ratifican la aplicación del derecho extranjero de oficio.

También, la Convención Interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero⁸, que establece los medios de prueba idóneos para probar la vigencia, validez y contenido del derecho extranjero. Se menciona específicamente esta norma ya que esta CIDIP regula aspectos de derecho procesal internacional y tiene como objetivo, establecer “reglas de cooperación internacional entre los Estados Parte en la obtención de elementos de prueba e información acerca del Derecho de cada uno de ellos”⁹.

2.2. Normativa doméstica.

⁶ Artículo 2, Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado: CIDIP II, Montevideo, 8 de mayo de 1979, ratificada por el Ecuador el 18 de mayo de 1982.

⁷ Artículo 8, Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante, La Habana, 20 de febrero de 1928, ratificado por el Ecuador 31 de mayo de 1933.

⁸ Artículo 3, Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, Montevideo, 8 de mayo de 1979, ratificada por el Ecuador el 11 de mayo de 1982.

⁹ Departamento de Derecho Internacional Privado, Organización de Estados Americanos 2014, “Resumen CIDIP II”, acceso martes 26 de febrero de 2021, http://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-II-pruebaderechoext_sumario.htm

Adicionalmente, a nivel constitucional el artículo 425¹⁰ impone la jerarquía normativa, donde claramente se evidencia que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Ecuador, se aplican inmediatamente después de la norma suprema. Como segundo punto, en cuanto a normativa interna, se analizará el artículo 162 del Código Orgánico General de Procesos, COGEP, el cual dispone la necesidad de prueba de los hechos alegados por las partes, estableciéndose el tratamiento que este cuerpo normativo le da al derecho extranjero.

3. Estado de la Cuestión.

En lo referente a la revisión de la literatura, como punto de partida, Federico Carlos Von Savigny en 1849 desarrolló el fundamento jurídico de la extraterritorialidad del derecho. El autor explicó que existe una “comunidad de derecho o comunidad jurídica de las naciones”¹¹, en la que los pueblos de todo el mundo tienen un mismo grado de civilización, por ende, comparten comportamientos, costumbres y convicciones jurídicas similares o universales¹².

Por consiguiente, bajo la perspectiva de la extraterritorialidad de las leyes, Savigny dice que a una relación jurídica se debe aplicar la regla de solución del lugar y el “(...) derecho más adecuado, más conforme a su naturaleza esencial y propia”¹³. La regla de solución puede ser el derecho de un país diferente al derecho del foro del juez que conoce la causa, traducándose en la concepción moderna de que el derecho extranjero es un derecho y su aplicación es de oficio.

Seguidamente, Werner Goldschmidt, mediante las dimensiones nomológica, dikelógica y sociológica, manifestó que para que una relación privada pertenezca al

¹⁰ Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez el 25 de enero de 2021.

¹¹ Friedrich Karl von Savigny, *Sistema de Derecho Romano Actual* (Madrid: F, Góngora y Compañía, 1879), 40, último acceso el 27 de febrero de 2021, https://books.google.com.ec/books?id=8I9rO3ATDYwC&pg=PA5&source=kp_read_button&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false

¹² Ver, Adriana Margarita Porcelli, “Análisis de la Aplicación del Derecho Extranjero a la luz de las disposiciones generales del Derecho Internacional Privado en el Nuevo Código Civil y Comercial Argentino”, *Revista Quaestio Juris* vol.10 (2017): 1793-1827. 11, doi: <https://doi.org/10.12957/rqi.2017.27527>

¹³ Luciana Scotti, *Manual de Derecho Internacional Privado*, Ed. 1era (Buenos Aires: Thomsom Reuters – La Ley S.A., 2017), 52.

ámbito internacional, debe partir de un elemento de extranjería, del cual deriva el problema de si debe aplicarse el derecho propio o un derecho extranjero¹⁴.

Luego afirmó, que cuando la norma de conflicto te lleva aplicar derecho foráneo, se tiene que respetar el elemento extranjero, así expuso “(...) el medio del que disponemos para rendir el debido respeto a la extranjería del caso, es la llamada- aplicación del Derecho extranjero. Aplicando, pues, en nuestro país Derecho Privado extranjero, este resulta extraterritorial”¹⁵, es decir, se aplican normas de un ordenamiento extranjero tal como lo harían los jueces de ese Estado. No obstante, también enunciaba que el principal freno para evitar la aplicación de ese derecho es el orden público.

Por su parte, Cecilia Fresnedo de Aguirre, enfatiza que el supuesto básico para la aplicación del derecho extranjero es que exista un sistema o método de conflicto y que la “(...) norma de conflicto aplicable se remita a él”¹⁶. En otras palabras, la norma de conflicto determina a través del punto de conexión cuál derecho, el nacional -DIPR- o el extranjero, se debe aplicar para la regulación y solución de la situación privada internacional. Sin embargo, la autora también resalta el argumento que se opone a que la aplicación de ese derecho extranjero se materialice, debido a la exclusividad del DIPR de cada país.

Asimismo, Fresnedo se ha referido al tratamiento procesal de la aplicación del derecho extranjero. La consecuencia de este aspecto aterrizo en dos situaciones, la primera, establecer si el derecho extranjero es un hecho o un derecho. El resultado será, que las partes sean quienes lo deben alegar o por el contrario que el juez lo aplique de oficio. La autora defiende que la aplicación del derecho extranjero es oficiosa, convirtiéndose en una obligación del juez cuando a las partes les falte probar¹⁷.

Igualmente, a criterio de Luciana Scotti, la aplicación del derecho extranjero representa uno de tantos problemas que tiene que resolver el DIPR. Debido a esto, menciona que durante largo tiempo han surgido planteamientos a favor y en contra de

¹⁴ Ver, Werner Goldschmidt, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia*, Ed. 7ma (Buenos Aires: Depalma, 1990), 37, último acceso el 26 de febrero de 2021, https://www.academia.edu/11202991/Derecho_Internacional_Privado_Goldschmidt_werner_

¹⁵ Goldschmidt, *Derecho Internacional Privado*, 47.

¹⁶ Cecilia Fresnedo de Aguirre, “Capítulo 6: Aspectos generales del sector del derecho aplicable”, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, ed. de D. Fernández Arroyo (Buenos Aires: Zavalía, 2003), 257-313.259, último acceso el 25 de febrero de 2021, https://franjamoradaderecho.com.ar/biblioteca/abogacia/6/INTERNACIONAL_PRIVADO/DERECHO_I_NTERNACIONAL_PRIVADO_DE_LOS_ESTADOS_DEL_MERCOSUR_-_arroyo_diego_fernando.pdf

¹⁷ Ver, Margarita Porcelli, “Análisis de la Aplicación”, 14.

considerar al derecho extranjero como un derecho, siendo el efecto principal el debate doctrinario sobre su naturaleza y su tratamiento procesal.

Scotti también se ha pronunciado sobre el derecho extranjero en el espacio procesal sosteniendo que, en la actualidad “[l]as tendencias más modernas (...) se orientan hacia una exigencia cada vez mayor para el juez y menor para las partes”¹⁸. Ciertamente, plantea que el juez debe tener al alcance todos los medios necesarios para poder conocer el derecho extranjero.

4. Teorías.

La aplicación del derecho extranjero que se presenta por la estructura y disposición de la norma de conflicto tiene dos realidades, su aplicación de oficio o a petición de parte. Por lo tanto, se explican las posturas sobre su naturaleza jurídica, pues repercute en el proceso cuando un juez lo tenga que aplicar.

Por una parte, la teoría del hecho establece que el derecho extranjero “no es coercible en el Estado del juez, ya que carece de *imperium* fuera del territorio del Estado que lo dictó (...), no puede ser aplicado allí como derecho”¹⁹, respaldando el presupuesto de que es un -hecho- y como tal debe ser alegado por las partes. De igual modo, la teoría del hecho notorio implica que el juez podría tener en cuenta la norma extranjera aun cuando las partes no la acrediten²⁰, ya que es un hecho que no todo el mundo conoce, pero sí tiene la oportunidad de llegar a conocer, más ahora, cuando las tecnologías de la información y comunicación, TIC’S, permiten obtener información jurídica.

En contraposición, la teoría del derecho parte de la extraterritorialidad de las leyes. Se aplica un derecho en el territorio de otro país por designación de la norma de conflicto y el juez lo tiene que aplicar de oficio como derecho. Se instaura sobre la base de que todos los derechos están en igualdad²¹, posición que se defiende en el trabajo. Así mismo, la teoría de los derechos adquiridos infiere que hay que respetar el derecho extranjero acoplando los derechos, valga la redundancia, debidamente adquiridos por las personas en virtud de la norma extranjera.

¹⁸ Scotti, *Manual de Derecho Internacional Privado*, 37.

¹⁹ Cecilia Fresnedo, “Capítulo 6: Aspectos generales”, 260.

²⁰ Ver, Werner Goldschmidt, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia*, Ed. 5ta (Buenos Aires: Depalma, 1985), 543.

