

LA PRUEBA DE LA LEY
EXTRANJERA EN COLOMBIA:
ANÁLISIS COMPARADO*

*PROOF OF FOREIGN LAW IN COLOMBIA:
A COMPARATIVE ANALYSIS*

*Fecha de recepción: 13 de octubre de 2011
Fecha de aceptación: 10 de febrero de 2012*

JOHANN MANRIQUE-GARCÍA**

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO CITE THIS ARTICLE
Johann Manrique-García, *La prueba de la ley extranjera en Colombia: análisis comparado*, 20 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 51-74 (2012).

Código SICI: 1692-8156(201206)12:20<51:PLECAC>2.0.TX;2-N

* Artículo de investigación científica.

** Abogado, Universidad Santo Tomás, Bucaramanga, Colombia. Magíster en Derecho Comercial (*LLM in Business Law*), Osgoode Hall Law School of York University, Toronto, Canadá. Director Jurídico de la sociedad Urbanizadora David Puyana S.A. Urbanas S.A. Asesor y consultor empresarial con la firma de abogados Gómez, Manrique & Sánchez. Docente universitario de las cátedras de Derecho Internacional y Teoría del General del Proceso, Universidad Cooperativa de Colombia, Bucaramanga, Colombia.
Contacto: jmanrique@gmsconsultores.com

RESUMEN

El Derecho Privado Internacional requiere que los Estados mantengan un sistema de tribunales dispuestos a aplicar las normas del Derecho Internacional cuando una de las partes en litigio no sea un nacional del país. Uno de sus componentes es la *prueba de la ley extranjera*, la cual es analizada de manera comparada entre el estado del arte encontrado en Colombia, en los países con el sistema legal del *Common Law* y en los Estados de Europa continental. La revisión crítica se hace desde tres temáticas: la prueba del derecho extranjero como hecho o derecho, la carga probatoria y los medios de prueba. Igualmente, se estudian las perspectivas en esta materia para Colombia, confrontadas con los desarrollos más recientes en otras jurisdicciones. Se concluye que en cuanto a la *prueba de la ley extranjera* en Colombia no sigue el estándar del Derecho Civil de forma comparada, sugiriendo que se promueve una legislación integral en materia del Derecho Internacional Privado.

Palabras clave autor: *prueba de la ley extranjera*, carga de la prueba, prueba de oficio, medio de prueba, ALI/Unidroit, Código General del Proceso.

Palabras clave descriptor: Derecho Internacional Privado, Derecho Internacional, procedimiento civil (Derecho Internacional), asesoría jurídica, jurisdicción penal.

ABSTRACT

The international private law requires that states must have a tribunal system with the disposition to apply the rules of international law when a party in litigation is not a national of the country. One component of the international private law is the proof of the foreign law, which is analyzed from a comparative perspective between the state of the art in Colombia with countries that have a Common Law legal system and nations of the continental Europe. The critical review is made under three topics: the proof of foreign law as a matter of fact or law, the burden of proof and methods of proof. The prospects for Colombia in these areas will be confronted with the most recent developments in other jurisdictions. The conclusion is that the question of the proof of foreign law in Colombia does not keeps correspondence with the civil law system international standard, suggesting that is necessary to incept comprehensive legislation on private international law.

Key words authors: *Proof of the foreign law, burden of proof, ex officio proof, method of proof, ALIIUnidroit, General Code of the Process.*

Key words plus: *Conflict of laws, international law, civil procedure (International law), legal section, criminal jurisdiction.*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN- I. ASPECTOS TEÓRICOS GENERALES SOBRE LA PRUEBA DE LA LEY EXTRANJERA EN COLOMBIA DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA. ESTADO DEL ARTE- A. La ley extranjera: ¿derecho o hecho? B. Carga probatoria de la ley extranjera: ¿de las partes o de oficio? C. ¿Cómo se prueba la ley extranjera? Medios de prueba II . EL FUTURO DEL PROCEDIMIENTO CIVIL COLOMBIANO: EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO Y LA PRUEBA DE LA LEY EXTRANJERA

INTRODUCCIÓN

El Derecho Internacional privado requiere que los Estados mantengan un sistema de tribunales dispuestos a aplicar esta clase de normas cuando una de las partes en litigio no es un nacional del país donde se surte la actuación judicial. Esto tiene como uno de sus fines revestir de garantías judiciales mínimas a los extranjeros que se sometan al sistema judicial de un Estado diferente al que tienen por origen. Prueba de lo anterior son las distintas legislaciones que en esta materia han promulgado los Estados de Europa continental, así como los diferentes acuerdos comunitarios al respecto. En el mismo sentido lo han hecho las naciones de tradición legal de tipo consuetudinaria con su original y único *Conflict of Laws*.

