

**Pontificia Universidad Católica del Perú**

**Facultad de Derecho**



**Programa de Segunda Especialidad en Derecho Procesal**

**TITULO: EL PROBLEMA DE LA CARGA DE LA PRUEBA DEL DERECHO  
EXTRANJERO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO**

**Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho  
Procesal**

Autor: Víctor Rogelio Sueiro Varhen.

Asesor: Christian Alex Delgado Suarez.

Código de alumno: 20095811.

2017

## RESUMEN

¿Cómo se incorpora al Proceso el Derecho extranjero declarado aplicable por nuestras normas de conflicto? Dado el carácter bilateral de la norma de conflicto, es posible que el Derecho aplicable al fondo de la controversia sea nacional o extranjero. En ese sentido, a pesar de que el porcentaje de litigios en el Perú donde existe una relación privada internacional está en aumento, uno de los mayores retos que aún enfrenta nuestra legislación es sobre la incorporación del Derecho extranjero al Proceso. Al respecto, tanto el Código Bustamante como la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado de 1979, expresan la obligatoriedad de los Jueces y autoridades de los Estados partes de aplicar el Derecho extranjero tal como lo harían con su Derecho nacional. Sin embargo, fuera del ámbito de aplicación de estos instrumentos internacionales, se encuentra la discordancia entre lo dispuesto por el Código Civil y el Código Procesal Civil. Mientras que el primero dispone la aplicación del Derecho extranjero de oficio, estableciendo que las partes “*pueden*” ofrecer medios probatorios destinados acreditar la existencia y sentido de este, *contrario sensu*, el Código Procesal Civil le otorga un tratamiento de hecho, imponiendo a la parte que lo invoca el “*deber*” de probarlo.

En ese contexto, el presente trabajo de investigación analiza de manera crítica la estructura procesal de la prueba del Derecho extranjero en el Perú, así como el rol de los Jueces y las partes en su tratamiento.



## **INTRODUCCIÓN.**

Dentro de la sociedad peruana se despliegan ininterrumpidamente relaciones jurídicas internas que se producen dentro de las fronteras del Estado peruano, involucrando a un sólo sistema jurídico: el peruano. Sin embargo, también vemos el desenvolvimiento de relaciones jurídicas internacionales que involucran diferentes grupos constituidos en diferentes Estados. Esto, condiciona la existencia de coordinar las relaciones que la constituyen a través de reglas y directivas que permitan la armonización de las relaciones privadas internacionales. Más aún, en el plano jurisdiccional, donde estas relaciones privadas internacionales no encajan en las mismas reglas que los jueces aplican para situaciones domésticas.

En el orden jurídico internacional no existe un tribunal supranacional capaz de determinar el derecho aplicable en todo tipo de controversias originadas en el mundo por las relaciones privadas internacionales. Menos aún, existe un código procesal internacional homogéneo para todos los Estados.

Según diversas manifestaciones, es deseable cuando un juez aplique a una controversia internacional su propia ley material, ya que no cabe duda de que la tendencia del juez es aplicar su propia ley material para facilitar su tarea. Precisamente este último problema, la aplicación de la ley material, trae serias dificultades a los jueces peruanos, especialmente cuando existe una división entre el código civil y el código procesal civil sobre su tratamiento.

El porcentaje de litigios en los que se aplica un Derecho extranjero en Perú va en aumento. Por ello resulta conveniente establecer una crítica a la estructura procesal del tratamiento de la prueba del Derecho extranjero, en la que los tribunales tengan una posición activa y predominante en la averiguación del Derecho Extranjero.

En el presente trabajo, abordaremos la problemática de la prueba del Derecho extranjero en el ordenamiento jurídico peruano. En primer lugar, delimitaremos el contexto donde se aplica el derecho extranjero. En segundo lugar, analizaremos bajo las dos tesis predominantes si el Derecho extranjero es “derecho” o “hecho”. Finalmente, contrastaremos los problemas que implican cada una de estas posturas en la realidad peruana para dar una solución a la temática.

## INDICE

<b>1. INDETERMINACIÓN EN EL TRATAMIENTO LEGISLATIVO DEL DERECHO EXTRANJERO.</b>	<b>4</b>
<b>1.1 Presupuesto: Conflicto de jurisdicciones y ley aplicable.</b>	<b>4</b>
<b>1.2 Ley aplicable al procedimiento.</b>	<b>8</b>
<b>1.3 Ley aplicable a la controversia</b>	<b>8</b>
<b>2. CUESTIONES PROCESALES DEL DERECHO EXTRANJERO ¿A QUIÉN LE CORRESPONDE LA CARGA DE LA PRUEBA?</b>	<b>10</b>
<b>2.1 El derecho extranjero como cuestión de derecho.</b>	<b>10</b>
<b>2.2 El derecho extranjero como cuestión de hecho.</b>	<b>12</b>
<b>3. HACIA UNA SOLUCIÓN ENTRE LA DISCORDANCIA DEL TRATAMIENTO LEGISLATIVO DEL DERECHO EXTRANJERO EN EL PROCESO.</b>	<b>15</b>
<b>3.1 Límites del tratamiento legislativo del derecho extranjero como cuestión “hecho”.</b>	<b>17</b>
<b>3.2 El deber del juez de procurarse el conocimiento del derecho extranjero: el principio de <i>iura novit curia razonable</i>.</b>	<b>20</b>
<b>3.3 La preferencia de las normas de Derecho Internacional Privado en una relación privada internacional enmarcada dentro del proceso.</b>	<b>22</b>
<b>4. INDETERMINACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO ¿QUE HACER CUANDO NO HAY FORMA DE CONOCER LA LEY EXTRANJERA?</b>	<b>24</b>
<b>5. ANÁLISIS DE LA CASACIÓN N °4800-2012-LIMA. APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO APLICABLE EN UN CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN INTERNACIONAL.</b>	<b>25</b>
<b>6. CONCLUSIONES</b>	<b>28</b>
<b>7. BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>30</b>

# 1. INDETERMINACIÓN EN EL TRATAMIENTO LEGISLATIVO DEL DERECHO EXTRANJERO.

## 1.1 Presupuesto: Conflicto de jurisdicciones y ley aplicable.

El proceso es un conjunto de actos regulados por el derecho cuya finalidad es la composición de un litigio. Dada la primacía del interés general y social en la composición de la *litis*, por su naturaleza en proceso se trata de una institución de carácter público, pese a se dilucidan intereses de carácter privado.

Según lo dispuesto en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil:

El juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambos con relevancia jurídica, haciendo efectivo los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia. En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso.

Ahora bien, cuando estamos frente a un litigio con un elemento internacional relevante, habrá que determinar el juez competente, la ley al aplicable procedimiento y la ley llamada a resolver la *litis* en el proceso, conocido mayoritariamente comúnmente como “ley aplicable”. Como veremos más adelante, estas no necesariamente tienen que coincidir.

Respecto a la competencia de los jueces en una relación privada internacional, los problemas de jurisdicciones serán resueltos tanto por el derecho internacional privado, como el derecho procesal internacional, los cuales buscan garantizar una tutela judicial internacional efectiva de los derechos en un mundo que se caracteriza, lógicamente, por el fraccionamiento jurisdiccional, lo cual exige un alto deber de cooperación entre los Estados.