²¹ Ver, Savigny, *Sistema de Derecho Romano Actual*, 40.

Por último, en la teoría del derecho propio, el derecho extranjero se reviste de imperatividad por señalamiento de la norma de conflicto, integrándose al derecho nacional y de allí dos variantes. En la teoría de incorporación, “[l]a norma indicada por la conexión se incorpora al texto de la norma de conflicto del juez y en consecuencia éste la debe aplicar como derecho propio”²². Por su parte, en la teoría de recreación, la norma extranjera no se incorpora a la nacional, sino que sirve de modelo para la creación de una norma propia de contenido igual al de la extranjera,²³. Estas tesis apoyan la aplicación de oficio, siendo una obligación de los jueces, tal como lo manda la CIDIP II.

5. Consideraciones generales.

5.1. Definición de derecho extranjero.

Carlos Arellano García señala que las normas jurídicas se dividen en normas nacionales y extranjeras, explicando que las primeras son, por ejemplo, normas mexicanas que regulan conductas dentro de México. Ahora bien, las normas extranjeras son aquellas que pertenecen a un sistema jurídico distinto. Como resultado, al ser reglas provenientes de otro país son derecho extranjero²⁴.

Si se toma en cuenta la explicación antes planteada, es indispensable mencionar aquello que no es derecho extranjero, por lo cual, se dice de manera enfática que no es derecho internacional. De hecho, cuando se habla de derecho extranjero se refiere al ordenamiento jurídico vigente en otro país. Así, por ejemplo, el derecho ecuatoriano será derecho foráneo cuando se requiera aplicar en el territorio de otro Estado.

En el mismo orden de ideas, es conveniente explicar los escenarios del derecho extranjero. El ángulo normativo, como ya se dijo anteriormente, es aquel cuerpo o conjunto normativo -leyes- vigente en un país determinado, creado gracias a la soberanía legislativa que nace para aplicarse en el territorio de aquel país y solo de manera excepcional se podría aplicar en un país diferente.

Por su parte, el ángulo judicial o administrativo quiere decir, la ejecución de los actos y documentos extranjeros, es decir que las sentencias, laudos y actas de mediación que nacen en un país surten efectos en ese mismo país, pero también podrían surtir efecto

²² Scotti, *Manual de Derecho Internacional Privado*, 52.

²³ Ver, Cecilia Fresnedo, *Curso de Derecho Internacional Privado, Parte General Tomo I* (Uruguay; Fundación de Cultura Universitaria, 2001), reimpresión 2019, 244.

²⁴ Ver, Carlos Arellano García, “La prueba del Derecho Extranjero”, *Revista de la Facultad de Derecho de México* n.º 209-210 (1996):15-29.18.

en otro distinto. En otras palabras, estos actos y documentos judiciales deben someterse a los procedimientos de homologación. Esto quiere decir que esas decisiones pasan a incorporarse al derecho interno de un país diferente del que emanó la decisión o sentencia.

Para terminar, respecto al derecho extranjero, los autores Leandro Baltar y Luciana Scotti señalan “ahora nos referimos al derecho extranjero como un conjunto y no simplemente como leyes”²⁵. Concretizando todo lo expuesto, el derecho extranjero hace alusión a estos dos niveles teniendo como resultado un sistema jurídico²⁶.

5.2. El derecho extranjero como posibilidad de derecho aplicable.

Como bien se sabe, cuando un juez se declara competente para resolver una situación privada internacional, puede aplicar varias fuentes sustantivas. Es decir, puede analizar normas convencionales, institucionales, la costumbre, principios generales del derecho, normas autónomas de DIPR de cada país, etc.; aunque lo que interesa saber es cómo se llega a aplicar el derecho extranjero.

A fin de obtener una mejor comprensión, hay que considerar que una de las características del DIPR es la exclusividad, la cual implica que los tribunales, jueces y autoridades administrativas de un Estado determinado aplican -exclusivamente- las normas de DIPR de su Estado y no las normas de DIPR de otro Estado. De aquello nace precisamente la interrogante, ¿pueden aplicar normas extranjeras?

En esta lógica, ¿qué debería aplicar el juez nacional en el sistema nacional? La respuesta es que debe aplicar normas de DIPR ecuatoriano, salvo que las normas de DIPR internas se remitan a una norma convencional, a una norma de otro país o si las partes pactaron un derecho extranjero. En síntesis, el derecho foráneo se puede emplear cuando las normas jurídicas aplicables a una relación privada internacional se determinan por los tratados internacionales; segundo, por disposición normativa conflictual, es decir, cuando las normas indirectas locales, bilaterales o multilaterales, indican su aplicación; y, por último, por autonomía de la voluntad²⁷.

²⁵ Leandro Baltar y Luciana Scotti, “La Aplicación del Derecho Extranjero, La Cláusula de Excepción y el Reenvío Internacional Privado Argentino: Un Trinomio Pragmático”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* n.º 36 (2018): 1-29.10, doi: 10.17103/reei.36.13

²⁶ Ver, Adriana Dreyzin de Klor, “Las disposiciones generales de Derecho Internacional Privado en el Código Civil y Comercial”, *Revista Código Civil y Comercial* n.º 08 (2017), 5.

²⁷ La prelación de normas de DIPR se contienen en capítulos especializados dentro de los Códigos Civiles de Argentina y Perú o en la ley especializada de DIPR en Venezuela. El Ecuador no posee una disposición positiva de las fuentes aplicables a relaciones de DIPR, aunque bien podría usarse la prelación constitucional.

Ahora bien, como se ha dejado en claro en líneas anteriores, el derecho extranjero se aplica para resolver la situación privada internacional en tanto es designado por la norma de conflicto o porque las partes pactaron un derecho aplicable. Por esta razón, es preciso destacar qué son las normas indirectas.

Estas normas guardan relación con la metodología denominada conflictual o de atribución y son aquellas que si bien no brindan una solución al conflicto como tal, remiten a un derecho o una ley aplicable que puede ser nacional o extranjera, es decir, conectan la situación de hecho con un ordenamiento jurídico, ya sea del mismo país o del exterior²⁸. En concreto, son normas que no resuelven la situación, pero actúan como una suerte de *link* o enchufe porque conectan la situación privada internacional con un derecho para su resolución.

El derecho extranjero señalado por la norma de conflicto, puede ser el derecho aplicable para resolver una situación privada internacional. No obstante, algunas veces puede ocurrir que esta norma de colisión conecte con un ordenamiento jurídico que no goza de una vinculación estrecha o razonable con el caso a resolver. Esta realidad nos lleva al concepto de las denominadas -válvulas de escape o cláusula de excepción-, que en síntesis, son aquellas normas que advierten al juez del foro que esa ley extranjera señalada por la norma de conflicto no es útil para resolver el caso por el hecho de que no tiene una vinculación real, razonable o suficiente con el supuesto de hecho, entonces el juzgador o la autoridad deberán dirigirse al ordenamiento jurídico donde la situación si mantenga un lazo más estrecho.

Lo planteado aquí sobre las válvulas de escape se convierte en una solución que, a criterio de Leonardo Baltar y Luciana Scotti, tiene dos características: ser excepcional y además flexible en pro de buscar una verdadera justicia cuando el derecho aplicable que en este caso es el extranjero, no tenga una proximidad determinante con la categoría jurídica que se pretende resolver.²⁹ En el derecho comparado, un ejemplo de cláusula de excepción se encuentra en la legislación Suiza³⁰ y la denominan *exception clause*.

En Argentina, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación también lo establece, sin embargo, la norma ha sido fuertemente criticada ya que la doctrina expresa que esto se configura como un arma de doble filo, debido a que los jueces la pueden utilizar de una forma errónea o mal intencionada con el propósito de no aplicar el derecho

²⁸ Ver, Scotti, *Manual de Derecho Internacional Privado*, 42

²⁹ Ver, Leandro Baltar y Luciana Scotti, "La Aplicación del Derecho Extranjero", 18.

³⁰ Artículo 15, Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza, (n-d), 18 de diciembre de 1987.

extranjero y de manera preferencial aplicar el derecho local. La mayoría de los autores expresan que los juzgadores deben tener constantemente presente la característica de excepcionalidad para no incurrir en decisiones injustas que acarreen inseguridad jurídica³¹.

Se puntualiza que en la legislación ecuatoriana no existe una norma que se asemeje o regule esta institución jurídica de DIPR.

5.3. Límites al derecho extranjero.

A pesar de ser el derecho extranjero designado por la norma de conflicto o porque las partes así lo pactaron, existen varias circunstancias que pueden conducir a que no sea aplicado. Esta situación se presenta cuando el derecho extranjero puede llegar a ser nocivo para los valores y principios del foro del juez. En ese sentido, tendrá la autoridad que evaluar o considerar ciertas situaciones antes de aplicar el derecho extranjero o sencillamente se verá prohibido de actuar. Al respecto el tema de orden público internacional o el de las leyes de policía³² muestran esta particular proscripción.