Colombia, como Estado de derecho que tiene un mandato constitucional de integración con los demás pueblos de la región y el mundo, no puede ser ajena a la exigencia del concierto internacional en materia de Derecho Internacional Privado, razón por la cual es propicio revisar cual es el estado del arte y las futuras perspectivas del derecho del país en lo concerniente a la prueba del derecho extranjero.

La primera parte de este documento estará dedicada a estudiar aspectos teóricos generales sobre la *prueba de la ley extranjera* en Colombia desde una perspectiva comparada. Esta, a su vez, se dividirá en tres grandes temáticas: la *prueba de la ley extranjera* como asunto de hecho o de derecho, la carga de la *prueba de la ley extranjera* y los medios de *prueba de la ley extranjera*. La segunda parte tratará sobre las perspectivas del derecho colombiano en la *prueba de la ley extranjera* confrontada con las tendencias mundiales sobre la prueba del derecho extranjero. Por último, se presenta la conclusión.

I. ASPECTOS TEÓRICOS GENERALES SOBRE LA *PRUEBA DE LA LEY EXTRANJERA* EN COLOMBIA DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA. ESTADO DEL ARTE

Con este título se procura determinar el eje básico teórico a analizar sobre el tratamiento de la ley extranjera en materia probatoria. Este eje está elaborado a partir de un estudio comparado del régimen procesal de la *prueba de la ley extranjera* en países con tradición legal del *Common Law* y del Derecho Civil. Los aspectos que comprenden el eje teórico son: la ley extranjera como hecho o como derecho, la carga probatoria de la ley extranjera y cómo se prueba la ley extranjera (los medios de prueba).

A. *La ley extranjera: ¿derecho o hecho?*

La regla general en las jurisdicciones con tradición legal del *Common Law* es que la ley extranjera es un hecho que debe ser alegado y probado en el juicio¹. A su turno, en la tradición legal del Derecho Civil, predominantemente la ley extranjera es tratada como un asunto de derecho, el cual debe ser pretendido por las partes, pero no necesariamente probado por estas². La importancia de esclarecer si dicha ley es un asunto de hecho o de derecho deviene en que si es tratado como un asunto de derecho el juez está en la obligación de aplicarla al caso bajo su escrutinio³, cosa que no sucede cuando es encasillada como un

1 Ver Janet Walker (Ed.). Castel & Walker, *Canadian Conflicts of Laws*, I, Ch. 11. 6th ed. Butterworth's, Toronto. (2008).

P.E. Nygh, & Martin Davies, *Conflicts of Laws in Australia*, ch. 17, p. 327 at ¶ 17.3. 7th ed. LexisNexis Butterworth's, Australia (2002).

David McClean & David Beevers. Kisch, Morris *The Conflict of Laws*, Ch. 1 p. 9 at ¶ 1-015. 6th ed. London: Sweet&Maxwell (2005).

2 *Infra* nota 5.

3 Nicholas Rafferty (Ed.). *Private International Law in Common Law Canada, Cases, Text and Materials*. Ch. 10 p. 509. 2nd ed. Edmond Montgomery, Toronto (2003): "Most legal systems in continental Europe and Latin America treat foreign law as law with the result that it must (or at least) be applied *ex officio* by the court whether or not invoked by the parties. Although the parties can be (and usually are) enjoined to assist in ascertaining the foreign law, the court has the final word".

Russell J. Weintraub. *Commentary on the Conflicts of Laws*. Ch. 3 § 3.7 p. 115. 5th ed.

hecho, pues si la parte interesada no la alega y prueba, el juez no estará en la obligación de aplicarla. Aunque estas posiciones crean dos bandos distintos, cierto es también que cuando la ley extranjera es tratada como hecho, es un hecho especialísimo con un régimen legal igualmente particular⁴, similar cuando esa ley es tratada como derecho, que es un derecho que no está a la par ni tiene la misma fuerza que la ley interna, es decir, un derecho *sui generis*⁵.