Antes de definir la competencia judicial internacional, debemos distinguir si el proceso internacional pertenece al Derecho Internacional Privado o al Derecho Procesal Civil.

a) Primera posición, la dinamización del Derecho Internacional Privado:

Actualmente, se ha superado la concepción estricta que considera la determinación de la competencia a través de la ley aplicable. Como señala Sara Feldestein:

Podemos afirmar sin temor a equivocarnos que, en un mundo caracterizado por la búsqueda de la superación del fenómeno de la frontera, sobre todo dentro de los espacios integrados, el objetivo central a conseguir consista en facilitar, simplificar, garantizar, el reconocimiento y establecimiento de aquellos procedimientos o mecanismos tendientes al logro de la libre circulación de decisiones judiciales entre los Estados Miembros; a punto tal de llegar a erigirse en la no menos célebre quinta libertad. Esta orientación se inclina por reconocer los pronunciamientos judiciales dictados en el extranjero con arreglo a las normas sobre jurisdicción internacional del tribunal sentenciante y a no entorpecer mediante la revisión de fondo tales resoluciones.<sup>1</sup>

b) Segunda posición, el proceso internacional como sector autónomo del Derecho Procesal:

A la par, Miguel Virgos engloba a las normas del derecho procesal internacional dentro del área del derecho procesal:

El Derecho Procesal Civil Internacional constituye un sector autónomo dentro del derecho procesal civil, no sólo en cuanto a su objeto, sino en cuanto a los principios estructurales que lo informan y a las categorías dogmáticas que requiere; es decir, se trata de un sector con problemas, principios y categorías dogmáticas que justifican su tratamiento científico como sector autónomo. Ello es así, a pesar de que sus normas están repartidas por distintos textos legales, incluidos convenios internacionales<sup>2</sup>.

Consideramos que ubicarlo en el plano estrictamente procesal implica que se enfoque la materia exclusivamente dentro de la teoría del proceso, restándole importancia a las fuentes del Derecho Internacional Privado.

Finalmente, la posición intermedia destaca los aportes que ambos lineamientos brindan a la problemática del Derecho Procesal Civil Internacional. Fernández Arroyo, atendiendo al derecho fundamental de acceso a la justicia, señala que:

---

<sup>1</sup> FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara. *Panorama del sistema de derecho internacional privado argentino en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjero*. En Revista Iberoamericana de Arbitraje y mediación. Junio 2003, p. 2.

<sup>2</sup> VIRGOS SORIANO, Miguel y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. *Derecho Procesal Civil Internacional: Litigación internacional*. Segunda Edición. 2007. Madrid: Aranzandi S.A. Op. cit., p. 35.

Evidenciando que el sector del derecho aplicable ya no ocupa el centro del DIPr (sobre todo si tal sector es pensado en una forma clásica, conflictual), queda claro que esa plaza la detenta ahora el sector de la competencia judicial internacional. La discusión esencial del DIPr contemporáneo pasa por establecer una forma justa de distribuir los casos privados internacionales entre las distintas jurisdicciones, en aplicación del derecho fundamental de acceso a la justicia en su dimensión privada internacional. Si hay acuerdo sobre unas bases mínimas para realizar esa distribución y dicho acuerdo se complementa con una predisposición a la cooperación internacional en el campo del DIPr (cuya máxima expresión es la cooperación para hacer efectivas las decisiones adoptadas por autoridades extranjeras), los problemas planteados en torno a las relaciones privadas internacionales pueden solucionarse con relativa facilidad. Pero lo cierto es que, con excepción del ámbito integrado europeo, donde -a pesar de notorios defectos- se ha alcanzado un gran desarrollo de ambas premisas, las cuestiones relativas a la competencia judicial internacional siguen provocando enormes dificultades, tanto prácticas como teóricas.<sup>3</sup>

Nos adherimos a lo expuesto por César Delgado que señala que tanto el derecho internacional privado y derecho procesal civil, tienen como función “garantizar una tutela judicial internacional efectiva de los derechos en un mundo caracterizado por el fraccionamiento jurisdiccional, lo que exige un deber de cooperación entre los Estados<sup>4</sup>”, por ende, los problemas del conflicto de jurisdicción corresponden a ambas materias.

Si separamos el estudio de la competencia judicial internacional entre el derecho conflictual (Derecho Internacional Privado) y el Derecho Procesal, nos encontraríamos ante un problema al notar que cada una de estas ramas abordan diferentes objetivos y métodos de estudio. Es por esto, que solamente la integración de ambas materias nos permitirá englobar correctamente el objetivo principal de la competencia judicial internacional: el respeto a la tutela jurisdiccional efectiva.

Una vez determinado el estudio de la competencia judicial internacional, es necesario distinguir la noción de competencia internacional de la de jurisdicción. Al respecto, Juan

---

<sup>3</sup> FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. “Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana”. En, *Estudios de derecho internacional: libro homenaje al profesor Santiago Benadava*. Tomo II. Coordinador: Hugos Llanos Mansilla. Librotecnia: Santiago de Chile, p. 117.

<sup>4</sup> DELGADO, César; DELGADO, María Antonieta; CANDELA, César, PEJNOVIC, Milán; *Introducción al derecho internacional privado. Tomo III: Conflictos de jurisdicciones, arbitraje internacional y sujetos de relaciones privadas internacionales*. 2015. Lima: Fondo Editorial PUCP, p. 27.

Monroy define la jurisdicción como un imperio del Estado, aquel poder mediante el cual tiene atribuido la capacidad de juzgar. Así mismo delimita sus fines más importantes:

La jurisdicción es un poder-deber del Estado. En su ejercicio se expresa de manera contundente la potestad del Estado sobre los ciudadanos: la función jurisdiccional reafirma el Estado como la organización política más importante de una sociedad, por eso éste propone el derecho que debe ser cumplido (función primaria) y, a través de la jurisdicción, impone el cumplimiento de éste (función secundaria). (...) Si necesitáramos identificar los fines de la jurisdicción, tendríamos que decir que estos son: solucionar conflictos de intereses intersubjetivos con relevancia jurídica, controlar las conductas antisociales y también controlar la constitucionalidad normativa.<sup>5</sup>

Sin embargo, es necesario distinguir la jurisdicción de la competencia judicial internacional. Los autores Calvo & Carrascosa señalan a la competencia como una aptitud de los Estados:

La competencia judicial internacional es la aptitud legal de los órganos jurisdiccionales y autoridades públicas de un Estado, considerados en su conjunto, para conocer de los litigios derivados de situaciones privadas internacionales. Competencia interna es la atribución del conocimiento de un asunto a un concreto órgano jurisdiccional, en virtud de los criterios de competencia material u objetiva, territorial y funcional previstos en la ley de un Estado para atribuir el conocimiento de los litigios a sus órganos jurisdiccionales.<sup>6</sup>

En síntesis, la jurisdicción es la manifestación de la soberanía de los Estados que ejercen en relación con cualquier tipo de litigios, al margen de que estos puedan estar afectados por la presencia de un elemento extranjero, es decir nacionales o internacionales. En cambio, las normas de competencia internacional delimitan el ejercicio de ese poder en los supuestos internacionales, conectados con diversos ordenamientos jurídicos, lo cual difiere de la competencia interna, en la cual no están presentes elementos extranjeros.

## **1.2 Ley aplicable al procedimiento.**

En relación con la ley aplicable al procedimiento, el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil señala:

---

<sup>5</sup> MONROY GÁLVEZ, Juan. *Teoría General del Proceso*. 2009. COMMUNITAS: Lima, p. 425.

<sup>6</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso. *Práctica procesal civil internacional*. 2000. COMARES: España, p. 64.



“Las normas procesales contenidas en este Código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario.

Las formalidades previstas en este Código son imperativas.

Sin embargo, el juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso. Cuando no se señale una formalidad específica para la realización de un acto procesal, este se reputará válido cualquiera que sea el empleado.”