Para entender la idea antes señalada, es importante comprender que, si ya se determinó que al caso privado internacional se debe aplicar un derecho extranjero, también “hay ciertos límites (...) que impiden o recortan esa posibilidad”³³. Cabe señalar que son varios los límites que se han establecido, pero con el objeto de ser concisos, se enuncian aquellos que se presentan con mayor frecuencia.

El primer impedimento de la aplicación del derecho extranjero es el orden público. Este es un concepto indeterminado, difícil de definir, pues su sentido y noción varía en el espacio y tiempo por la política legislativa de cada país, ya que el orden público se liga a ideas morales, jurídicas, políticas y sociales; de lo que resulta que sea el obstáculo perfecto para inaplicar derecho extranjero cuando sea contrario al espíritu de la legislación.

Sobre la base de los principios de personalidad y de extraterritorialidad, el Código de Sánchez Bustamante³⁴ establece la clasificación del orden público y lo divide en orden público interno, internacional y privado. Lo mencionado es importante debido a que estas disposiciones generales vigentes prevalecen entre los países que han ratificado este

³¹ Ver, Leandro Baltar y Luciana Scotti, “La Aplicación del Derecho Extranjero”, 20-21.

³² Conocidas también como normas imperativas, de aplicación inmediata o extensión.

³³ Juan Larrea Holguín, *Derecho Internacional Privado*, Ed. 3ra (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1986), 140.

³⁴ Artículo 3, Código de Sánchez Bustamante.

instrumento internacional, entre ellos Ecuador. Por ende, el juez tendrá que evaluar si las normas extranjeras invocadas no son manifiestamente contrarias a los valores y principios del ordenamiento jurídico ecuatoriano. El orden público también se encuentra en el artículo 5 de la CIDIP II.

Otro de los límites para evitar la aplicación del derecho extranjero es el fraude de ley. Según Luciana Scotti:

En virtud del fraude a la ley, el magistrado se encuentra inhibido de aplicar el derecho foráneo porque las partes han modificado los puntos de conexión o la naturaleza de los derechos con la intención de sustraerse a las disposiciones imperativas aplicables para regir una relación jurídica.³⁵

Tal como lo establece la autora, esta institución no permite al juez aplicar derecho extranjero porque considera que existe una manipulación de los puntos de conexión con la finalidad de obtener un beneficio o algo que esté prohibido por la ley del foro, por ejemplo, los cambios de la nacionalidad para divorciarse cuando la ley del foro no lo acepta.

El fraude de ley se encuentra regulado en la CIDIP II al disponer, “No se aplicará como derecho extranjero, el derecho de un Estado Parte, cuando artificiosamente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado Parte”³⁶. De esto se deduce que el Estado receptor será quien decida si se aplica o no el derecho extranjero, y si se estima que existe el fraude de ley, la consecuencia es que no se aplicará el derecho foráneo entre los países miembro. Se recuerda que esta convención ha sido firmada y ratificada por el Ecuador.

La institución inexistente es otra excepción a la aplicación del derecho extraño y se presenta cuando en la legislación del país A, se desconoce una figura que sí existe en el país B³⁷. Este límite se encuentra regulado en la CIDIP II³⁸. En el Ecuador un ejemplo reciente es que antes del 2019 no se contemplaba la institución del matrimonio igualitario.

Sobre los derechos válidamente adquiridos en el extranjero, la CIDIP II³⁹ que fue ratificada por el Ecuador establece que "Las situaciones jurídicas creadas en un Estado Parte (...) serán reconocidas en los demás Estado Partes, siempre que no sean contrarias a los principios de su orden público". En virtud de esta norma, si no se determina que

³⁵ Scotti, *Manual de Derecho Internacional Privado*, 63.

³⁶ Artículo 6, Convención Interamericana sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado.

³⁷ Scotti, *Manual de Derecho Internacional Privado*, 80.

³⁸ Artículo 3, Convención Interamericana sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado.

³⁹ Artículo 7, Convención Interamericana sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado

existe una vulneración a los principios del ordenamiento jurídico ecuatoriano, el juez debe garantizar los derechos sin ningún impedimento.

Como último ejemplo está la cuestión previa. La cuestión preliminar es un problema accesorio o secundario que se deriva de la cuestión principal, pero que necesita de manera urgente ser resuelta antes de la litis principal; por consiguiente, de la resolución de la cuestión previa “(...) depende la solución del punto principal de la controversia”⁴⁰. Esta institución al igual que el ejemplo anterior se encuentra regulada en la CIDIP II.

Para terminar, la limitada jurisprudencia ecuatoriana ha negado la existencia de la figura del reenvío cuando textualmente la sentencia de la primera sala de lo Civil y Mercantil dice “(...) Por no contemplar nuestra legislación el reenvío internacional”⁴¹.

6. Interpretación y aplicación del derecho extranjero.

6.1. Calidad o naturaleza del derecho extranjero.

Ahora, se requiere presentar las diversas posturas que recogen su naturaleza y calidad jurídica, porque, debido a esto su aplicación se puede dar de oficio o a petición de parte. La naturaleza jurídica se refiere a determinar si es que el derecho extranjero es un -hecho- o un -derecho-.

6.1.1. Teorías realistas: derecho extranjero como hecho.

Estas teorías consideran al derecho extranjero como un mero hecho. La primera, es la denominada -*comitas gentium*- o -cortesía internacional-, la cual tiene sus inicios en la escuela estatutaria flamenco-holandesa del siglo XVII.

El pensamiento original de esta escuela proclamaba como centro de todo, la idea jurídica del territorialismo de la ley y la soberanía estatal⁴², la cual estableció que los Estados no pueden regir con sus leyes sobre el territorio de otro país. Sin embargo, la concepción de extraterritorialidad de los estatutos personales y mixtos, de la cual era partidario Pablo Voet, “(...) dejaba a la libre voluntad de los Estados aplicar un estatuto extranjero”⁴³. Esto es así ya que Voet instauró el pensamiento *per comitaten*, que quiere

⁴⁰ Larrea Holguín, *Derecho Internacional Privado*, Ed. 3era, 143.

⁴¹ Teresa García Franco c. Societta italiana per Condotte d. Acqua Spa, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Expediente de Casación, 29 de junio de 2000, párr.10.

⁴² Ver, Brenner Fabián Díaz, Dayton Francisco Farfán y María Esther González, “Referentes históricos sobre algunas doctrinas del sistema de derecho internacional privado”, *Revista San Gregorio* n.º 33 (2019):147-157.5, doi: <http://dx.doi.org/10.36097/rsan.v1i33> .

⁴³ *Id.*, 6.

decir que solo por la cortesía internacional existente entre países, se puede aplicar derecho foráneo en otro país.

El autor Ulrich Huber, apoyó la tesis de que la aplicación del derecho extranjero puede ser extraterritorial siempre y cuando sea “(...) por acto de cortesía (comitas gentium), de benevolencia, por la utilidad que recíprocamente puedan encontrar en él”⁴⁴, para la regulación de la relación jurídico-privada internacional. No obstante, Juan Voet, sucesor de Pablo Voet, afirmó que la cortesía internacional no genera una obligación para los Estados de aplicar una ley extranjera, esta aplicación solo se da y se puede conceder por soberana voluntad⁴⁵.

En la misma línea, Story y Foelix, bajo la idea de extraterritorialidad de la ley derivada de la cortesía internacional, asimilaron al derecho extranjero como un hecho. Expusieron las consecuencias procesales, siendo la más importante que ese derecho debe ser alegado y probado por las partes, además de no ser susceptible de recursos previstos contra los errores de derecho⁴⁶.

Otra teoría es aquella creada por Werner Goldschmidt. La famosa teoría del -uso jurídico- formula lo siguiente:

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 país⁴⁷.

En definitiva, los jueces deben de aplicar el derecho extranjero una vez que lo hayan interpretado, analizado y comprendido de la misma manera que el juez del país cuyo derecho se pretende aplicar lo haría. Lo que es lo mismo, que el juez del país A debe ponerse en los zapatos del juez del país B; es decir, el juez del país A tiene que interpretar y aplicar con la mayor probabilidad posible las normas jurídicas de DIPR del país B, que es el derecho que se declaró aplicable por la norma de conflicto, de manera idéntica lo haría el juez del país B.

Asimismo, una relación jurídica pertenece al plano internacional privado por la presencia del elemento extranjero, el cual merece respeto y la manera de hacerlo es

⁴⁴ Scotti, *Manual de Derecho Internacional Privado*, 51.

⁴⁵ Ver, Brenner Fabián Díaz, Dayton Francisco Farfán y María Esther González, “Referentes históricos”, 5-6.