En Inglaterra es un principio fundamental de procedimiento el tratar la ley extranjera como un asunto de hecho⁶. Idea que es seguida por Canadá, Australia y los demás miembros del *Commonwealth*, en general⁷. Razón por la cual la parte que pretenda que sea tenida en cuenta la ley extranjera que invoca

Thomson West, New York (2006): “Unlike common law jurisdictions which permit a judge to apply forum law in default of a party’s proof of foreign law, some civil law countries impose an obligation on the trial judge to ascertain foreign law when it is applicable” (citación interna omitida).

Eugene F. Scoles. *Conflicts of Laws*. Ch. 12 § 12.16. 3rd ed. West Group, St Paul (2000): “On the other hand, most continental states, as well as the states of the Russian Federation (as successors to the USSR) and Latin American countries have long held the view that foreign law is ‘law’”.

- 4 Nygh, *supra* nota 3 p. 328: “Though a question of foreign law is a question of fact, it is ‘a question of fact of a peculiar kind’ (citación interna omitida). En Inglaterra ver: Peter North & J.J. Fawcett (Eds.). *Cheshire and North’s Private International Law*. Ch. 7 p. 100 13^a ed. Butterworth’s, Great Britain. (1999): “Foreign law is, therefore, threaded as a question of fact but it is ‘a question of fact of a peculiar kind’” (citación interna omitida).
- 5 Stephen L. Sass. *Foreign Law in Civil Litigation: A Comparative Survey*. 16 Am. J. Comp. L. p. 332 (1968); Jacob Dolinger, *Application, Proof, and Interpretation of Foreign Law: A Comparative Study in International Law*. 12 Ariz. Int’l & Comp L. p. 225 (1995); Trevor C. Hartley, *Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European System Compared*. 45 Int’l & Comp. L.Q. p. 271 (1996).
- 6 McClean & Beevers, *supra* note 3: “In that sense the possible relevance of foreign law is asserted amongst the pleaded facts, rather than argued as point of law [...]”. Adrian Briggs. *The Conflict of Laws*, Ch. I p. 5. 2nd ed. Oxford University Press, Oxford (2008): “As regard the fourth point, the content and effect of an applicable foreign law are matters of fact, to be proved by the parties as a question of fact [...]”. C.M.V Clarkson & Jonathan Hill. *The Conflict of Laws*. p. 15 3th ed., Oxford University Press, Oxford (2006): “Because foreign laws are regarded as mere facts of which judges have no judicial knowledge, they have to be proved in court by party alleging that they are applicable”. J.G. Collier. *Conflicts of Laws*. Part I, p. 33. 3th ed. Cambridge University Press, Cambridge (2001): “Rules of foreign laws have the status of facts”. Lawrence Collins (Ed.). *Dicey & Morris The Conflict of Laws*. Ch. 9. p. 221. Sweet&Maxwell, London (2002): “The principle that, in an English court, foreign law is a matter of fact has long been well established”. Ruth Hayward. *Conflicts of Laws*. Ch. 1 p. 9. 4th ed. Cavendish, Great Britain (2006): “Foreign law is treated as a question of fact of which the judge has no judicial knowledge”.
- 7 Walker, Rafferty, Nygh, *supra* nota 3. Ver también M.J. Tilbury et al. *Conflicts of laws in Australia*. Ch. 9. Victoria: Oxford University Press (2002).

en la demanda, al ser ello un hecho, estará sometida a las reglas probatorias de los hechos conforme al régimen procedimental de la jurisdicción. Esto último es afirmado por Janet Walker: “La parte que se apoya en la ley extranjera debe establecer el efecto de dicha ley en sus peticiones y aducir las evidencias que prueben esa ley como un hecho”⁸.

En sentido contrario, en Alemania la ley extranjera es un derecho, y como tal deviene dos importantes consecuencias⁹: (i) sea pretendida o no por alguna parte, al ser una cuestión de derecho, es de aplicación obligatoria por el juez, siempre y cuando sea la ley apropiada para resolver el asunto, guardadas las excepciones¹⁰; y (ii) no es una ley imperante dentro de la jurisdicción, sino es un “derecho especial”, el cual está sometido a prueba, como se dijo anteriormente¹¹.

Respecto al Derecho Internacional, en la Unión Europea la regulación, generalmente conocida como Roma II y Roma I¹², siguen la doctrina del Derecho Continental Civil. Esta regulación claramente establece que la ley extranjera es un asunto de derecho, como se puede deducir de sus artículos 3¹³ y 2, 3 y 4, respectivamente. En el otro lado del Atlántico, la convención de Montevideo, adoptada por la OEA, en su artículo 2 ordena:

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

8 Walker, *supra* nota 3: “[...] fourthly, the party relying on foreign law must adduce evidence which proves its content to the satisfaction of the court”.