Claramente, al ser las normas procesales *imperativas*, significa que la actividad procesal de los tribunales nacionales se regirá por el derecho procesal peruano, independientemente de la ley del fondo que regirá el asunto, ya sea nacional o extranjera.

Ahora bien, ¿cómo se resuelve la competencia internacional en el código procesal peruano? El artículo 47° del Código Procesal Civil<sup>7</sup> es claro en señalar que los jueces peruanos serán competentes según las reglas del Título II del libro X del Código Procesal Civil, el cual regula los diversos tipos de competencia internacional, como la competencia facultativa y exclusiva.

### **1.3 Ley aplicable a la controversia**

Finalmente, en una relación privada internacional, la ley aplicable a la controversia puede ser nacional o internacional. Conforme al artículo 2047° del Código Civil<sup>8</sup>, el derecho aplicable para regular las relaciones jurídicas internacionales se determinará de acuerdo con los Tratados internacionales o conforme a las normas conflictuales, contenidas en el Libro X del Código Civil.

Uno de los mayores problemas que el juez se enfrenta ante una relación privada internacional es como se incorpora la ley extranjera al proceso. Cuando las normas conflictuales establecen la necesidad de que sea aplicada una ley extranjera, se ha cuestionado si dicha ley debe ser aplicada en igualdad de circunstancias que la ley nacional

---

<sup>7</sup> **Artículo 47.-** Es competente el Juez peruano para conocer los procesos en los casos señalados en el Título II del Libro X del Código Civil.

<sup>8</sup> **Artículo 2047.-** El derecho aplicable para regular relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos jurídicos extranjeros se determina de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por el Perú que sean pertinentes y, si éstos no lo fueran, conforme a las normas del presente Libro. Además son aplicables, supletoriamente, los principios y criterios consagrados por la doctrina del Derecho Internacional Privado.

del juez. En suma, la polémica denota mayor relevancia cuando estamos frente a un derecho extranjero, el cual es declarado aplicable. Evidentemente, no sería razonable exigirle al juez el conocimiento de todos los ordenamientos del mundo tal como sí lo debiera tener en relación con sus normas del foro.

Dado el carácter bilateral de las normas de conflicto, que permite que la ley material aplicable al caso puede ser una ley extranjera y, partiendo de la necesaria aplicación del derecho extranjero aplicable, cuando las normas conflictuales así lo indiquen, surge la interrogante de determinar a quien corresponde hacerlo.

Al respecto surgen dos posibles soluciones que, lejos de uniformizar la compleja tarea que requiere la aplicación del derecho extranjero, genera más brechas. La primera es la cuestión jurídica, la cual llama al juez aplicar de oficio el derecho extranjero. En cambio, la segunda es la considerada “cuestión fáctica”, es decir considerar el derecho extranjero como un *hecho*, recayendo la carga de la prueba sobre la parte que invoque su aplicación.

Antes de analizar los aspectos procesales que plantea la aplicación del derecho extranjero en el ámbito probatorio, surge la duda de cuándo un juez se encuentra ante la circunstancia de aplicar el derecho extranjero para resolver la *litis*. En abstracto, surgen de tres formas distintas:

- **Remisión Conflictual:** al ser el sistema peruano de Derecho Internacional Privado conflictual o de remisión, el juez resuelve el fondo del litigio conforme el supuesto fáctico de las normas extranjeras, imponiendo la consecuencia jurídica derivada de esta norma.
- **Método Sustancialista o de creación:** la norma llamada resolver el fondo de la controversia puede ser reglamentada en un Tratado Internacional, excluyendo de esta forma la aplicación de las normas conflictuales. Se dota a la relación privada internacional de una solución material directa.
- **Como elemento de hecho:** finalmente, cuando el derecho extranjero no se presenta como aquel que resolverá el conflicto sino, como un elemento de hecho; es decir, se

incorpora al proceso como prueba, la cual debe ser valorada. Por ejemplo, cuando se requiera determinar si una persona tiene facultades para celebrar actos jurídicos conforme a su ley nacional.

El régimen procesal no será el mismo en los anteriores casos. En este trabajo nos ocuparemos de los primeros métodos, que disponen a la norma extranjera como aquella que resolverá la *litis*; ya que, no cabe duda de que es posible que norma extranjera puede presentarse como medio de prueba siempre y cuando esta no sea la llamada a resolver la *litis* y cumpla con el objeto de prueba, es decir generar certeza al juez sobre la existencia de un supuesto de hecho.

## **2. CUESTIONES PROCESALES DEL DERECHO EXTRANJERO ¿A QUIÉN LE CORRESPONDE LA CARGA DE LA PRUEBA?**

Al ser las normas del Libro X del Código Civil imperativas, la aplicación del derecho extranjero a las que se remiten no puede ser, en ningún caso, de libre disposición de las partes. Ahora bien, ¿su incorporación al proceso es deber de las partes o del juez? Partiendo de la necesidad de conocer el contenido y vigencia del derecho extranjero, surge la interrogante a quién corresponde hacerlo.

### **2.1 El derecho extranjero como cuestión de derecho.**

La concepción de considerar el derecho extranjero como un derecho, se le otorga a este la misma condición que las leyes nacionales y como tal, no es materia de prueba. Por ello, la responsabilidad de su aplicación recae en el juez, quien está obligado a aplicar la ley extranjera aplicable de oficio.

En el artículo 408° del Código Bustamante<sup>9</sup>, se expresa la obligación de los jueces en aplicar de oficio, la ley extranjera declarada competente, sin perjuicio de que las partes puedan probar la existencia y contenido de la ley invocada.

---

<sup>9</sup> Código Bustamante.

De igual forma, la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado de 1979 (CIDIP II)<sup>10</sup>, la cual también fue ratificada por el Perú, expresa en su artículo 2° la obligatoriedad de los jueces y autoridades de los Estados parte de aplicar el derecho extranjero, tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio que las partes prueben la existencia, vigencia y contenido de la ley invocada. Vemos que las dos legislaciones internacionales mencionadas se repite la misma fórmula.

Como vimos anteriormente, estas disposiciones contempladas en tratados internacionales son parte del método sustancialista del Derecho Internacional Privado. Los mecanismos previstos en estos convenios internacionales para la acreditación del Derecho extranjero establecen un sistema de información de los ordenamientos jurídicos de los Estados partes. Sin embargo, cuando el derecho extranjero aplicable a la controversia no es de aquel Estado parte de alguno de los anteriores tratados, entran las reglas conflictuales en el ordenamiento jurídico peruano.

En lo que respecta a la legislación interna, el artículo 2051° del Código Civil señala:

“El ordenamiento extranjero competente según las normas de derecho internacional privado peruanas debe aplicarse de oficio.”

De esta manera, el derecho extranjero que resultase aplicable a la controversia es equiparable al derecho nacional. Hay que evidenciar que lo estipulado en el artículo 2051° del Código Civil no sólo está dirigido a los jueces. Todo lo contrario, este también está dirigido a todas las autoridades peruanas, tales como los funcionarios de los Registros Públicos<sup>11</sup>.

---

**Artículo 408.** Los jueces y tribunales de cada Estado contratante aplicarán de oficio, cuando proceda, las leyes de los demás sin perjuicio de los medios probatorios a que este capítulo se refiere.

<sup>10</sup> **CIDIP II.**

**Artículo 2:** Con arreglo a las disposiciones de esta Convención, las autoridades de cada uno de los Estados parte proporcionaran a las autoridades de los demás que lo solicitaren, los elementos probatorios o informes sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su derecho.