⁴⁶ Ver, Eduardo Tellechea Bergman, “Aplicación e información del derecho extranjero en el ámbito interamericano, regional y en el Uruguay”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión* n.º 3 (2014): 35-58.2, doi: <https://doi.org/10.16890/rstpr.a2.n3.35>

⁴⁷ Goldschmidt, *Derecho Internacional Privado*, 169.

aplicando derecho extranjero. Porcelli dice que, si se otorga un tratamiento respetuoso al derecho extranjero, cómo es posible que Goldschmidt lo considere como un hecho, pues la autora expresa que esto significa ir contra de la lógica de la teoría⁴⁸.

Goldschmidt recalca de manera enérgica la disociación entre la naturaleza de derecho extranjero y el sometimiento al principio dispositivo⁴⁹, pues para él “(...) la naturaleza del derecho extranjero no prejuzga la que concierne a su prueba en el proceso”⁵⁰. El contenido de este derecho puede ser conocido por el juez como un -hecho notorio o máxima experiencia- y en esa medida puede ser aplicado bajo el principio oficioso. Principalmente alegaba que un hecho notorio no es algo que todas las personas conocen, pero si es un hecho que se puede investigar de manera fehaciente⁵¹.

Sin embargo, autoras como Biocca y Porcelli, debaten este argumento del hecho notorio pues mencionan que la notoriedad es un aspecto subjetivo, ya que un hecho o acontecimiento puede ser notado, pero no conocido a fondo⁵². Con respecto a este punto, tiempo atrás era difícil concebir que el cometido del juez era investigar los hechos y el derecho de todos los países del mundo, pero hoy en día, las comunicaciones permiten en cuestión de minutos obtener información de todo tipo, incluso la jurídica; por lo cual, el juez puede contar con la máxima experiencia sobre derecho extranjero para aplicarlo de oficio.

6.1.2. Teorías jurídicas: derecho extranjero como derecho.

Nacen en Inglaterra y Estados Unidos y reconocen la naturaleza del derecho extranjero como un derecho. De la teoría de la -nacionalización- o -incorporación- del derecho extranjero al derecho nacional, provienen varias corrientes. Primero, la teoría de los derechos válidamente adquiridos, cuyos exponentes fueron Dicey y Beale pertenecientes a la escuela angloamericana. La teoría explica por qué el derecho foráneo se puede aplicar con soberanía absoluta en otro país. Los autores sostuvieron que el juez no aplica derecho extranjero, sino que, respeta los derechos adquiridos en vigencia y aplicación de éste⁵³, realizando la división del derecho extranjero objetivo y subjetivo⁵⁴.

⁴⁸ Ver, Margarita Porcelli, “Análisis de la Aplicación”, 9.

⁴⁹ Ver, Goldschmidt, *Derecho Internacional Privado*, 177.

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ Ver, *Id.*

⁵² Ver, Margarita Porcelli, “Análisis de la Aplicación”, 9.

⁵³ Ver, Cecilia Fresnedo, “Capítulo 6: Aspectos generales”, 263.

⁵⁴ Derecho extranjero objetivo son normas jurídicas extranjeras y el subjetivo son los derechos que se adquieren en virtud de la aplicación de la norma extranjera. Ver, *Id.*

A partir de esto nacieron dos tendencias, la incorporación legislativa de los derechos subjetivos y la incorporación judicial del derecho objetivo. Con respecto a la primera, según Beale y acogido por Mónica Rodríguez, reconocer derechos adquiridos en el foro del juez que debe resolver la causa requiere asegurar que se adquirieron por la aplicación de una ley competente, válida y vigente, ya que solo en ese supuesto producen efectos extraterritoriales, además de que en el país donde se pretende hacerlos valer también debe existir una norma que los reconozca, esto solo se produce cuando se incorpora el derecho subjetivo extranjero⁵⁵.

La segunda tendencia es la incorporación judicial del derecho objetivo y a pesar de que su nombre lo enunciaba, Lorenzen decía que no existe una incorporación como tal. No se aplica el ordenamiento jurídico ajeno, al contrario, el derecho subjetivo válidamente adquirido en otro Estado es el que sirve de molde para que el juez en su foro recree un nuevo derecho, pero semejante al local⁵⁶. Estas dos posiciones son las teorías llamadas de incorporación y recreación del derecho las cuales son variantes de la teoría del derecho propio, que fueron ya explicadas antes.

La segunda teoría es la de -extranjería-, la cual se fundó sobre el pensamiento de Savigny de la comunidad jurídica, originada por la reiterada y habitual comunicación entre pueblos y comunidades que al poseer convicciones y comportamientos equivalentes han alcanzado los escalones de civilización. Respecto de este argumento, Porcelli manifiesta que “el Derecho extranjero no pierde su naturaleza normativa por la circunstancia de la extraterritorialidad, (...) se aplica como Derecho y como extranjero, sin pasar por ningún proceso previo de nacionalización, incorporación o apropiación”⁵⁷, lo que es lo mismo, si el derecho extranjero no pierde su naturaleza de derecho debe ser aplicado de oficio.

6.2. Aplicación del derecho extranjero.

Cuando la norma de conflicto manda que la controversia internacional se resuelva con derecho extranjero surge el principal problema que aquí se pretende resolver, saber cómo se aplica el ordenamiento jurídico vigente de otro país. De esta circunstancia se suscita el debate de temática procesal, es decir, entender cómo las partes y el juez tienen

⁵⁵ Ver, Mónica Rodríguez, “Algunos problemas sobre la aplicación del Derecho Extranjero en el Nuevo Código Civil y Comercial Argentino: El tratamiento de las cuestiones propias del Derecho Internacional Privado”, *Revista Pensar en Derecho* n.º 8 (2016): 207-242.9. Acceso el 10 de marzo de 2021. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revista-8.php>

⁵⁶ Ver, *Id.*, 9.

⁵⁷ Margarita Porcelli, “Análisis de la Aplicación”, 11.

que proceder, pues el escenario que aparece es que el juzgador aplique el derecho extranjero de oficio o a pedido de la parte interesada.

6.2.1. Aplicación *ex petita* parte.

Postura acogida entre los que se inclinan por las teorías que consideran al derecho extranjero como una cuestión fáctica. En principio, fundan su posición en la cortesía internacional y por tanto no genera una obligación para jueces y tribunales de investigar y aplicar el derecho extranjero de oficio⁵⁸. Esta tendencia tiene como secuela procesal, que la carga probatoria del derecho extranjero recae netamente en las partes, es decir, que tienen que traerlo al litigio y probar su contenido y vigencia. El juez sólo lo aplicará en la medida que lo aleguen. Además, consideran que el principio *iura novit curia* no tiene posibilidad de ser aplicado⁵⁹.

El pedido por la parte interesada de que el juez aplique el derecho extranjero es una conducta que en la práctica judicial se da constantemente, pues la actitud de la mayor parte de los jueces frente a esta circunstancia es que la prueba de este derecho “(...) solo puede ser realizada por las partes y nunca el juez debe intervenir (...)”⁶⁰. Las justificaciones de este proceder son muy variadas y de escasa índole jurídica, provocando que tanto operadores de justicia como los mismos defensores, desistan de la aplicación del derecho extranjero y se termina por aplicar el derecho del foro⁶¹.

6.2.2. Aplicación *ex officio*: ¿facultad o deber del juez?

Como contrapartida a lo anterior, esta posición tiene sus cimientos en las teorías que alientan que el derecho extranjero es una cuestión jurídica, pues como han dejado claro varios autores, este derecho no pierde su calidad normativa al trascender los límites del país que lo promulgó. La conclusión de esta concepción es que, dentro del proceso, cuando la norma de conflicto remita al derecho extranjero, el juez tiene que investigar su contenido para aplicarlo de oficio cuando las partes no lo han alegado y acreditado⁶².

⁵⁸ Ver, Mónica Rodríguez, “Algunos problemas sobre la aplicación del Derecho Extranjero”, 6-7.

⁵⁹ Ver, Johann Manrique García, “La prueba de la ley extranjera en Colombia: Análisis Comparado”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional* n.º 20 (2012): 51-74.10. Acceso el 12 de marzo de 2021. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/13721>

⁶⁰ Luis Calvo Caravaca, “Aplicación Judicial del Derecho Extranjero en España. Consideraciones Críticas”, *Revista Española de Derecho Internacional* vol. 68 n.º 2 (2016): 133-156.4, doi: <http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.2.2016.1.04>

⁶¹ Ver, *Id.*,4.

⁶² Ver, Elisabet Cerrato, “El problema de la carga de la prueba del derecho extranjero”, *Justicia. Revista Derecho Procesal* n.º 11 (2011): 97-114.7. Acceso el 13 de marzo de 2021. <https://ebookcentral-proquest-com.ezbiblio.usfq.edu.ec/lib/bibusfqsp/reader.action?docID=3199454&ppg=1#>

Es conveniente hacer notar que en el sistema del *Civil Law*, impera la idea de que la necesidad de probar el contenido, vigencia y validez del derecho extranjero le corresponde al juez⁶³, ya que según el aforismo *iura novit curia* que aquí tiene una especial relevancia, hace que tenga facultades procesales más amplias para investigar y llegar a tener conocimiento del derecho extranjero.