9 Hartley, *supra* nota 7. Ver especialmente la nota 11.

10 Que la LE sea contraria al orden público o las políticas públicas del foro es la excepción por excelencia.

11 Hartley, *supra* nota 7.

12 Resolución Legislativa del Parlamento Europeo con respecto a la Posición Común del Consejo con vistas a la adopción del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) (9751/7/2006-C6-0317/2006-2003/0168 (COD)). Resolución Legislativa del Parlamento Europeo respecto de la Posición Común del Consejo con vistas a la adopción del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) Bruselas, 15.12.2005 COM (2005) 650 final 2005/0261 (COD).

13 *Ibidem*. artículo 3: Aplicación Universal. La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro.

*resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada*¹⁴.

En mi opinión, la anterior provisión y el tratado en general es ambiguo en la definición de si la ley extranjera es un asunto de hecho o de derecho, pues la posibilidad de alegar sobre la existencia y el contenido de la ley extranjera da a entender que es un hecho, pues el que esté sometida a debate por las partes es una característica esencial de los hechos en el derecho procesal¹⁵. Aunado a esto, la inseguridad que proporciona la última palabra del artículo: “invocada”, la cual da para inferir razonablemente que esta ley debe ser “alegada y probada” por la parte interesada, cosa que también es una característica esencial de los hechos en el derecho probatorio¹⁶. Sin dejar escapar que el artículo citado en su redacción da para que se presenten dos posibles escenarios, el primero es que si la o las partes invocan, alegan y prueban la ley extranjera, los jueces deberán aplicar el derecho extranjero; pero si las partes no ejercitan los verbos enunciados (invocar, alegar, probar), aquí es donde se configura el segundo escenario, el cual es que los jueces deberán aplicar el derecho extranjero de oficio “tal como lo harían los jueces del Estado, cuyo derecho *resultare aplicable*”¹⁷, *ergo*, la ley extranjera es derecho de obligatoria aplicación, es decir, se configura el popular adagio que dice: “con cara gano y con sello también”. Los escenarios planteados son *vis a vis* con lo antes expuesto en referencia al tratamiento de la ley extranjera en el país de Alemania y con el *common law*¹⁸. Extraño no resulta que un tratado interamericano

14 Organización de Estados Americanos, Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, Montevideo, Uruguay (B-45-05/08/79).

15 Jorge de la Rúa Navarro. La prueba de los hechos nuevos. Pág. 303, en Xavier Abel Lluch & Joan Picó i Junoy. Objeto y carga de la prueba civil J.M. Bosch (2007): “Las partes deben introducir los hechos en los que funden sus pretensiones o resistencias en la demanda y contestación a la misma como los trámites de alegación fundamentales. *Ambas cosas forman la realidad procesal sobre la que va a versar la prueba y la resolución del pleito*” (negrillas fuera del texto).

16 Ibidem.

17 Supra nota 14.

18 Supra notas 3 y 5.

vigente para países mayoritariamente de tradición civilista opte por tratar la ley extranjera como un asunto de derecho¹⁹.

En el caso colombiano, el artículo 188 del Código de Procedimiento Civil²⁰ (CPC) señala lo siguiente respecto a la *prueba de la ley extranjera*:

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, esta podrá probarse con el testimonio de dos o más abogados del país de origen²¹.

Nótense dos aspectos supremamente curiosos de la redacción del artículo antes transcrito, que si se cotejan con lo expuesto hasta este momento, claramente llevan a decir sin equívocos que en Colombia la ley extranjera es un hecho que se debe probar por las siguientes dos razones: 1) Las normas de carácter extranjero deben ser aportadas *por escrito* de oficio (facultad inquisitiva del juez)²² o a petición de parte; y 2) la ley extranjera no escrita *se prueba* por testimonio (medio de prueba)²³.

La explicación de tal situación, es decir, a la redacción del anterior artículo, tiene su explicación histórica en la concepción

19 A manera de ejemplo, se puede nombrar que en la República Oriental del Uruguay el Código General del Proceso, en su artículo 143 señala: “El derecho a aplicar, sea nacional o extranjero, no requiere prueba y el Tribunal y las partes podrán acudir a todo procedimiento legítimo para acreditarlo”.