<sup>11</sup> **TUO del Reglamento General de Registros Públicos**

**Artículo 11°.-** (...) Para calificar la validez de los actos y derechos otorgados en el extranjero, se tendrán en cuenta las normas establecidas en los Títulos I y III del Libro X del Código Civil.

Asimismo, el artículo 2052° suma:

“Las partes litigantes pueden ofrecer las pruebas que estimen conveniente sobre la existencia de la ley extranjera y su sentido. El juez puede rechazar o restringir los medios probatorios que no considere idóneos.”

Como vemos, el artículo 2052° del Código Civil dispone que las partes “pueden” ofrecer medios probatorios idóneos en atención a acreditar la existencia y vigencia de la ley extranjera. Esto quiere decir que, aunque no repercute la exigencia probatoria del derecho extranjero a las partes, estas pueden colaborar con el tribunal en orden de facilitar su averiguación.

De igual manera, el artículo 2053° del Código Civil<sup>12</sup>, posibilita al Juez, a iniciativa propia, de obtener información oficial sobre la existencia y vigencia del Derecho extranjero que él debe aplicar. Sin embargo, la ley no le impone el deber de utilizar exclusivamente dichos medios, dando pie a interpretar que es posible que acuda a otras fuentes de conocimientos que considere idóneas para procurarse el conocimiento del derecho extranjero.

Uno de estos sería el propio conocimiento que el tribunal tenga del Derecho extranjero. Aunque ciertamente es peligroso dejar en manos del juez la aplicación de un derecho extranjero usando, exclusivamente su propio conocimiento del derecho, consideramos que de darse el caso es deber del tribunal respetar el principio de contradicción, entendido como aquel mandato de exigencia para que las partes, en su momento, puedan debatir o cuestionar el verdadero contenido del derecho extranjero que el juez aplicó.

## **2.2 El derecho extranjero como cuestión de hecho.**

---

(Esto evidencia que los registradores, a diferencia de la práctica de los jueces, deben aplicar de oficio el Derecho Extranjero, no pudiendo denegar las inscripciones cuando las partes no hayan documentado correctamente tal Derecho.)

<sup>12</sup> **Artículo 2053.-** Los jueces pueden de oficio o a pedido de parte, solicitar al Poder Ejecutivo que, por vía diplomática, obtenga de los tribunales del Estado cuya ley se trata de aplicar, un informe sobre la existencia de la ley y su sentido.

Bajo esta óptica, el derecho extranjero lo deben probar las partes. En este punto, la doctrina discute si es prudente utilizar el término “prueba” cuando el objeto de esta es el derecho extranjero. Si la legislación considera al derecho extranjero como un hecho en el proceso, entonces las partes deberán acreditar la existencia, alcance y sentido vigente del derecho extranjero a través de un medio probatorio idóneo. En cambio, si la legislación establece que la existencia, alcance, sentido y vigencia de la ley debe recabarse oficiosamente por el juzgador, el derecho extranjero no es un hecho y no es factible tratarlo como “prueba” del derecho extranjero, sino de *demonstración, estudio y valoración*.<sup>13</sup>

Respecto las leyes peruanas de naturaleza procesal, estas otorgan una gran autoridad a los jueces en la dirección del proceso. El Proyecto del Código Procesal Civil guardaba similitud con el Código Civil<sup>14</sup>. Sin embargo, una posterior modificación de este artículo determinó que la aplicación de la ley extranjera sea vista consolidada como “prueba”, en comparación con el Código Civil, el cual le da tratamiento de “derecho”. Según lo dispuesto por el Código Procesal civil, el único derecho que debe ser aplicado de oficio es el derecho nacional.

Según el artículo 190° del Código Procesal Civil:

“Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el Juez.”

---

<sup>13</sup> ORDIOZOLA, Carlos. “El principio *iura novit curia* en México: hacia un instituto federal de especialistas en derecho internacional privado y comparado”. En BECERRA, Manuel (Editor). *Obra en homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes. Tomo I*. 2016. Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigación Jurídicas, p. 103. Consulta: 21 de noviembre de 2016.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2552/10.pdf>

<sup>14</sup> El texto original del Código Procesal Civil, promulgado por D.L. N° 768, y modificado por el Decreto Ley N° 25940, establecía:

“Art. 190.- Pertinencia e improcedencia.- Los medios probatorios deben referirse a los hechos. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados inadmisibles de plano por el Juez.

Son también inadmisibles los medios de prueba que tienden a establecer:

(...)

4. El derecho nacional o extranjero, que debe ser aplicado de oficio por los jueces. No obstante, las partes **pueden** realizar actos destinados a acreditar la existencia de la ley extranjera y su sentido.” (El subrayado es nuestro)

¿Esto quiere decir que excede del objeto de prueba el derecho extranjero? Para el Código Procesal Civil la respuesta es negativa, pues las reglas siguientes al mencionado artículo reconocen la necesidad de probar el derecho extranjero.

Continuando con la lectura del artículo 190° inciso 4 del Código Procesal Civil:

Son también improcedentes los medios de prueba que tiendan a establecer:

(...)

4. El derecho nacional que debe ser aplicado de oficio por los jueces. En el caso del derecho extranjero, la parte que lo invoque debe realizar actos destinados a acreditar la existencia de la norma extranjera y su sentido”.

Creemos que el contenido del artículo 190°, inciso 4 del Código Procesal Civil<sup>15</sup> se traduce como una actividad de las partes de averiguación, ya que la redacción es imperativa al utilizar el verbo “deben”, excluyendo la posibilidad que los jueces determinen la norma aplicable mediante su propia iniciativa.

Conforme a esto, el derecho extranjero es tratado como un “hecho” y, por ello, debe ser objeto de alegación y prueba, siendo necesario acreditar no sólo el contenido y vigencia del derecho extranjero, sino su interpretación. Ergo, el Código Procesal Civil establece que los medios probatorios referidos al derecho extranjero sí serían admisibles en cuanto son tratados como mero “hecho”, al igual que la costumbre, integrando el *tema probandum*<sup>16</sup>.

Peor aún, consideramos que el artículo 190° inciso 4 en contraste con el artículo 2051° del Código Civil (aplicación de oficio) entra en una clara contradicción al señalar que la norma nacional no se debe probar, pero sí la extranjera. Tanto las normas conflictuales como las normas sustantivas forman parte del derecho nacional, y al ser las primeras imperativas, el juez debe aplicarlas sin mayor dilación. Es decir, no importa si las partes no acreditaron

---

<sup>16</sup> “La noción habitual de prueba de la que se ha partido se fundamenta sobre la idea de que la prueba sirve para establecer la verdad de uno o más *hechos* relevantes para la decisión. Esta idea puede ser expresada de distintas formas, pero un dato común y recurrente en las diversas culturas jurídicas es que el hecho es el «objeto» de la prueba o su finalidad fundamental, en el sentido de que es lo que «es probado» en el proceso.” En TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 2002. Madrid: Editorial Trotta. p. 89.

correctamente, o simplemente no lo hicieron, el Derecho extranjero, este se aplica de oficio por el juez según mandato de sus normas nacionales.

A diferencia del derecho español, el cual considera el derecho extranjero como “hecho”, la ley procesal peruana no establece ningún medio de prueba del derecho extranjero para acreditar su vigencia y contenido<sup>17</sup>. No existe una «lista cerrada» de medios apropiados para acreditar el Derecho extranjero. Es evidente que el legislador no ha querido formular una lista taxativa, precisamente para facilitar la acreditación del Derecho extranjero. Es por esto que, se pueden emplearse todos los medios, instrumentos y herramientas técnicas adecuados para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero.