El alcance e interpretación del principio *iura novit curia*, permite tener al juzgador un papel más activo en el deber de búsqueda para averiguar y verificar el derecho extraño, aunque las partes no digan nada al respecto, pero, el argumento en oposición a tal principio y el cual es aceptado por varios autores, es que no se puede demandar al juez la misión inabordable de conocer todos los derechos presentes en todos los países del mundo⁶⁴. En conclusión, la aplicación *ex officio* del derecho extranjero es una obligación procesal del juzgador y tendrá que aplicarlo si es que las partes no lo han invocado o si habiéndolo realizado el juez considera que no pudieron acreditarlo de manera suficiente.

6.2.3. Aplicación intermedia.

En este sistema, la diligencia de la prueba del derecho extranjero es una cuestión que no corresponde realizar enteramente a las partes, al contrario, es una tarea compartida con el juez. Dentro de esta posición mixta, el juzgador aplica de forma oficiosa el derecho ajeno; pero, con la posibilidad de que los litigantes que pretenden hacer valer sus derechos mediante la aplicación del derecho extranjero, puedan ayudar al juez en su búsqueda e investigación, con el propósito de lograr la solución más adecuada para la situación internacional privada⁶⁵.

Elisabet Cerrato, propone que esta aplicación es *tertium genus*, que quiere decir un sistema híbrido pues “(...) el tratamiento procesal del derecho extranjero se asemejará al del derecho, mientras que, para otros, al de los hechos”⁶⁶. Se dice entonces que el derecho extranjero se encuentra en la consideración de ser entre hecho notorio y a la vez derecho, y al ser hecho notorio, “(...) recibe el mismo tratamiento procesal que las normas

⁶³ Ver, Johann Manrique García, “La prueba de la ley extranjera en Colombia”,5.

⁶⁴ Ver, Elisabet Cerrato, El problema de la carga de la prueba del derecho extranjero”,6.

⁶⁵ Ver, Elisabet Cerrato, “La prueba del derecho extranjero: un tema que sigue sin resolverse”, *Justicia. Revista Derecho Procesal* n.º 1 (2016): 303-334.8. Acceso el 16 de marzo de 2021. https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/prueba-derecho-extranjero-problema-667464921?_ga=2.43538338.685897994.1616261656-1934839524.1612656327

⁶⁶ Elisabet Cerrato, El problema de la carga de la prueba del derecho extranjero”,13.

jurídicas”⁶⁷ aplicándose de oficio; pero con la eventualidad de que el juez no deja de pedir apoyo a las partes, siendo un asunto de asistencia mutua entre juzgadores y litigantes.

Porcelli por su parte menciona, que en la aplicación intermedia del derecho extranjero el juez tiene el deber de aplicar de oficio el derecho foráneo, pero solamente si conoce tales normas, caso contrario debe pedir colaboración a las partes y si no lo hacen de forma idónea o suficiente, tendrá que valerse de otros medios para conocerlo⁶⁸.

7. El derecho extranjero en la legislación ecuatoriana.

7.1. Regulación interna.

El derogado Código de Procedimiento Civil, en cuanto a la práctica judicial de la prueba, establecía que el derecho extranjero tenía que ser necesariamente alegado y probado por las partes, debido a que el cuerpo normativo en mención lo consideraba como una cuestión fáctica. De esto se interpreta que la intención del legislador, al igual que la mayoría de las legislaciones en América del Sur, optó por acoger la teoría que asimila al derecho extranjero como un hecho.

En la actualidad, dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano no existe ninguna regla o norma expresa que prohíba la aplicación del derecho extranjero. El régimen jurídico sobre la prueba de este derecho se establece en el artículo 162 del COGEP y reza lo siguiente:

Necesidad de la prueba. Deben probarse todos los hechos alegados por las partes, salvo los que no lo requieran. La parte que invoque la aplicación del derecho extranjero o disienta de ella presentará la certificación del agente diplomático sobre la autenticidad y vigencia de la ley. A falta de agente diplomático, la parte podrá solicitar a la o al juzgador que requiera al Estado de cuya legislación se trate que certifique por la vía diplomática la autenticidad y vigencia de la ley. La o el juzgador no podrá aplicar como prueba su conocimiento propio sobre los hechos o circunstancias controvertidos.

De la lectura literal del artículo se desprende que la norma ecuatoriana le continúa otorgando al derecho extranjero la naturaleza de cuestión fáctica, prescripción legal que se mantiene desde la antigua jurisprudencia y el Código de Procedimiento Civil, y adicionalmente sobre el tratamiento procesal, se infiere que la carga probatoria es de iniciativa de las partes ya que el COGEP se funda sobre el sistema dispositivo. Frente a este supuesto, la conclusión que se deduce es que, si los litigantes no alegan o invocan el derecho extranjero, el juez ecuatoriano no debe ni tiene obligación alguna de aplicarlo.

⁶⁷ Margarita Porcelli, “Análisis de la Aplicación”,14.

⁶⁸ Ver, Margarita Porcelli, “Análisis de la Aplicación”,15.

En este punto, se tiene que mencionar cuál fue la voluntad del legislador acerca de esta regulación. Sobre la base de los principios de oralidad que rigen los procesos y el principio dispositivo, al respecto mencionó que:

[...] el trámite para probar el derecho extranjero, se modifica con el objeto de generar un flujo más directo y oportuno, por lo cual se establece que la parte actora que invoque la aplicación del derecho extranjero o disienta de ella podrá solicitar a la o el juez que solicite por la vía diplomática que el Estado, de cuya legislación se trate, proporcione un informe sobre el texto, vigencia y sentido del derecho aplicable⁶⁹

De lo expuesto en líneas anteriores, queda claro que el derecho extranjero se tiene que probar, que la norma también establece la forma de cómo se prueba y que el artículo llega hasta el punto de especificar que no se puede aplicar el principio *iura novit curia*, cuando textualmente se lee que el “juzgador no podrá aplicar como prueba su conocimiento propio sobre los hechos o circunstancias controvertidos”.

Ahora bien, si se quiere determinar realmente cómo se aplica el derecho extranjero en Ecuador, es menester tomar en cuenta la jurisprudencia de la ex Corte Suprema de Justicia⁷⁰ del año 2004, en relación con el alcance y aplicación del principio *iura novit curia*. Además, en orden de importancia es primordial advertir y dejar en claro la evidente carencia de desarrollo doctrinario y jurisprudencial ecuatoriano respecto a este aspecto del DIPR.

En lo referente al principio *iura novit curia*, que significa que el juez conoce el derecho, los jueces de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia se pronunciaron en el sentido que no rige, ni tiene fuerza vinculante cuando de derecho extranjero se trata, por lo tanto, como no se presume el conocimiento de la ley extranjera quien requiera que se aplique tiene que invocarla. Esta sentencia se consagra como una de las pocas referencias que en Ecuador se tiene sobre la aplicación del derecho extranjero. Aquí un extracto de la sentencia:

[...] ya que son inexistentes las posibilidades reales de conocimiento del derecho extranjero por parte de los jueces, y el conocimiento personal que, del derecho extranjero pueda tener el juzgador no le permite aplicarlo en un determinado caso en que el mismo no haya sido invocado, o aunque habiéndolo sido no se lo haya probado, ya que no es un hecho notorio, mientras que, en tratándose del derecho positivo nacional, el juzgador ha de suplir las omisiones en derecho en que incurran las partes (y ha de subsanar los errores que ellas cometan, salvo que se refieran a la fundamentación de la pretensión) [...] ⁷¹.

⁶⁹ Comisión de Justicia y estructura del Estado 2014, “Informe para el primer debate proyecto código orgánico general de procesos”, acceso el 19 de marzo de 2021, https://observatoriolegislativo.ec/legislacion/proyectos-de-ley/proyecto-de-ley-reformatoria-al-codigo-organico-general-de-procesos-tr-274068_72830

⁷⁰ En la actualidad es la Corte Nacional de Justicia.

⁷¹ Roemmers S.A. y Scandinavia Pharma Ltda. c. Deutsche Pharma Ecuatoriana S.A., Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Expediente de Casación, 23 de agosto del 2004, párr.9.

Lo dictaminado en el fallo, correspondiente a la imposibilidad fáctica y práctica de conocer el derecho extranjero por parte del juez, se equipará con los argumentos que varios autores en la doctrina secundan para que opere la alegación del derecho extranjero por parte del sujeto procesal, al considerarlo como un hecho. Sin embargo, para muchos otros juristas, justificar la inaplicación del derecho extranjero sobre ese argumento de ignorar su conocimiento o de entenderlo mal, incurre en denegación de justicia, provocando que también se vulnere el principio de obligatoriedad de administrar justicia⁷².