20 Presidencia de la República. Decreto 1400 de 1970 del 6 de agosto, por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil. Publicado en: *Diario Oficial* 33.150 (1970).

21 Artículo 188. Normas jurídicas de alcance no nacional y leyes extranjeras. Artículo modificado por el artículo 1, numeral 92 del Decreto 2282 de 1989.

22 Artículo 179. Prueba de oficio y a petición de parte. Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte, o de oficio cuando el magistrado o juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes [...].

23 Artículo 175. Medios de prueba. Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio.

que sobre la *prueba de la ley extranjera* tenía uno de los más admirados procesalistas nacionales y miembro del grupo gestor del actual Código de Procedimiento Civil, Antonio, Rocha Alvira, quien en una de sus obras dice:

El derecho mismo no es objeto de prueba, salvo que se trate del derecho extranjero o de la costumbre, pues el derecho extranjero viene a ser un hecho desconocido para el juez nacional, cuya prueba se debe dar conforme al artículo 659 del C. de PC; y la costumbre o los usos, a fuer de repetición de hechos o actos no codificados, también necesitan de la prueba conforme al 700 del mismo código y al 20 de la Ley 28 de 1931²⁴.

Explicación suficiente la que brinda el maestro Rocha Alvira del porqué del tratamiento de hecho que se le da en Colombia a la ley extranjera, el cual sirve de soporte a mi argumento.

Hasta lo aquí expuesto, se puede concluir que para las jurisdicciones que siguen el *common law*, la ley extranjera es un asunto de hecho que amerita ser argüido y probado en juicio, en contraste con la tradición civilista, la cual mayoritariamente encuadra esta ley como una situación de derecho, claro está, que en mi concepto aunque Colombia se puede enmarcar en la tradición del sistema legal civil, en este asunto la ley extranjera tiene tratamiento de hecho.

B. Carga probatoria de la ley extranjera: ¿de las partes o de oficio?²⁵

Las tradiciones legales aquí analizadas en lo referido a la carga probatoria de la ley extranjera están en orillas contrarias. Por una parte, países como Alemania, Suiza y Francia mantienen una

24 Antonio Rocha Alvira. De la Prueba en Derecho. Tomo 1. Pág. 32. 5ª edición. Editorial Lerner. (1967). Obviamente, se debe advertir que este concepto doctrinario fue emitido por su autor antes de la reforma estructural introducida mediante el Decreto 2282 de 1989, sin que esto último deje sin valor al cita.

25 Eugene F. Scoles. Conflicts of Laws. Ch. 12 § 12.16. 3ª edición. West Group, St Paul. (2000): "In some instances this results in the rule that the court must ascertain the foreign law ex officio, even without the help of the parties, in accordance with the roman law maxim 'iura novit curia' In others, parties may have the obligation to give assistance to the court".

regla general: que la ley extranjera debe ser aplicada *ex officio*²⁶; a *contrario sensu*, con Inglaterra como su mayor exponente, los países del *Common Law* imponen tal obligación en cabeza de la parte interesada²⁷.

En cuanto a la legislación europea aplicable al asunto, teniendo en cuenta que anteriormente se estableció que la ley extranjera es un asunto de derecho²⁸, su prueba es de oficio. Pero la excepción a esta última afirmación es la convención de Montevideo ya mencionada²⁹, debido a que su contradictoria redacción permite tanto la aplicación oficiosa por parte del operador judicial como su debate a cargo de las partes.

Los alemanes aplican la ley extranjera *ex officio* sin importar siquiera si alguna de las partes la alega³⁰. Siendo cierta esta última afirmación, significa que es carga del juez investigar, determinar y aplicar la ley extranjera apropiada para el caso, para lo cual recurrirá a todas las fuentes de información disponibles para lograr tal fin.

En Suiza, con la adopción de la Ley Federal de Derecho Privado Internacional del 18 de diciembre de 1987, se creó la obligación procesal a cargo del juez de determinar oficiosamente el contenido de la ley extranjera aplicable al asunto *sub judice*³¹. Claro está que el artículo 16 de la mencionada disposición legal que regula la carga de la prueba sobre la ley extranjera, contiene una inversión de la carga probatoria hacia las partes, para los casos que refieran sobre asuntos patrimoniales³².

Cambiando de orilla como inicialmente se propuso, los ingleses sostienen que si ninguna de las partes alega la ley extranjera,

26 Supra nota 3.

27 Trevor C. Hartley. *Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European System Compared*. 45 *Int'l & Comp. L.Q.* pág. 271. (1996).