### **3. HACIA UNA SOLUCIÓN ENTRE LA DISCORDANCIA DEL TRATAMIENTO LEGISLATIVO DEL DERECHO EXTRANJERO EN EL PROCESO.**

Como señala Eugenia Ariano<sup>18</sup>, la solución a las vicisitudes de nuestro ordenamiento jurídico, radica en reconocer que el artículo 2051° del Código Civil contiene una norma sobre la aplicabilidad oficiosa del derecho extranjero, mientras que el artículo 190° inc. 4 del Código Procesal Civil los criterios para la admisión e inadmisibilidad de los medios de prueba ofrecidos por las partes en un proceso. Como el derecho extranjero es derecho y no hecho, al igual que el derecho nacional, debe ser aplicado de oficio por el juez en virtud del artículo 2051° de oficio por el juez, siendo imposible que se le imponga una carga a la parte que invocan el derecho extranjero en un proceso.

Asimismo, el profesor César Delgado nos da un primer acercamiento a la solución de esta disparidad entre el Código Civil y el Código Procesal Civil. Según el mencionado autor<sup>19</sup>, una interpretación sistemática y teleológica -funcional del artículo 190° del Código

---

<sup>17</sup> BONET, José. *La prueba en el proceso civil. Cuestiones fundamentales*. 2009. Madrid: Editorial Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, pp. 136-143. En La Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de España, en los casos que se aplica el Derecho extranjero, la parte interesada en su aplicación deberá fundamentar, primero, su demanda en el Derecho extranjero y; segundo, probar el Derecho extranjero. En caso de ser necesario, y de manera subsidiaria, el juzgador puede hacerse del conocimiento del Derecho extranjero en tanto sea aplicable.

<sup>18</sup> ARIANO, Eugenia. “«Prueba» del derecho y tutela jurisdiccional efectiva”. En ARIANO, Eugenia. *In limine litis. Estudios críticos de derecho procesal civil*. 2016. Lima: Instituto Pacífico, pp. 531-532.

<sup>19</sup> DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta; CANDELA SÁNCHEZ, César; PEJNOVIC DELGADO. Op. cit., p. 78.



Procesal Civil, consecuente con los Tratados internacionales suscritos y ratificados por el Perú anteriormente mencionados, y en concordancia con lo dispuesto en el Código Civil que, ambos, consideran como eje central la obligación del juez peruano de aplicar de oficio el derecho extranjero declarado competente por las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, nos conduce a:

- El artículo 190° del Código Procesal Civil es una norma de naturaleza procesal que versa de la procedencia y pertinencia de los medios probatorios alcanzados por las partes para acreditar los *hechos*.
- La norma extranjera siempre se aplica en su condición de *derecho extranjero* y, por lo tanto, no debe ser considerada un *hecho*, sino que constituye el conjunto de normas jurídicas que con las que el juez resolverá la controversia.
- Finalmente, la “carga de la prueba” de la norma extranjera -es decir, acreditar su vigencia, existencia y sentido- no debe recaer en las partes, sino que debe ser aplicado de oficio por los jueces.

Creemos que esta solución contribuye a dejar de lado el riesgoso método interpretativo literal de las normas, buscando una solución integral entre ambas normas y no interpretándolas cada una por separado. Adicional a esta primera solución dogmática, creemos que se debe tomar en cuenta ciertos elementos a favor de la tutela jurisdiccional efectiva que evidencian la existencia de riesgos por considerar el derecho extranjero como un “hecho”.

### **3.1 Límites del tratamiento legislativo del derecho extranjero como cuestión “hecho”.**

En primer lugar, si el Derecho extranjero es considerado como un “hecho”, entonces se incorporaría al proceso a través de un medio probatorio, por ejemplo, con un documento oficial, para que sea valorado por el juez en conjunto con los otros medios probatorios.

En este punto, como dijimos anteriormente, es posible que se incorpore al proceso un medio probatorio cuyo objeto sea la existencia de cierto contenido o vigencia del derecho extranjero; sin embargo, esta forma tiene una gran limitación, y es que a través de este método el Derecho extranjero solamente es un medio probatorio, es decir sería un punto controvertido entre las partes, el cual implicaría un pronunciamiento de mérito en la Sentencia solamente sobre la existencia y vigencia del Derecho extranjero, más no se utilizaría para resolver la controversia.

En ese sentido, considerar el derecho extranjero exclusivamente como un mero hecho implicaría un pronunciamiento sobre la existencia del mismo, acreditado por las partes a través de los medios probatorios, pero, omite que el deber del juez peruano en aplicar de oficio la norma.

En segundo lugar, si el Derecho extranjero es un “hecho”, nos preguntamos si cabe la posibilidad de interpretarlo. Consagrado en el artículo 139° inciso 5 de la Constitución Política del Perú<sup>20</sup>, la motivación de las resoluciones judiciales “permite conocer las razones que han conducido al juzgador a la decisión adoptada y se puede comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional y no el fruto de la arbitrariedad”<sup>21</sup>.

En el ámbito de las decisiones judiciales, la argumentación de la interpretación pertenece a la justificación de las decisiones judiciales, lo cual es parte integrante de la motivación. En tanto que la aplicación del derecho no se puede reducir a la mención de los “hechos”, las decisiones judiciales se deben justificar. En cambio, los medios probatorios no se interpretan, sino se valoran. La valoración de la prueba es fundamento indiscutible en todo proceso, al ser la actividad mental que lleva a cabo el juzgador con la finalidad en dar mérito material probatorio recaudado en el proceso. Eso significa que en la valoración

---

<sup>20</sup> **Constitución Política del Perú:**

**Artículo 139°.-** Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

<sup>21</sup> GÓMEZ MONTORO, Ángel José, “El derecho a una resolución motivada y congruente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en, MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, Julián y ARAGÓN REYES, Manuel (coords.), *La Constitución y la práctica del Derecho*, Sopec, Pamplona, 1998, p. 496.

probatoria se determinará la eficacia de las fuentes de prueba incorporadas al proceso mediante los medios de prueba.

En ese sentido, al considerar como un “hecho” al Derecho extranjero implicaría que la sentencia carezca de motivación porque no se utilizaría técnicas interpretativas ni métodos de justificación externa o interna sobre las normas; en contraste, los medios probatorios no se justifican ni se interpretan, sino se valoran en conjunto a otros medios probatorios.

En tercer lugar, una interpretación literal del artículo 190° inciso 4 del Código Procesal Civil vulneraría el derecho de impugnación de las partes. En estricto, restringiría el acceso al recurso extraordinario de Casación. Conforme al artículo 386° del Código Procesal Civil<sup>22</sup>, el recurso de Casación se interpone por contener la sentencia y o auto expedido por salas superiores una motivación que inaplica una norma o se realiza una interpretación defectuosa de la misma y, excepcionalmente, cuando se aparta inmotivadamente de un precedente judicial.

Al no admitirse la revisión de cuestiones de hecho en el recurso de casación, y al considerar el Derecho extranjero como un hecho que se debe probar en el proceso, la Corte Suprema declararía improcedente dicho recurso toda vez que no cumple con los requisitos anteriormente descritos, permitiendo que existan sentencias que incidan en una clara infracción normativa.

En cuarto lugar, dejar la carga probatoria a las partes del Derecho extranjero implicaría que se den situaciones de disparidad. En un escenario donde la parte con menores recursos económicos deba probar el Derecho extranjero, por ser el competente según las normas del Derecho Internacional Privado y, ser el más conveniente a sus intereses y no logra hacerlo de manera satisfactoria, al juez no le queda más alternativa que declarar como no probado el Derecho extranjero, aplicando supletoriamente la norma que, a su entender, es la llamada a resolver el caso, la cual usualmente sería su propia ley nacional. Asimismo, otra consecuencia gravosa es que el juez se limitaría a analizar los documentos presentados por

---

<sup>22</sup> Código Procesal Civil.