No se puede dejar de enunciar, que el principio *iura novit curia* se encuentra reconocido en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁷³, como principio procesal. Se debe recordar que la justicia constitucional es autónoma de la justicia ordinaria tradicional, sin embargo, cuando se trata de un Estado Constitucional de Derechos, todos los jueces también deberían considerar y observar estas normas constitucionales.

Finalmente, el criterio emitido por la ex Corte Suprema, el cual explícitamente considera al derecho extranjero como una cuestión de prueba por la parte interesada, trae como consecuencia que el juez no pueda corregir las omisiones o errores en las que incurran las partes cuando se trate de derecho extranjero, ya que la ley extranjera no es un derecho sino un hecho. Esto es así según el artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial⁷⁴ y el COGEP, donde se establece que “el juzgador debe corregir las omisiones o errores de -derecho- en que hayan incurrido las personas que intervienen en el proceso” [...] ⁷⁵.

7.2. Regulación convencional.

El Ecuador ha suscrito y ratificado diversos instrumentos internacionales de la materia de DIPR, tal es el caso de las convenciones interamericanas de DIPR- CIDIPS-⁷⁶, que permiten la armonización y unificación de normas para el manejo y solución de

⁷² Ver, Gerardo Monroy Cabra, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Ed. 5ta (Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1999), 282.

⁷³ Artículo 4, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC], R.O. Suplemento 52, 22 de octubre de 2009, reformada por última vez el 3 de febrero de 2020.

⁷⁴ Código Orgánico de la Función Judicial [COFJ], R.O. Suplemento 544, 9 de marzo de 2009, reformado por última vez el 8 de diciembre del 2020.

⁷⁵ Artículo 191, COGEP.

⁷⁶ Proviene de las Conferencias Internacionales Especializadas de Derecho Internacional Privado en las cuales el Ecuador ha participado activamente.

las relaciones privadas internacionales, pues hay que recordar que su origen es manifiestamente del acuerdo entre los diferentes Estados⁷⁷.

Dentro de este marco, lo que interesa es la ratificación por parte del Ecuador de la CIDIP II, que tiene como objetivo el establecimiento de “normas de tipo general para la aplicación de las reglas de conflicto”⁷⁸, lo que tiene relación directa y particular con el tema de derecho aplicable, sobre todo porque regula la aplicación del derecho extranjero. Se entiende que, al adherirse, Ecuador aceptó de forma expresa “la primacía del derecho internacional sobre las normas de derecho internacional privado que resulten de fuente interna”⁷⁹ e igualmente la aceptación del principio de aplicación de oficio del derecho extranjero:

El artículo 2 de la CIDIP II manda lo siguiente:

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.

En definitiva, se interpreta que es una obligación de los jueces aplicar el derecho extranjero de forma oficiosa; pero, sin dejar de lado el hecho de que las partes procesales también pueden alegar y probar por los mecanismos respectivos⁸⁰ el contenido de la ley extranjera invocada. De forma vehemente, es preciso hacer hincapié que el -perjuicio- al que se refiere la norma, no quita el deber de aplicación de oficio por parte del juzgador del derecho extranjero. El juez tiene que aplicar de oficio, pero más allá de que aplique, las partes pueden ayudar o el juez podría preguntar y solicitar a las partes.

Paralelamente, el Código de Sánchez Bustamante⁸¹, establece la misma obligatoriedad de los jueces de cada Estado contratante a aplicar derecho extranjero de oficio. Esto quiere decir que ambos instrumentos internacionales consideran al derecho foráneo como un -derecho vigente-, por ende, tiene que ser aplicado *ex officio* más allá de cuál sea la actitud de las partes en juicio.

7.3. Prelación normativa: prevalencia de los tratados internacionales.

⁷⁷ Ver, Abelardo Posso, *Manual de Derecho Internacional Privado y Comunitario*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015), 31, acceso el 22 de marzo de 2021, <https://elibro-net.ezbiblio.usfq.edu.ec/es/ereader/usfq/115040?page=31>

⁷⁸ Departamento de Derecho Internacional Privado, Organización de Estados Americanos 2014, “Resumen CIDIP II”, acceso el 24 de marzo de 2021, http://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-II-normasgenerales_sumario.htm

⁷⁹ *Id.*

⁸⁰ Artículos 3,4 y 5, Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero.

⁸¹ Artículo 408, Código de Sánchez Bustamante.

Según lo expuesto, en el Ecuador la institución jurídica del derecho extranjero y su aplicación se regula tanto por las normas internacionales que son el Código de Sánchez Bustamante y la CIDIP II, como por el COGEP que es uno de los códigos que recoge normas de DIPR locales debido al modelo de dispersión normativa. Al existir un indudable choque de normas convencionales y autónomas, el asunto que exige un urgente análisis apunta a qué norma debe primar, porque, no existe una discusión doctrinaria activa ni abundante, tampoco jurisprudencia reciente que ayude a despejar esta incógnita.

Bajo esta exposición, se persiste en el hecho de que el Ecuador carece de una ley o código especializado de DIPR, lo que básicamente quiere decir que, en el ámbito de esta materia no existe una norma positiva donde se establezca cuáles son sus fuentes de aplicación, por lo que, no hay duda de que se tiene que recurrir a lo normado por la Constitución de la República. De acuerdo con el artículo de la carta suprema que se refiere a la pirámide o rango jerárquico, las normas se aplican en el siguiente orden:

1. La Constitución; 2. los tratados y convenios internacionales; 3. las leyes orgánicas; 4. las leyes ordinarias; 5. las normas regionales y las ordenanzas distritales; 6. los decretos y reglamentos; 7. las ordenanzas; 8. los acuerdos y las resoluciones; 9. los demás actos y decisiones de los poderes públicos⁸².

Conforme varios artículos de la norma suprema⁸³, los instrumentos y tratados internacionales después de un control previo constitucional son parte del ordenamiento jurídico y pasan a ser de directa aplicación; sin embargo, se puede suscitar una inminente contraposición con las normas nacionales. En ese caso, qué deberá hacer el juez ecuatoriano, observar las normas convencionales o las autónomas y la respuesta lógica es que al no tener reglas específicas de las fuentes de DIPR, se debe hacer lo que manda la Constitución, es decir, aplicar primero las normas convencionales y después las internas.

Ahora, corresponde mencionar la relación entre los convenios internacionales y la ley nacional. La jurisprudencia de la ex Corte Suprema de Justicia se pronunció y expresó que la aplicación del derecho extranjero a una situación jurídica internacional, “(...) dependerá fundamentalmente de que el Ecuador y un país extranjero estén vinculados por un tratado que permita al juez ecuatoriano aplicar ese derecho”⁸⁴. Adicionalmente, como la parte actora fundó sus alegaciones en disposiciones de varios instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador – incluidas las convenciones interamericanas-, es

⁸² Artículo 425, Constitución de la República del Ecuador.

⁸³ Artículos 417, 419, 424, 438 Constitución de la República del Ecuador.

⁸⁴ Peñafiel Salgado c. Minton Slaymaker, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Expediente de Casación, 28 de enero de 2004, párr.15.

imperioso acotar que los jueces de la sala al resolver el caso examinaron lo establecido en el artículo 1 de la CIDIP II:

La determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con derecho extranjero se sujetará a lo establecido en esta Convención y demás convenciones internacionales suscritas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados parte. En defecto de norma internacional, los Estados parte aplicarán las reglas de conflicto de su derecho interno⁸⁵.

Es imprescindible tomar en consideración lo redactado en el último inciso de este artículo. De las palabras – en defecto-, se entiende que la convención se encuentra por encima de la ley interna de cada Estado parte y que solo de manera -subsidiaria-, el juez debe aplicar normas locales de DIPR cuando no medien tratados o instrumentos internacionales bilaterales o multilaterales. En definitiva, si a una situación privada internacional no se puede aplicar un tratado de DIPR que es una fuente convencional, se acude a la fuente autónoma, en este caso a las normas de DIPR ecuatorianas.

En concordancia con el principio de jerarquía normativa, los tratados internacionales prevalecen por sobre lo que establecen las leyes orgánicas y ordinarias. Entonces, si los instrumentos internacionales son de aplicación directa y se encuentran en un rango jerárquicamente igual al de la Constitución; el Código de Sánchez Bustamante y la CIDIP II que son fuentes convencionales, deben primar sobre la fuente autónoma ecuatoriana que es el COGEP. De forma específica, en la aplicación del derecho extranjero, un juez ecuatoriano debe aplicar el derecho foráneo de oficio siempre que se trate de ciudadanos y países miembros que han ratificado este instrumento.

Juan Larrea Holguín, sobre la exigencia de la prueba de la ley extranjera mencionó que, “(...) los tratados internacionales muchas veces procuran superar el concepto nacionalista del derecho y califican a toda ley como verdadera norma de derecho, que debe ser conocida por los jueces y aplicada sin necesidad de prueba”⁸⁶. Con esto se realiza la sustancial función que cumplen los instrumentos internacionales dado que son uno de los mecanismos para resolver situaciones privadas internacionales⁸⁷, que nacen por voluntad de los Estados y tienen vigencia en aquellos países que los han aceptado.