28 Supra nota 12 y 13.

29 Supra nota 14.

30 Jan Kropholler, *Internationales Privatrecht*. 2nd ed. (1994).

31 Art. 16: IV. Establishment of foreign law: 1 The content of the applicable foreign law shall be established *ex officio*. The assistance of the parties may be requested. In the case of pecuniary claims, the burden of proof on the content of the foreign law may be imposed on the parties. 2 Swiss law shall apply if the content of the foreign law cannot be established.

32 *Ibidem*.

el juez no la aplicará, aun si conforme a las normas internas sugieren que es la ley idónea a la cual se debe someter al caso³³. Es así como que la parte que la alega tiene sobre sí el *onus probandi* de esta, teniéndose entonces que si falla en tal cometido o no cumple con tal obligación, el juez aplicará la ley interna inglesa.

Dirigiendo la mirada a la República de Colombia, y teniendo como premisa mayor que la carga de la prueba es la que determina cuál de los sujetos procesales debe “proponer, preparar y suministrar las pruebas en un proceso”³⁴, la redacción del artículo 188 del CPC conlleva una variación en el *onus probando*, dependiendo de la clase de ley extranjera que se pretende probar, pues, por una parte, si esta es escrita, es decir, si es el producto de una trámite legislativo del país de origen y consta por escrito tal normatividad, entonces la carga probatoria es de oficio o a petición de parte³⁵. Por otro lado, si lo que se quiere es acreditar una ley extranjera no escrita³⁶, será carga de la parte interesada, pues como más adelante se expondrá, el medio de prueba sugerido en la legislación colombiana para demostrar el contenido de la ley extranjera es de entero costo y habilidad del sujeto procesal interesado.

Tal diferencia que introdujo el legislador entre la carga de la prueba sobre a ley extranjera, dependiendo de si es escrita o no, no es otra cosa que la expresión de la exégesis imperante en el derecho colombiano en el momento de la introducción de la reforma.

Hasta lo aquí expuesto se puede afirmar sin temor a equívocos que las jurisdicciones con el sistema legal del *Common Law* establecen la carga de la *prueba de la ley extranjera* en cabeza de la parte procesal que la alega e interesa su inclusión judicial, y por otra parte, las jurisdicciones de corte civilista ponen el

33 Históricamente, se sabe que los países del *Common Law* mantienen un esquema procesal netamente adversarial-acusatorio, en el que el juez carece de facultades probatorias oficiosas, situación que también influye en gran medida en la carga de la prueba de la LE. Sin embargo, existe una excepción a esta regla la cual es el British Law Ascertainment Act of 1859.

34 José Ovalle Favela. Derecho procesal civil. Ed. Melo (1991).

35 Supra nota 19.

36 Sobre el significado de LE no escrita se tratará más adelante.

onus probandi de la ley extranjera en cabeza del juzgador, es decir, se prueba *ex officio*, siendo en mi concepto la jurisdicción colombiana polivalente en este asunto, pues dependiendo de la *materialidad* (escrita o no) de la ley extranjera dependerá quién debe asumir tal obligación probatoria.

C. ¿Cómo se prueba la ley extranjera? Medios de prueba

Un punto de encuentro de las tradiciones legales aquí estudiadas es el tema relativo al medio de *prueba de la ley extranjera*, pues coinciden en que tal labor debe realizarse a través de expertos³⁷. Para el *Common Law* estos personajes se denominan “testigos expertos”³⁸. Para el Derecho Civil, pueden llamarse de manera similar o en otros casos será un concepto técnico o peritazgo. Lo cierto es que el medio de prueba requerido o utilizado para probar la ley extranjera está íntimamente ligado con la tradición y técnica procesal de la jurisdicción que esté conociendo del asunto, pues países como Inglaterra, Canadá y Estados Unidos imprimen gran énfasis en la oralidad de la prueba, siendo lo más frecuente que el testigo asista a la sede del juzgado y sea sometido a interrogatorio por los apoderados de las partes. Sin embargo, en países de corte civilista el uso es que se alleguen por escrito al proceso el texto de la ley extranjera por medio de los canales diplomáticos o mediante un escrito producido por el experto o perito.