**Artículo 386.- Causales:** El recurso de casación se sustenta en la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento inmotivado del precedente judicial.

las partes sobre la vigencia, contenido e, incluso, interpretación del Derecho extranjero, ya que el juez no puede incorporar nuevos elementos probatorios al caso.

Finalmente, en concordancia con el deber de aplicar de oficio el Derecho extranjero, creemos que no se puede imponer la carga probatoria a las partes si, previamente, el juez no ha declarado cuál es la ley aplicable competente.

Es decir, en el supuesto negado que se admita que las partes tengan el “deber” de realizar actos destinados a acreditar la existencia de la norma extranjera y su sentido, como insiste el Código Procesal Civil, consideramos que este “deber” sólo podría ser entendido en acreditar la vigencia y contenido de la ley extranjera siempre y cuando sea designada aplicable a EL CONTRATO conforme a las normas del Derecho Internacional Privado, lo cual implica que el Juez se pronuncie sobre cuál es la norma aplicable a la controversia. A buena cuenta, esto significa reconocer que las normas de Derecho Internacional Privado son imperativas y, por lo tanto, el juez no puede apartarse de las mismas.

### **3.2 El deber del juez de procurarse el conocimiento del derecho extranjero: el principio de *iura novit curia razonable*.**

Hasta aquí, es evidente que, si consideramos al Derecho extranjero meramente como medio probatorio, este no gozaría de las mismas prerrogativas que las leyes nacionales, cayendo en riesgo de que las normas extranjeras sean desconocidas por el juzgador.

Otra de las consecuencias gravosas del artículo 190° inciso 4 del Código Procesal Civil es que estaría delimitando los alcances del principio *iura novit curia* contemplado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el cual dice:

#### **“Juez y Derecho.-**

**Artículo VII.-** El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.”

Como el Derecho extranjero es *derecho*, y la norma conflictual le otorga la obligación al juez de aplicarlo de oficio, cabe preguntarse si aquí se aplicaría o no el principio *iura novit*

*curia*. En concordancia con la tesis del Código Procesal Civil de considerar el Derecho extranjero como un “hecho”, no cabe duda de que no formaría parte de lo que el juez debe conocer. En este punto, es necesario matizar que es imposible abordar completamente los ordenamientos extranjeros tal como lo haría el juez respecto a su ley nacional. A favor de restringir el principio *iura novit curia* a la *lex fori*, están presentes argumentos de índole económicos y procesales, específicamente abocados a la celeridad procesal; esto es en razón a que la averiguación del Derecho extranjero por parte del juez implica un alto grado de dificultad, que provoca un desmedro económico y al tiempo de los actos procesales<sup>23</sup>.

Siguiendo esta teoría, presumir que el juez conoce las legislaciones y costumbres de ordenamientos extranjeros es imposible. Por esto, es deber de las partes en proveer pruebas que acrediten la existencia y contenido de las normas extranjeras, lo cual implica que el juez asuma una actitud pasiva en su averiguación.

En contraste a restringir el principio *iura novit curia*, existe teorías que consideran una obligación que el Juez verifique, averigüe, al margen de lo que las partes “prueben”, la existencia, vigencia, contenido e interpretación del derecho extranjero aplicable. René David es partidario de esta postura, a la cual suscribimos, al considerar el autor que el juez debe esforzarse, no en conocer a detalle el Derechos extranjero -lo cual es imposible materialmente-, sino en ponerse en situación de comprensión, es decir comprender realmente el significado del Derecho extranjero y su aplicación en el caso en concreto<sup>24</sup>.

En atención a los argumentos precedentes, creemos que el Derecho extranjero sí integra el *iura novit curia*, pero de una manera diferente a como integra Derecho nacional. Conscientes que es materialmente imposible que los jueces conozcan todas las legislaciones del mundo, debemos interpretar que el *deber* impuesto por el artículo 2051° del Código Civil es aquel *deber de procurarse el conocimiento en cada caso* del derecho aplicable<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado*. Novena Edición. 2002. Buenos Aires: Editorial Depalma, p. 507.

<sup>24</sup> DAVID, René. *Tratado de derecho civil comparado*. 1953. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 55.

<sup>25</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo. “Tratamiento procesal del derecho extranjero en el Título Preliminar del Código Civil”. *Anuario de Derecho Internacional*. Navarra, 1975, volumen II, p. 50. Consulta: 20 de noviembre de 2016.

De esta manera, nos adherimos a lo expuesto por Eugenia Ariano<sup>26</sup> en proponer un *iura novit curia* “razonable”, que permita integrar la aplicación de oficio del Código Civil y el *deber* del juez de procurarse el conocimiento del Derecho extranjero. Bajo este principio, no se exige a los jueces conocer el Derecho extranjero al mismo nivel que su derecho nacional; sino que, puede alcanzar un nivel de conocimiento suficiente del mismo para poder resolver la controversia. En una sociedad globalizada, no resulta ilógico que los medios técnicos y electrónicos agilicen la tarea del juzgador en procurarse el conocimiento del derecho extranjero, tal como lo harían las partes, por lo cual no sería una excusa decir que el Derecho extranjero no está al alcance de los jueces.<sup>27</sup>

### **3.3 La preferencia de las normas de Derecho Internacional Privado en una relación privada internacional enmarcada dentro del proceso.**

Como mencionamos anteriormente, conforme el artículo 2047° el derecho aplicable para resolver una relación jurídica internacionales se determinará de acuerdo con los Tratados Internacionales suscritos por el Perú y, si no hubiese, conforme a las normas conflictuales. De la lectura de este artículo, se evidencia que existe una jerarquía de las normas aplicables al proceso, según la cual los Tratados Internacionales predominan frente a las normas nacionales.

En ese sentido, consideramos que en el marco de un juicio de carácter internacional, se deberían preferir las normas de competencia judicial internacional contempladas en los Tratados Internacionales y el Código Civil frente a las del Código Procesal Civil. Si bien es cierto que ambos cuerpos legislativos son de carácter imperativo, es decir no cabe pacto en contrario, no cabe duda de que existen fricciones entre ambas normas que generan

---

[http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/19942/1/ADI\\_II\\_1975\\_02.pdf](http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/19942/1/ADI_II_1975_02.pdf)

<sup>26</sup> Eugenia Ariano. Op. cit. p. 529.

<sup>27</sup> “Mediante los dispositivos actuales (Internet y correo electrónico) acceder a fuentes oficiales en las cuales recabar los textos actualizados de las normas vigentes en cada país constituye una tarea que no escapa a las posibilidades de cualquier niño en edad escolar”. GRILLO, Pablo. “Alegación y prueba del derecho extranjero”, en MORELLO, Augusto. *Los hechos en el proceso civil*. 2003. Buenos Aires: La ley, p. 160.

resultados diferentes. Es por esto que proponemos que en los casos donde exista soluciones dispares entre las normas de competencia internacional y nacional, se prefieran las primeras en los casos donde exista una relación privada internacional.

Finalmente, hemos señalado que como Derecho extranjero se debe comprender todo tipo de normas que lo integren, ya sean aplicables al caso o no, tales como normas, costumbre, principios y reglas que le pertenezcan. El artículo 190° inciso 4 exige probar la existencia y el sentido de la norma extranjera. En este supuesto, nos preguntamos ¿es suficiente probar sólo ambos extremos, o es preciso probar, además, otros aspectos del Derecho extranjero?