Actualmente en Ecuador, “[p]ese a la vigencia del principio de jerarquía normativa, los jueces aplican muy poco los instrumentos internacionales, más aún cuando

⁸⁵ Artículo 1, Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado.

⁸⁶ Juan Larrea Holguín, *Manual de Derecho Internacional Privado Ecuatoriano*, Ed. 6ta (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1998), 386, acceso el 23 de marzo de, <https://elibro-net.ezbiblio.usfq.edu.ec/es/ereader/usfq/116535>

⁸⁷ Ver, Abelardo Posso, *Manual de Derecho Internacional Privado y Comunitario*, 31.

no existe norma alguna que permita la aplicación de oficio de las reglas de derecho extranjero, tal y como ocurre en legislaciones de otros países de la región”⁸⁸.

8. Legislación comparada.

Se analiza la legislación colombiana que al igual que Ecuador posee un sistema disperso de DIPR y un código general del proceso. Adicionalmente, las normas de Argentina y Uruguay, países que después de un proceso de largos años, adoptaron los modelos de capítulo y ley especializada, donde realizaron notables reformas del sector del derecho aplicable⁸⁹. También la legislación española en la cual, aunque existe disparidad en su jurisprudencia, se considera que posee un sistema de aplicación intermedia.

8.1. Colombia.

La aplicación del derecho extranjero se encuentra regulada tanto en normas internacionales como locales. Este país ratificó la CIDIP II, que como se ha reiterado, manda la aplicación de oficio del derecho foráneo. El artículo 177 del Código General del Proceso⁹⁰, sobre la prueba del derecho extranjero establece que: “El texto (...) de las leyes extranjeras, se aducirá en copia al proceso, de oficio o a solicitud de parte (...)”, se entiende que la carga procesal no les compete exclusivamente a las partes, más bien, es una actividad procesal compartida.

La Corte Constitucional de Colombia, “considera que en el ordenamiento jurídico colombiano se consagra un sistema mixto de prueba del derecho extranjero”⁹¹. La Corte se pronunció en el sentido de “(...) que el derecho extranjero es investigado de oficio por la autoridad judicial, como si se tratara de su propio ordenamiento (...), –a la vez- acepta la colaboración de las partes para que estas puedan alegar y probar su existencia y contenido”⁹².

⁸⁸ Jaime Vintimilla Saldaña, “Capítulo 7: Sistemas de derecho aplicable de los Estados Sudamericanos”, *Manual de Derecho Internacional Privado*, sin publicar.

⁸⁹ Ver, Leandro Baltar y Luciana Scotti, “La Aplicación del Derecho Extranjero”, 3.

⁹⁰ Código General del Proceso, [COGEPRO], Diario Oficial 48.489, 12 de julio de 2012.

⁹¹ Hernando Sánchez, “Capítulo 3: La Aplicación y Prueba del Derecho Extranjero”, *Teoría General del derecho internacional privado*, ed. de L. García y A. Aljure (Bogotá: Legis Editores S.A., 2016), 95-122.113.

⁹² Sentencia SU768/14, Corte Constitucional Colombiana, de 16 de octubre de 2014, 47. Acceso el 2 de abril de 2021, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/SU768-14.htm>.

A criterio de la corte esto implica que, por el deber investigativo del juez, el derecho extranjero no es una mera cuestión de hecho, pero tampoco una cuestión estrictamente de derecho ya que permite la diligencia de las partes en su obtención⁹³. La corte también dictaminó que, este sistema mixto de cooperación mutua es una circunstancia de análisis -caso por caso-, por eso exige la observancia de tres criterios:

“[...] Relevancia: en un caso específico el derecho extranjero puede ser accesorio y en esa medida tiene sentido que la parte interesada lo demuestre. Por el contrario, cuando el examen del derecho extranjero es el tema céntrico y del cual depende el goce efectivo de los derechos, es obligación del juzgador impulsar de forma oficiosa la prueba del derecho extranjero en pro de velar por la primacía del derecho sustancial y la búsqueda de la verdad.

Calidad de las partes: el deber del juez disminuye si la persona natural o jurídica que es la parte procesal interesada en la prueba del derecho extranjero, tiene fácil accesibilidad a esa norma extraña. Ahora bien, si la parte es un sujeto de especial protección constitucional, con recursos financieros y profesionales limitados, el deber de oficio del juez obligatoriamente incrementa con el propósito de asegurar la vigencia de un orden justo y la prevalencia del derecho sustancial.

Disponibilidad de la norma: en adecuada observancia de principios procesales, las partes interesadas deben allegar desde un inicio la prueba del derecho extranjero que respalde su pretensión, - en mayor medida cuando el acceso de esa prueba es factible-, si no es así, el juez deberá ser activo en el deber investigativo del derecho extranjero y para eso tendrá que hacer uso de los canales diplomáticos a los que puede acudir por medio de la Cancillería y especialmente con ahínco si se trata de países en los que medie un convenio de cooperación [...]”⁹⁴.

La Corte establece que estos criterios permiten a el juzgador, en un caso concreto, determinar de forma fundada quién tiene la carga de la prueba en la obtención del derecho extranjero, sin dejar de lado la posible colaboración de las partes⁹⁵. En conclusión, Colombia ha elegido la teoría intermedia, derivada de su normativa interna y de la vinculante ratificación de los tratados internacionales, CIDIP II, que a criterio de la corte representan un esfuerzo regional para la regulación de aspectos de DIPR⁹⁶.

8.2. Argentina.

El derecho extranjero y su aplicación sufrió un cambio transcendental. El derogado Código Civil de Sarsfield⁹⁷ recogió la teoría realista⁹⁸. Ulteriormente, esta disposición fue objeto de debate en varios proyectos de reforma en los que se defendía la aplicación de oficio, pero nunca se llegaron a concretar⁹⁹.

⁹³ Ver, Sentencia SU768/14, Corte Constitucional Colombiana, de 16 de octubre de 2014,37.

⁹⁴ Ver, *Id.*, 54.

⁹⁵ Ver, *Id.*

⁹⁶ Ver, *Id.*, 32.

⁹⁷ Artículo 13, Código Civil de Vélez Sarsfield, [Derogado], Boletín Oficial, 25 de septiembre 1869. La aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este Código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes [...].

⁹⁸ Ver, Leandro Baltar y Luciana Scotti, “La Aplicación del Derecho Extranjero”,3.

⁹⁹ Ver, Scotti, *Manual de Derecho Internacional Privado*,52.

Posteriormente con la entrada en vigor en el año 2015 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, cuerpo normativo que recepta disposiciones generales del DIPR, la regulación de la antigua norma fue remplazada y el nuevo artículo contiene tres literales. Sin embargo, lo que aquí concierne es el literal -a- el cual manda que cuando a una situación ius-privatista resulta aplicable el derecho extranjero:

el juez establece su contenido, y está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada. Si el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido se aplica el derecho argentino¹⁰⁰.

La doctrina argentina sostiene que el legislador adoptó la -teoría del uso jurídico- y el principio de oficiosidad¹⁰¹, entonces, el juez debe “aplicar de oficio el derecho extranjero cuando así lo indicaren las normas indirectas del foro”¹⁰². El artículo se aparta de la idea realista y por respeto al país extranjero, el juez interpreta y aplica el derecho foráneo como el juez de ese país¹⁰³. Además, queda “permitido a las partes, en forma facultativa, lo que antes era una carga para ellas”¹⁰⁴, alegar y probar el derecho extranjero cuando el juez lo requiera, pero, si no han dicho nada es obligación del juzgador.

Sobre la última parte del artículo, varios autores reclaman una redacción ambigua. El juez deberá aplicar la ley nacional argentina -cuando no haya podido establecer el contenido de la ley extranjera-, pero no se entiende si la debe aplicar porque fue imposible para el juez investigar y conocer el derecho extraño o cuando a pesar de haberlo investigado ese derecho ajeno contiene vacíos legales¹⁰⁵.

Por otro lado, según la norma del Código Procesal Civil y Comercial la carga de la prueba en el proceso ordinario compete a las partes, no obstante, el último inciso menciona que “(...) si la ley extranjera invocada por algunas de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia y aplicarla (...) al litigio”¹⁰⁶. Se concluye que, aunque la carga de la prueba recae en las partes, actualmente es una facultad del juez

¹⁰⁰ Artículo 2595, Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, [CCCN], Boletín Oficial Suplemento 32.985, 8 de octubre de 2014.

¹⁰¹ Ver, Milton Feuillade, “Aplicación del derecho extranjero en el código civil y comercial, con especial referencia a los elementos culturales”, *Revista Prudentia Iuris* n.º 38 (2017): 169- 200. 3. Acceso el 28 de marzo de 2021. <https://erevistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA/article/view/977/940>

¹⁰² Scotti, *Manual de Derecho Internacional Privado*, 54.

