



LA APLICACIÓN DE LA LEY EXTRANJERA EN COLOMBIA

JOSÉ LUÍS MARÍN FUENTES
UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA

Recibido el 16 de julio y aprobado el 3 de agosto de 2007.

RESUMEN

En el presente Artículo se muestra de manera sucinta el escaso desarrollo y aún la deficiencia que se presenta en el ordenamiento jurídico colombiano en materia de normas que regulen la aplicación de otras normas o Leyes provenientes de sistemas legales extranjeros, las cuales, por su función, deben ser aplicadas a casos o litigios internos por mandato de las normas del derecho internacional privado nacional y que dificultan la aplicación de éstas por las ambigüedades que están inscritas principalmente en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Civil.

PALABRAS CLAVE

Código de procedimiento civil, derecho internacional privado, Ley extranjera, litigio, ordenamiento jurídico.

THE APPLICATION OF FOREIGN LAW IN COLOMBIA

ABSTRACT

The present article concisely shows the scarce development and the deficiency found in the Colombian legal system in regards to norms that regulate the application of other norms or laws of foreign legal systems. The latter, due to their function, must be applied in cases by mandate of the norms of the national private international law, hindering their application due to the ambiguities found in Article 188 of the Colombian Procedure Code.

KEY WORDS

Procedure code, private international law, foreign Law, cases, legal system.

I. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR LEY O NORMA EXTRANJERA?

Una Ley o norma extranjera es aquella regla de derecho o disposición de carácter general, abstracto y permanente que ha sido generalmente creada por el legislador extranjero o por un organismo internacional para regular los comportamientos sociales, económicos o políticos en un determinado Estado o territorio.

La aplicación de una Ley extranjera se presenta básicamente en el desarrollo de la etapa probatoria de un proceso; en este caso, la misma puede ser aportada como una prueba en sí misma, es decir, cuando una de las partes la adjunta al proceso o cuando es requerida por el juez para no incurrir en una denegación de justicia *-iura novit curia-*.

En el Título XIII del Código de Procedimiento Civil colombiano, relativo al tema de las pruebas, trata en su Artículo 188 lo relativo a las normas jurídicas de alcance no nacional y las Leyes extranjeras que pretendan ser aportadas en un proceso en Colombia para que se les efectúe el respectivo reconocimiento y valoración como pruebas dentro del litigio; al respecto establece dicho Artículo que:

El texto de normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las Leyes extranjeras, se aducirá al proceso en copia auténtica de oficio o a solicitud de parte.

La copia total o parcial de la Ley extranjera deberá expedirse por la autoridad competente del respectivo país, autenticada en la forma prevista en el Artículo 259. También podrá ser expedida por el cónsul de ese país en Colombia, cuya firma autenticará el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Cuando se trate de Ley extranjera no escrita, ésta podrá probarse con el testimonio de dos o más abogados del país de origen.

Frente al enunciado anterior podemos establecer, en un primer plano, que en su primera parte éste hace alusión a dos tipos de figuras que pueden ser admitidas como aplicables en el entorno judicial interno; hablamos pues en este caso del texto de las “normas jurídicas” y de las “Leyes extranjeras”.

En este evento se puede evidenciar que el legislador colombiano al desarrollar esta norma “al parecer” quiso regular tanto lo relativo a las normas jurídicas en un sentido general, como aquél de la Ley extranjera en un sentido particular; de lo anterior se puede desprender que en este caso se puede entender por normas jurídicas aquel tipo de normas que no han sido creadas directamente por el legislador, como

sí es el caso de una Ley. Así las cosas, el concepto de Ley extranjera sólo cabría para aquellas normas que han sido expedidas directamente por un legislador, en tanto que el de norma jurídica, se aplicaría sólo para unos enunciados jurídicos que han sido creados por organismos internacionales y que pueden tener las mismas características de una Ley, en cuyo caso estaríamos haciendo alusión a normas tales como los Principios UNIDROIT, los INCOTERMS o las normas del derecho convencional internacional, etc.

Ahora, con relación a la segunda parte de la norma citada, se puede apreciar que se contrae la aplicación de ambas figuras señaladas; ello debido a que se reduce sólo a una normativa, en este caso a la Ley extranjera, la cual ser expedida por la autoridad competente, deberá ser aportada en una copia total o parcial. En este caso, lo referente a la norma jurídica de carácter “no oficial” ha sido descartado en favor de la norma proveniente directamente de un acto legislativo.