En efecto: se deben probar todos aquellos aspectos del Derecho extranjero que sean necesarios para que el tribunal falle del modo más aproximado a como lo haría un tribunal de dicho Estado extranjero.

Sin embargo, la redacción actual del Código Procesal Civil solamente exige dos supuestos de la norma, la “existencia” y su “sentido”, obviando, a nuestro entender, dos elementos importantes para su aplicación que sí recoge el Código Civil:

- La *vigencia* del Derecho extranjero: lo que es importante cuando estamos frente a países de reciente creación y, en casos de contradicción entre las leyes de un país concreto y su Constitución.
- La *interpretación concreta* de las normas del Derecho extranjero: lo que incluye el estudio de la jurisprudencia extranjera que aplica e interpreta su mismo derecho.
- La *aplicabilidad* del Derecho extranjero al caso concreto: puede ser que haya sido invocado por las partes, pero al momento de estudiar correctamente dicho ordenamiento, puede ser que exista una disposición que excluya su aplicación al caso en concreto.

En ese sentido, una vez acreditado satisfactoriamente el Derecho extranjero aplicable al fondo del asunto, el tribunal debería dar respuesta motivada y conforme a derecho de las peticiones de las partes.

Es por esto que, a nuestro entendimiento, cuando el juez peruano se encuentre frente a un caso de derecho internacional privado donde se requiera la aplicación de un Derecho extranjero, al ser muy especializada esta materia y tener sus propias reglas, se debe preferir las normas contenidas en el Libro X del Código Civil, las cuales permiten una mayor flexibilización y otorgan una mayor protección a la Tutela Jurisdiccional Efectiva de las partes en un proceso internacional.

#### **4. INDETERMINACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO ¿QUE HACER CUANDO NO HAY FORMA DE CONOCER LA LEY EXTRANJERA?**

Uno de los pilares del Derecho Procesal Internacional es brindar una tutela judicial internacional efectiva. Haciendo énfasis en el derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, toda persona tiene derecho a una que el juez emita una sentencia firme que le otorgue una respuesta motivada sobre el fondo.

En tal sentido, ninguna demanda que no tenga sustento con el Derecho extranjero aplicable, o no lo hayan “probado”, debería ser declarada infundada. Si así fuera, se atentaría flagrantemente con el artículo 2051° del Código Civil y, además, el derecho de obtener una sentencia que ponga fin al proceso.

Sin embargo, ¿que sucedería si, previo contradictorio entre las partes, en los casos que pese a las indagaciones oficiosas del juez y los intentos de las partes en colaborar con el contenido, vigencia e interpretación del Derecho Extranjero no se logra determinar?

En concordancia con el artículo 139° inciso 8 de la Constitución Política del Perú<sup>28</sup>, el juez no puede dejar de resolver una controversia en caso de vacío o deficiencia de la ley, por lo

---

<sup>28</sup> **Constitución Política del Perú:**

**Artículo 139°.-** Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.



que ensayaremos algunas soluciones doctrinarias<sup>29</sup> ex aplicación del artículo 2051° del Código Civil:

- Aplicación de la *lex fori*: esta pareciera ser la solución más idónea cuando el contexto de la aplicación del Derecho extranjero resultase ser desconocido. Muchas veces es la norma subsidiaria adoptada por la mayoría de legislaciones. Así lo establece la Ley Italiana y Suiza de Derecho Internacional Privado.
- Aplicación de una ley similar o vecina: conocida como *droit voisin*, se prefiere una ley de un país tercero que provenga de la misma familia jurídica, que contemple sistemas jurídicos similares, pero no idénticos. Un ejemplo sería la Ley de Inglaterra con la Ley de Irlanda del Norte.
- La *lex domicilii*: domicilio del demandado: no siempre habrá correlación entre el juez y el demandado. Este supuesto, da la alternativa de que un juez aplique la ley del domicilio del demandado. Por ejemplo, que una empresa demandada ante un juez de Argentina se someta tácitamente a dicha jurisdicción, pese a ser domiciliada en Portugal. Siguiendo este ejemplo, cabría la posibilidad de aplicar las normas sustantivas del derecho de Portugal.
- Aplicación de leyes uniformes o “soft law”: reglas elaboradas por Organismos Internacionales como los principios UNIDROIT.

Considero que el riesgo de aplicar estos métodos es alto, ya que se estaría aplicando reglas sustantivas diferentes a las que deberían regular las situaciones jurídicas llamadas a regularlas. Generando dos posibles soluciones contradictorias.

## **5. ANÁLISIS DE LA CASACIÓN N° 4800-2012-LIMA. APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO APLICABLE EN UN CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN INTERNACIONAL.**

---

<sup>29</sup> Bogdan, Michel. “Private International Law as a component of the law of the forum”. 2010. En Corte Internacional de Justicia (Editor) Recueil des cours: Collected courses of the Hague Academy of International Law 2010. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers. P. 130-133.

Contrariamente a lo que se suele pensar, cada vez más son los casos de Derecho Internacional Privado que terminan en una controversia en el Poder Judicial. Un ejemplo de nuestra jurisprudencia, a través de la Casación Civil N° 4800-2012 nos permitirá aterrizar la materia.

Con fecha 10 de agosto de 2013, la Corte Suprema resolvió el recurso de casación presentado por la empresa ALKEM LABORATORIES LIMITED contra la resolución de la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, la cual, confirmando la sentencia apelada, declara fundada la demanda presentada por EXMEK PHARMACEUTICAL SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA sobre obligación de dar suma de dinero por concepto de indemnización por daños y perjuicios causados ante el incumplimiento de un contrato de distribución internacional, el cual contenía una cláusula de sometimiento al derecho del Reino Unido.

El 18 de noviembre de 2016, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema declara infunda el recurso de casación porque, al no colaborar las partes con el juez en la determinación de la ley extranjera, en aplicación del artículo 2095° del Código Civil<sup>30</sup>, se aplica de modo subsidiario la ley del cumplimiento de EL CONTRATO, es decir la ley peruana, ya que las partes no cumplieron con precisar con exactitud qué norma extranjera se habían sometido, al considerar que el Reino Unido es un sistema plurilegislativo.

En la misma línea, el voto singular de los jueces Ticona Postigo y Valcárcel Saldaña añaden que no se ha cumplido con precisar las normas a las cuales se ha sometido EL CONTRATO, en atención a lo señalado por la doctrina moderna al existir un deber de colaboración entre las partes y el juez. En ese sentido, no habiendo ALKEM presentado ningún medio probatorio que acredite la existencia de la ley del Reino Unido aplicable, deviniendo su aplicación en jurídica y físicamente imposible.

---

<sup>30</sup> **Código Civil.**

**Artículo 2095.-** Las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar de su cumplimiento. Empero, si deben cumplirse en países distintos, se rigen por la ley de la obligación principal y, en caso de no poder ser determinada ésta, por la ley del lugar de celebración.

Si el lugar del cumplimiento no está expresamente determinado o no resulta inequívocamente de la naturaleza de la obligación, se aplica la ley del lugar de celebración.

Trasladando la disyuntiva al caso sublitis, en nuestra opinión, las partes no tenían que probar ni la existencia ni el sentido de la ley extranjera por cuanto la ley del Reino Unido aplicable no forma parte del tema probatorio al ser *derecho*. Entonces, la “carga de la prueba” respecto a la aplicación de la ley del Reino Unido, no debió recaer en las partes como una obligación, sino más bien debió ser entendida como una cooperación con el juez.