En este sentido, la legislación alemana es la más exigente con sus jueces, debido a que, como se expuso anteriormente, ellos deben aplicar la ley extranjera *ex officio* sin importar si es alegada o no³⁹, lo cual hace que la práctica regular que los operadores judiciales de este país adelanten por su propia cuenta sea una

37 Stephen L. Sass. *Foreign Law in Civil Litigation: A Comparative Survey*. 16 Am. J. Comp. L. p. 332. (1968); Jacob Dolinger, *Application, Proof, and Interpretation of Foreign Law: A Comparative Study in International Law*. 12 Ariz. Int'l & Comp L. p. 225 (1995); Trevor C. Hartley, *Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European System Compared*. 45 Int'l & Comp. L.Q. p. 271. (1996).

38 Expert witness.

39 *Supra* págs. 7 y 8.

investigación de la ley extranjera (consultan textos académicos), pero cuando tal actividad no genera ningún resultado positivo, acuden al Instituto Max Plank, en Hamburgo, que se encarga del estudio del Derecho Extranjero e Internacional Privado, o a cualquiera de los institutos de derecho comparado auspiciado por alguna universidad del país⁴⁰.

Por su parte, los franceses permiten, en teoría, cualquier medio de prueba para probar la ley extranjera⁴¹, pero la práctica judicial es que se alleguen ante el juez *certificats de coutume*, que son opiniones rendidas por escrito de parte de expertos en la ley extranjera que se quiere probar, quienes, por regla general, son abogados de la jurisdicción de origen de la ley que se pretende probar. Tales *certificats* son soportados anexando el texto de la pieza legislativa requerida traducida al francés o las decisiones judiciales igualmente traducidas⁴².

Los ingleses y canadienses son idénticos al establecer como medio de prueba idóneo para probar la ley extranjera el testimonio de un experto o técnico⁴³. Prueba fehaciente de tal situación en Inglaterra es el artículo 4(1) de la Ley de Pruebas Civiles de 1972, que dice:

Prueba del derecho extranjero

Se autoriza en los procedimientos civiles que una persona debidamente habilitada, en razón de su conocimiento o experiencia, sea competente para dar prueba pericial en cuanto a la ley de un país o territorio fuera del Reino Unido, o de cualquier parte del Reino Unido que no sea Inglaterra

40 Esta información se base en fuentes y materiales otorgados por el profesor Karl Kreuzer al profesor Trevor C. Hartley, para la elaboración de su artículo titulado: *Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European System Compared*. 45 Int'l & Comp. L.Q. pág. 271 (1996).

41 Stephen L. Sass. *Foreign Law in Civil Litigation: A Comparative Survey*. 16 Am. J. Comp. L. p. 332 (1968); Jacob Dolinger. *Application, Proof, and Interpretation of Foreign Law: A Comparative Study in International Law*. 12 Ariz. Int'l & Comp L. p. 225 (1995); Trevor C. Hartley. *Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European System Compared*. 45 Int'l & Comp. L.Q. p. 271 (1996).

42 Trevor C. Hartley, *Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European System Compared*. 45 Int'l & Comp. L.Q. p. 271 (1996).

43 En el caso canadiense se puede rescatar lo dicho en *Hunt v. T&N PLC* [1993] S.C.J. n.125, 109 DLR (4th) 16 (S.C.C.): "In Canada, foreign law must be proved by testimony of a properly qualified expert. The competence and qualification of the witness is a matter for the appreciation of the court".

*y Gales, con independencia de si ha actuado o está habilitado para actuar como abogado allí*⁴⁴.

Hay dos puntos de una relevancia legal mayúscula para rescatar de la anterior pieza legislativa: en primer lugar, no se necesita ser abogado admitido para la práctica en la jurisdicción de la ley extranjera que se quiere probar para ser idóneo para emitir un concepto al respecto; y en segundo lugar, le da una gran libertad probatoria al juez para determinar, bajo los postulados de la sana crítica y la libre convicción del juzgador, si la persona que rinde el experticio tiene la suficiente solvencia profesional para garantizar la ciencia de su dicho.