En el mismo orden y con referencia a la autenticación prevista en el Artículo 259 del Código de Procedimiento Civil, ésta ha sido modificada por la Convención sobre la abolición del requisito de legalización para documentos extranjeros, suscrita en La Haya el 5 de octubre de 1961, aprobada mediante la Ley 455 de 1998.

En cuanto a la tercera parte, se evidencia que el legislador volvió a incurrir en una ambigüedad, toda vez que él mismo hace referencia a una “Ley extranjera no escrita”, lo cual nos lleva inmediatamente a pensar que se trata de una costumbre, en este caso internacional, que cabría dentro del postulado analizado en la primera parte; esto es, una norma jurídica establecida por algún organismo internacional o convencional.

De lo anterior se puede desprender que:

- a) Frente al derecho colombiano una Ley extranjera puede bien ser: aquella que ha sido creada por un legislador o aquella que ha sido el fruto de un proceso concertado en el seno de una organización internacional, sea de carácter público como puede ser el caso de las agencias adscritas a la Naciones Unidas, ejemplo UNIDROIT, UNCITRAL, o de carácter privado, como lo es la CCI o la Cámara de Comercio Internacional con sus INCOTERMS.
- b) El establecimiento de la Ley extranjera se puede dar de oficio, es decir, solicitado por el juez, o puede ser de parte, es decir, aportado al proceso por la parte interesada en hacer valer su contenido, ello antes de que se dé inicio al procedimiento o durante el mismo.
- c) El documento contentivo de la Ley extranjera como tal podrá ser elaborado o expedido por la autoridad que sea competente para ello en el país de origen

de la Ley, o podrá ser expedido por el cónsul de ese país en Colombia, previo reconocimiento de su firma ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.

- d) Si se trata de una Ley extranjera que no está escrita, como puede ser el caso de una costumbre, la misma puede probarse con el testimonio de dos o más abogados del país de origen.

II. APLICACIÓN DE LA LEY O NORMA EXTRANJERA POR ORDEN DE LAS NORMAS INTERNAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Generalmente lo que hace una regla de conflicto de Leyes es básicamente designar la Ley que se estima más apropiada para resolver la cuestión propuesta ante el juez o tribunal competente; de ahí que la aplicación de una Ley o norma extranjera pueda ser comandada por las normas internas de derecho internacional privado, las cuales establecen el derecho aplicable a una cuestión dada, pudiéndose presentar el caso en el que dicha Ley o norma sea diferente o no pertenezca al derecho interno del país de donde se solicitan.

Una vez que la regla de conflicto ha determinado sin dificultad la competencia que posee la Ley extranjera para abordar el caso en cuestión, se está cumpliendo de una manera indirecta la voluntad del legislador del *forum*, expresada en el doble imperativo contenido en la norma de conflicto de sustraer el litigio a la solución prescrita por su propia Ley y resolverlo por la del país que designe el punto de conexión (MIAJA, 1976: 433).

Un ejemplo de lo anterior lo podemos encontrar en el Artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, el cual otorga competencia indirecta a un derecho extranjero; ello como consecuencia de la competencia que le brinda el mismo a un tribunal extranjero, que deberá aplicar sus normas de derecho internacional privado, las cuales, en última instancia, son las que determinarán la Ley competente, que en este caso podrá ser su Ley interna o una Ley extranjera; todo esto lo podemos evidenciar en los siguientes enunciados:

En cuanto a la *lex domicilium*:

Artículo 23. Reglas generales. La competencia territorial se determina por las siguientes reglas:

1. En los procesos contenciosos, salvo disposición legal en contrario, es competente el juez del domicilio del demandado¹; si éste tiene varios, cualquiera de ellos a elección del demandante, a menos que se trate de asuntos vinculados exclusivamente a uno de dichos domicilios, caso en el cual será competente el juez de éste.
2. Si el demandado carece de domicilio, es competente el juez de su residencia, y si tampoco tiene residencia en el país, el del domicilio del demandante.
3. Siendo dos o más los demandados, será competente el juez del domicilio de cualquiera de ellos, a elección del demandante².
4. En los procesos de alimentos, nulidad y divorcio de matrimonio civil, separación de bienes, liquidación de sociedad conyugal, pérdida o suspensión de la patria potestad, o impugnación de la paternidad legítima, y en las medidas cautelares sobre personas o bienes vinculados a tales procesos o a los de nulidad, divorcio y separación de cuerpos de matrimonio católico, será también competente el juez que corresponda al domicilio común anterior, mientras el demandante lo conserve³.
5. De los procesos a que diere lugar un contrato serán competentes, a elección del demandante, el juez del lugar de su cumplimiento y el del domicilio del demandado. Para efectos judiciales la estipulación de domicilio contractual se tendrá por no escrita⁴.
6. En los procesos de nulidad, disolución y liquidación de sociedades, y en los que se susciten por controversias entre los socios en razón de la sociedad, aun después de su liquidación, es competente el juez del domicilio principal de la sociedad⁵.
7. En los procesos contra una sociedad es competente el juez de su domicilio principal; pero cuando se trate de asuntos vinculados a una sucursal o agencia, serán competentes, a prevención, el juez de aquél y el de ésta.
11. De los procesos para que se declare a quién corresponde una capellanía laica o un patronato de legos, conocerá el juez del domicilio del demandante⁶.

¹ Subrayas fuera del texto.

² Subrayas fuera del texto.

³ Subrayas fuera del texto.

⁴ Subrayas fuera del texto.

⁵ Subrayas fuera del texto.

⁶ Subrayas fuera del texto.

13. En los procesos de quiebra, concurso de acreedores y cesión de bienes, será competente de modo privativo el juez del domicilio del deudor, y si tiene varios el que corresponda al asiento principal de sus negocios⁷.
14. En los procesos de sucesión será competente el juez del último domicilio del difunto en el territorio nacional, y en caso de que a su muerte hubiere tenido varios, el que corresponda al asiento principal de sus negocios⁸.

Respecto a la *lex loci delictii*:

8. En los procesos por responsabilidad extracontractual, será también competente el juez que corresponda al lugar donde ocurrió el hecho⁹.

En cuanto a la *lex rei sitae*:

9. En los procesos en que se ejerciten derechos reales, será competente también el juez del lugar donde se hallen ubicados los bienes; la demanda que verse sobre uno o varios inmuebles situados en distintas jurisdicciones territoriales, podrá intentarse ante el juez de cualquiera de ellas, a elección del demandante¹⁰.
10. En los procesos divisorios, de deslinde y amojonamiento, de expropiación, de servidumbres, posesorios de cualquier naturaleza, de restitución de tenencia, de declaración de pertenencia y de bienes vacantes y mostrencos, será competente de modo privativo el juez del lugar donde se hallen ubicados los bienes, y si éstos comprenden distintas jurisdicciones territoriales, el de cualquiera de ellas a elección del demandante.
12. De los procesos sobre rendición de cuentas conocerá también el juez que corresponda al centro principal de la administración.
15. En los procesos que se promuevan contra los asignatarios, el cónyuge o los administradores de la herencia, por causa o en razón de ésta, será competente el juez que conozca del proceso de sucesión mientras dure éste, siempre que lo sea por razón de la cuantía, y si no lo fuere, el correspondiente juez de dicha jurisdicción territorial.

⁷ Subrayas fuera del texto.

⁸ Subrayas fuera del texto.

⁹ Subrayas fuera del texto.

¹⁰ Subrayas fuera del texto.

Frente a la *lex causae*:

16. Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, de la sucesión testada o intestada de un extranjero sin domicilio en el país, que deba tramitarse en éste, conocerá el juez que corresponda al asiento principal de sus negocios.

III. APLICACIÓN DE OFICIO DE LAS LEYES O NORMAS EXTRANJERAS

La aplicación de la Ley extranjera también puede ser aplicada de oficio, esto se da cuando el juez advierte que una Ley extranjera puede adaptarse mejor al litigio que tiene frente a él. En este caso, aunque se presente como poco probable, el juez que ha sido declarado como competente puede aplicar una Ley extranjera perteneciente a un derecho determinado, o puede dar aplicación a una Ley o norma perteneciente a una normatividad internacional como las que hemos mencionado anteriormente. Prueba de esto lo podemos evidenciar en el Artículo 23 del Código de Procedimiento Civil Colombiano antes analizado. Por ello, cuando el juez pretenda aplicar de oficio una Ley extranjera, entonces deberá ceñirse a lo señalado por sus normas procesales establecidas al efecto.