Finalmente, a la luz de los argumentos desarrollados, teniendo en consideración que los jueces no cumplieron con su labor de aplicar de oficio el Derecho del Reino Unido, no era correcto que se exija a las partes acreditar la vigencia y contenido de dicha ley cuando, previamente, los jueces no la habían determinado formalmente<sup>31</sup>.



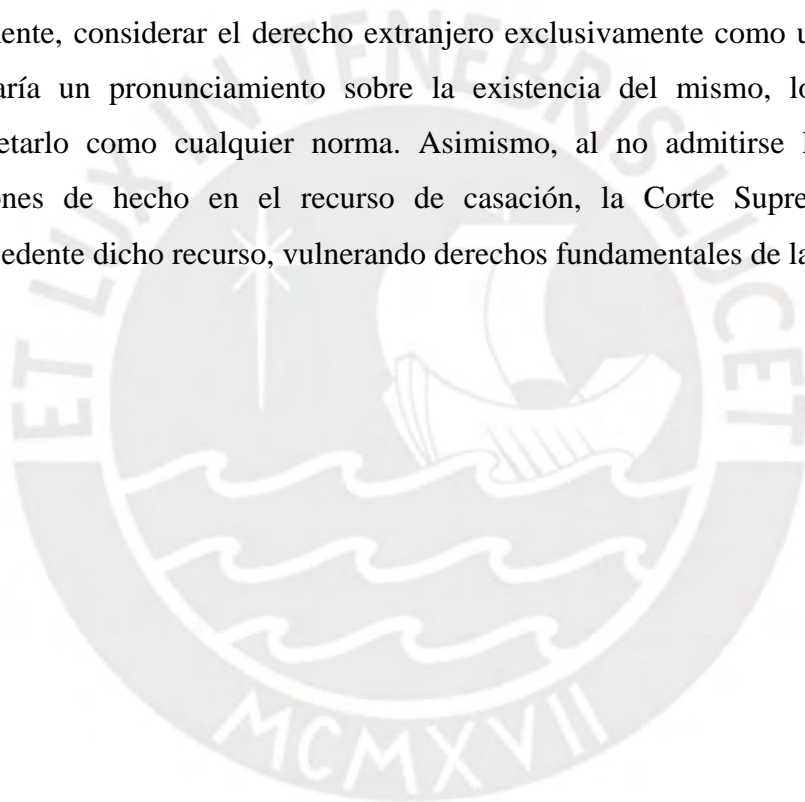
---

<sup>31</sup> DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta; CANDELA SÁNCHEZ, César; PEJNOVIC DELGADO. Op. cit., p. 78.

## 6. CONCLUSIONES

- El Derecho extranjero es un “derecho” mas no un “hecho”, y como tal sí integra el *iura novit curia*, pero de una manera diferente al derecho nacional; a través de un *iura novit curia razonable*. Es decir, un *deber* impuesto por el artículo 2051° del Código Civil el cual exige al juez procurarse el conocimiento en cada caso del derecho aplicable.
- Cuando el artículo 2052° del Código Civil prescribe que las partes litigantes “pueden ofrecer pruebas que tengan por conveniente sobre la existencia de la ley extranjera y su sentido”, la palabra “prueba” no debe entenderse en su estricta aceptación procesal; sino como aquella facultad de las partes de colaborar con el juez. **Es por esto que** la aplicación del Derecho extranjero no puede constituir una actividad probatoria, ésta nunca puede ser materia de una prueba en el mismo sentido de los “hechos”.
- El juez tiene el deber de ejercitar toda su actividad para conocer la ley; la diferencia es que ante la ley del foro ese deber se traduce en obligación de adquirir su pleno conocimiento, y ante el Derecho Extranjero, ese deber se extiende a la posibilidad de utilizar como medio de conocimiento la cooperación de las partes.
- Se debe preferir las normas de competencia judicial internacional contempladas en los Tratados Internacionales y el Código Civil frente a las del Código Procesal Civil. El Código Procesal Civil entró en vigencia el año 1993, no es un cuerpo sustantivo del ordenamiento jurídico peruano, sino más bien es un cuerpo legal que contiene normas de carácter procedimental; por ende, no puede pretenderse que sus normas tengan el alcance de modificar el sistema de Derecho Internacional Privado.

- Cuando el inciso 4° del artículo 190° del Código Procesal Civil, mediante una redacción errada que fue modificada *ex* promulgación del Código, refiere a que la parte que invoque el derecho extranjero debe realizar actos destinados a acreditar la existencia de la norma extranjera y su sentido, éste no ser interpretado de manera literal, sino, más bien, de manera sistemática y teleológica – funcional con el conjunto de normas del Derecho Internacional Privado de fuente interna y de fuente internacional.
- Finalmente, considerar el derecho extranjero exclusivamente como un mero hecho implicaría un pronunciamiento sobre la existencia del mismo, lo cual impide interpretarlo como cualquier norma. Asimismo, al no admitirse la revisión de cuestiones de hecho en el recurso de casación, la Corte Suprema declarararía improcedente dicho recurso, vulnerando derechos fundamentales de las partes.



## 7. BIBLIOGRAFÍA

ARIANO, Eugenia.

2016 “«Prueba» del derecho y tutela jurisdiccional efectiva”. En ARIANO, Eugenia. *In limine litis. Estudios críticos de derecho procesal civil*. Lima: Instituto Pacífico.

Bogdan, Michel

2010 “Private International Law as a component of the law of the forum”. En Corte Internacional de Justicia (Editor) *Recueil des cours: Collected courses of the Hague Academy of International Law 2010*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

BONET, José.

2009 *La prueba en el proceso civil. Cuestiones fundamentales*. Madrid: Editorial Difusión Jurídica y Temas de Actualidad.

CALVO, Alfonso

(2000) *Práctica procesal civil internacional*. Madrid: Comares.

DAVID, René.

1953 *Tratado de derecho civil comparado*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

DELGADO, César; DELGADO, María Antonieta; CANDELA, César.

2012 *Introducción al derecho internacional privado. Tomo I: Conflicto de Leyes*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

DELGADO, César; DELGADO, María Antonieta; CANDELA, César; PEJNOVIC, Milan.

2015 *Introducción al derecho internacional privado. Tomo III: Conflictos de jurisdicciones, arbitraje internacional y sujetos de relaciones privadas internacionales*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

FERNÁNDEZ, Diego

(2006) “Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana”. En LLANOS, Hugo (coordinador). *Estudios de derecho internacional: libro homenaje al profesor Santiago Benadava*. Tomo II. Chile: Librotecnia, pp. 93-126.

FELDESTSTEIN, Sara

(2003) “Panorama del sistema de derecho internacional privado argentino en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales

extranjeros”. En *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*. México D.F., pp. 1-25.

GOLDSCHMIDT, Werner  
(2002) *Derecho internacional privado*. Novena Edición. Buenos aires: Editorial Depalma.

GÓMEZ, Ángel.

1989. “El derecho a una resolución motivada y congruente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en, MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, Julián y ARAGÓN REYES, Manuel (coords.), *La Constitución y la práctica del Derecho* . Pamplona: Sopec.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo.  
1975 “Tratamiento procesal del derecho extranjero en el Título Preliminar del Código Civil”. *Anuario de Derecho Internacional*. Navarra, volumen II, pp. 43-83.  
Consulta: 20 de noviembre de 2016.

MONROY, Juan  
(2009) *Teoría General del Proceso*. Lima: Communitas.

MORELLO, Augusto.  
2003 *Los hechos en el proceso civil*. Buenos Aires: La ley.

VIRGOS, Miguel y Francisco GARCIMARTÍN  
(2007) *Derecho Procesal Civil Internacional: Litigación internacional*. Segunda Edición. Madrid: Aranzandi S.A.