¹⁰³ Ver, Mónica Rodríguez, “Algunos problemas sobre la aplicación del Derecho Extranjero” 13.

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ Ver, Margarita Porcelli, “Análisis de la Aplicación”, 19.

¹⁰⁶ Artículo 377, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, [CPN], Boletín Oficial, 7 de noviembre de 1967.

aplicar de oficio el derecho extranjero. Sin embargo, también se considera que se trata de la aplicación intermedia¹⁰⁷.

Por último, la CIDIP II es norma convencional vigente en Argentina y según varios autores el artículo 2 es el antecedente de lo regulado sobre el derecho extranjero en el nuevo CCCN¹⁰⁸. Adicionalmente, acerca de las fuentes del DIPR y la jerarquía normativa, se expresa que no existe un avance sino una simple repetición de lo establecido por la jurisprudencia y la misma Constitución, ya que el artículo 2594 de CCCN dice que “ante la falta de norma convencional específicamente aplicable a la cuestión, corresponde la utilización de la ley que determine la norma de conflicto argentina”.

8.3. Uruguay.

En noviembre del año 2020 Uruguay aprobó la ley general de Derecho Internacional Privado¹⁰⁹. En el primer capítulo se encuentran las disposiciones generales de la materia. Primero, se establece el sistema de fuentes de DIPR, el artículo dispone que las relaciones referidas a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos se regularán en primer lugar, con las convenciones internacionales y de no ser así, de forma subsidiaria, se regularán por las normas de la ley especializada y las normas internas uruguayas de DIPR.

Acerca de la aplicación del derecho extranjero, la norma prescribe que los jueces y tribunales tienen que aplicar de oficio el derecho foráneo con el mismo pensamiento y mentalidad tal como lo harían los tribunales del Estado al cual pertenece ese derecho¹¹⁰. En el mismo sentido, sobre el conocimiento del derecho extranjero, el artículo 3 manda que los jueces, tribunales y autoridades competentes tienen que investigar de oficio el texto, vigencia e interpretación del derecho ajeno y para esta actividad procesal podrán recurrir “(...) a todos los medios de información idóneos admitidos en el orden jurídico de la República o del Estado cuyo derecho resulte aplicable”.

Asimismo, la parte final del primer inciso del artículo 3 dice, -sin perjuicio de la colaboración que al respecto presten las partes o los interesados en su caso-. Esto quiere decir que los juzgadores tienen la obligación y el deber investigativo de conocer el derecho extranjero para aplicarlo de oficio, pero si el juez lo requiere las partes pueden ayudar.

¹⁰⁷ Ver, Margarita Porcelli, “Análisis de la Aplicación”, 23.

¹⁰⁸ Ver, Milton Feuillade, “Aplicación del Derecho Extranjero”, 4.

¹⁰⁹ Ley General de Derecho Internacional Privado, Diario Oficial 30.586, 16 de diciembre de 2020.

¹¹⁰ Ver, Artículo 2, Ley General de Derecho Internacional Privado.

Igualmente, se debe mencionar que varios autores consideran que la ley es un gran ejemplo para otras legislaciones y sobre el tema de la aplicación del derecho extranjero, han calificado como moderna a la legislación de derecho internacional privado uruguayo por admitir la aplicación de oficio¹¹¹.

Para terminar, la CIDIP II fue adoptada en Montevideo el 5 de agosto de 1979, por lo tanto, es normativa convencional vigente en la legislación de Uruguay.

8.4. España.

La regulación de la aplicación del derecho extranjero se encuentra dispersa en normas de todo el ordenamiento jurídico, como, por ejemplo, en el Código Civil¹¹² y la Ley de Enjuiciamiento de Civil¹¹³.

El primer cuerpo normativo en el capítulo IV contiene normas de DIPR. El artículo 12.6 establece que los tribunales y autoridades -aplicarán de oficio- las normas de conflicto del derecho español, esto quiere decir, que cuando una norma de conflicto española dictamine que a la situación privada internacional se debe aplicar un derecho extranjero “(...) -es- éste el que deba aplicar el juez, lo hayan o no alegado las partes (...)”¹¹⁴ y esto se da debido al carácter imperativo de las normas de conflicto españolas¹¹⁵.

Por otra parte, la doctrina en España reclama rigurosamente que la redacción abierta del artículo 281.2 del segundo cuerpo normativo, ha provocado que la jurisprudencia no sea unánime en cuanto a la aplicación del derecho extranjero. Los autores indican que existen dos bandos, los que consideran que tal aplicación opera por el pedido de las partes y aquellos que por las recientes jurisprudencias lo consideran una cuestión de colaboración¹¹⁶.

El artículo establece “(...) El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación”. De la primera parte se entiende que la carga probatoria recae en las partes y de la final se infiere que es un sistema mixto. Calvo Caravaca expresa que “[l]a colaboración entre tribunal y partes es el modelo

¹¹¹ Ver, Scotti, *Manual de Derecho Internacional Privado*, 53.

¹¹² Código Civil Español, Boletín Oficial del Estado 206, 27 de julio de 1889.

¹¹³ Ley de Enjuiciamiento Civil de España, [LEC], Boletín Oficial del Estado 7, 8 de enero del 2000.

¹¹⁴ Elisabet Cerrato, “La prueba del derecho extranjero”, 6.

¹¹⁵ Ver, *Id.*

¹¹⁶ Ver, Elisabet Cerrato, “La prueba del derecho extranjero”, 9.

regulativo preferible (...) que garantiza, en mayor medida, la correcta aplicación del Derecho extranjero y, en consecuencia, la correcta aplicación de la norma de conflicto”¹¹⁷.

Por último, los autores Carrascosa González y Calvo Caravaca, mencionan que el artículo 399 de la LEC no obliga a las partes a alegar dentro del proceso el derecho extranjero, en virtud de que este derecho extraño no se considera como un -hecho procesal-, sino como un conjunto de normas jurídicas adecuadas que van a resolver el litigio¹¹⁸.

9. Conclusiones.

De la amplia revisión teórica realizada en la presente investigación, el aspecto más representativo que se expuso es, que la determinación de la calidad o naturaleza jurídica del derecho extranjero es el parámetro que debe establecer y seguir el juez ecuatoriano para su posterior aplicación. Definitivamente en el Ecuador, la normativa local, la insuficiente jurisprudencia y doctrina, determinan que la calidad del derecho extranjero es la de una cuestión fáctica, por eso, dicha aplicación solo opera por solicitud de parte.

Sin embargo, la investigación encontró que, el principio de jerarquía normativa pasa por desapercibido y se omite la primacía y regulación vinculante de la CIDIP II que, como instrumento internacional y regional vigente, al contrario de lo que establece el COGEP, dispone la calidad de cuestión jurídica del derecho extranjero, lo que obliga al juez ecuatoriano a realizar una aplicación oficiosa con la posibilidad de que las partes también prueben el contenido de la ley extranjera. La última idea se configura porque la convención recoge la corriente en la que el derecho extranjero no difiere en su naturaleza del derecho local, es igual derecho, igual ley, no hay diferencia en su tratamiento.

Por otro lado, a partir del análisis de la legislación comparada, se determinó que los ordenamientos jurídicos progresistas de DIPR, adoptaron la teoría intermedia de colaboración compartida, respetando la imperatividad de las normas de conflicto y la prevalencia de los instrumentos internacionales, asegurando en principio, una solución más eficaz de las situaciones privadas internacionales. Colombia, al igual que Ecuador posee un sistema nacional legislativo de DIPR disperso y consagra esta teoría.

Analizados estos puntos, si la voluntad del legislador ecuatoriano es aquella de no dejar únicamente en manos del operador de justicia toda la carga que implica la aplicación

¹¹⁷ Calvo Caravaca, “Aplicación Judicial del Derecho Extranjero en España”,7.

¹¹⁸ Ver, Calvo Caravaca y Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado* volumen I, Ed. 18va (Granada: Comares Editorial, 2018),267.

de oficio del derecho extranjero, ya sea por cuestiones de preferencia y exclusividad de aplicación de normas del DIPR ecuatoriano, o por cuestiones económicas en las que debería incurrir el Estado, se recomienda que adopte el sistema mixto. El juez deberá realizar el análisis del caso concreto en base a criterios específicos y determinará si exige en cabeza suya, la fundamental investigación de oficio del derecho extranjero para su aplicación, o de requerir auxilio en su obtención las partes son copartícipes convenientes.

Por último, se resalta la falta de una codificación autónoma de disposiciones de DIPR – ley o código especializado-. Los aspectos del sector del derecho aplicable, como son la prelación normativa de fuentes del DIPR o la misma aplicación del derecho extranjero, reclaman de un proceso de reforma normativa necesaria, un tema que corresponde discutirlo en un futuro trabajo y sin lugar a duda abre la puerta para que sea ampliamente debatido.