Por eso cuando se pretenda dar de oficio una aplicación de una Ley extranjera, en ese caso, no será necesario establecer distinciones en función del origen o de la naturaleza de la misma norma o Ley extranjera, ya que en este caso no interesa si aquella tiene un origen legal o jurisprudencial.

IV. APLICACIÓN DE LA LEY O NORMA EXTRANJERA POR SOLICITUD DE PARTE

En cuanto a las materias en que las partes pueden disponer libremente de sus derechos, la aplicación de la Ley o norma extranjera está supeditada a la reivindicación de la misma por parte de aquellas, en cuya ausencia no habrá aplicación alguna.

Cuando es en las partes en quien recae aportar la Ley al proceso, aparece la denominada “carga de la prueba” que consiste básicamente en establecer los hechos de los cuales depende el éxito de la pretensión, en otras palabras: *Actori incumbit probatio o Ei incumbit probatio qui decit, non qui negat*¹¹.

Por ello, la prueba de la Ley o norma extranjera deberá ser asumida por aquella parte que pretenda establecer sus derechos invocando el derecho extranjero señalado por la regla de conflicto; ella debe mostrar que mediante la aplicación de la Ley

¹¹ El aportar las pruebas corresponde a quien afirma o acusa y no al que niega o se defiende.



local se conduciría a un resultado diferente al que emanaría de la aplicación de la Ley extranjera, de ahí la necesidad de que se demuestre la existencia de aquella diferencia, invocando el contenido de la Ley extranjera.

Respecto a la libertad contractual, vemos que el legislador colombiano ha sido reacio a permitir a las partes el libre uso de su autonomía de la voluntad en materia contractual, esto en cuanto se trata de recurrir a un derecho extranjero para que regule sus relaciones contractuales; la sola norma que autoriza expresamente a las partes a escoger un derecho extranjero es el Artículo 6 de la Ley 518 de 1999, que aprobó la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercancías, por lo que evidencia que es únicamente en este evento donde se autoriza de forma directa a las partes a recurrir a dicho derecho.

Por ello corresponde a la parte que pretenda demostrar que la aplicación de una Ley o norma extranjera es más beneficiosa para sus intereses que la Ley nacional, aportar la prueba de dicha Ley, ya que en este caso se aplica el principio de *da mihi factum, dabo tibi jus* -dame las pruebas o los hechos y te daré el derecho-. En el evento contrario, si las partes renuncian a la aplicación de la Ley extranjera, lo que están haciendo es una concesión a favor de la Ley del foro o Ley interna.

CONCLUSIÓN

Vemos pues que la aplicación de una Ley o norma extranjera en Colombia está regulada de una manera muy ambigua y poco precisa, ya que no se establece con exactitud a qué tipo de normas es la que hace referencia el Artículo 188 del Código de Procedimiento Civil.

Por otro lado, no está claro a qué tipo de situaciones la misma es aplicable, ya que debe ser por remisión que haga dicho Artículo a otras normas que se debe deducir el derecho aplicable; igualmente en materias en que predomina la autonomía de la voluntad contractual, la misma se halla muy limitada en cuanto a la selección no sólo del foro competente, sino del derecho aplicable a la relación contractual; esta carencia ha venido a ser suplida en parte por la aprobación de una Convención en materia contractual¹²; para los otros casos la Ley es muda o limitada al respecto.

Finalmente, si bien el derecho interno debe ser aplicado de preferencia, podrá darse el caso en que el contenido de una Ley extranjera supla vacíos legales que tiene la Ley del foro y de esta forma puede complementarla, incluso en cuestiones de validez de la misma o de los documentos que puedan ser tenidos como pruebas.

¹² Convención de Viena de 1980 sobre la Venta Internacional de Mercancías.

BIBLIOGRAFÍA

Código de Procedimiento Civil. (2007). Bogotá: Legis.

MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. (1976). *Derecho Internacional Privado*. Madrid: Edición Lope de Vega. Tomo I.