Como demostración fáctica de la realidad del último enunciado, existen dos casos relevantes en el reino unido al respecto: el primero de ellos es conocido como *McCabe vs. McCabe*, asunto que versaba sobre un matrimonio bajo las costumbres akan de Ghana, en el que un profesor de Derecho de la Escuela de Estudios Orientales y Africanos de la Universidad de Londres sirvió como testigo experto en este tipo de leyes para una de las partes, y por la contraparte esta labor fue encomendada a un excolega del primero⁴⁵. El segundo asunto sometido a juicio fue el caso *X, Y and Z vs. B*⁴⁶, en el que un abogado con admisión a la práctica en el estado de Nueva York sirvió como testigo de una de las partes para probar una norma de los Estados Unidos, y por la otra parte un profesor de la Facultad de Leyes de la Universidad de Nueva York. La opinión del juez sobre este último es que era “Una persona con las más altas distinciones académicas y una de las autoridades en el campo legal en cuestión”⁴⁷.

44 “It is hereby declared that in civil proceedings a person who is suitably qualified to do so on account of his knowledge or experience is competent to give expert evidence as to the law of any country or territory outside the United Kingdom, or of any part of the United Kingdom other than England and Wales, irrespective of whether he has acted or is entitled to act as a legal practitioner there”.

45 Trevor C. Hartley. *Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European System Compared*. 45 *Int'l & Comp. L.Q.* p. 271 (1996).

46 [1983] 2 *Lloyd's Rep.* 535.

47 *Ibidem*: “a person of the greatest academic distinction and one of the leading authorities in the field of law in question”

En la República de Colombia se rescatan los siguientes vehículos procesales probatorios para lograr la demostración judicial de la ley extranjera, así:

- a. La prueba de oficio.
- b. El decreto de la prueba a petición de parte.
- c. La prueba documental (documento autenticado por agente diplomático cuya firma se debe abonar por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores).
- d. La prueba testimonial.

El medio de prueba que se requiere para probar la ley extranjera en Colombia estará íntimamente ligado con la materialidad o no de norma que se pretende aducir, es decir, si se está ante ley extranjera escrita, ley no escrita y costumbre. Si es el primer elemento, se debe remitir a los literales a al c.

Ahora bien, es curioso como la legislación distingue entre la costumbre y la ley extranjera no escrita, de lo que podría afirmarse que la primera atañe a la *lex mercatoria* y la segunda, al *ius commune*. Con respecto al último medio de prueba enunciado, nótese como la redacción del artículo 8 del Código de Comercio mantiene de manera clara e innegable el rezago del sistema probatorio de la tarifa legal⁴⁸, al exigir:

PRUEBA DE COSTUMBRE MERCANTIL EXTRANJERA. ACRE-DITACIÓN. La prueba de la existencia de una costumbre mercantil extranjera, y de su vigencia, se acreditará por certificación del respectivo cónsul colombiano o, en su defecto, del de una nación amiga. Dichos funcionarios para expedir el certificado solicitarán constancia a la cámara de comercio local o de la entidad que hiciere sus veces y, a falta de una y otra, a dos abogados del lugar, de reconocida honorabilidad, especialistas en derecho comercial (negrillas fuera del texto).

48 No sobre recordar el brocardo *testis unus, testis nullus*, que no era otra cosa que la veda que se le daba a la credibilidad de la ocurrencia o no de hecho si tal era solo manifestado por un único testigo. En mejores términos lo define el maestro Rocha Alvira, supra nota 20, al citar a Lessona: El sistema de la tarifa legal, que se caracterizó por la exageración de proveerlo todo y regularlo todo, es decir, rígida, daría a los medios probatorios respecto de determinados hechos “un valor inalterable y constante, independiente del criterio del juez, que se limitara a aplicar la ley a los casos particulares”.

Sumado a lo anterior, está lo dispuesto en el último inciso del artículo 188 del Código de Procedimiento Civil, que se transcribe aquí: “Cuando se trate de ley extranjera no escrita, esta podrá probarse con el testimonio **de dos o más abogados del país de origen**” (negrillas fuera del texto).

Claramente, el Estado colombiano en materia de prueba de ley no escrita (costumbre) hace una división dependiendo de si estamos ante una ley no escrita comercial o de otro tipo. En la última opción (prueba ley no escrita no comercial), el interesado debe apearse al inciso final del artículo 188 del CPC, es decir, *podrá* probar la ley extranjera no escrita por medio del testimonio (no peritazgo) de mínimo dos abogados del país del cual provenga la ley no extranjera que se quiere probar. Obviamente, la parte interesada en acreditar esta prueba será la que corra con todos los gastos para lograr el testimonio de los juristas extranjeros. Pero en la primera variante (prueba de costumbre extranjera), el único medio de prueba conducente y pertinente para lograr tal cometido ante un juez colombiano es el certificado emitido por el cónsul de Colombia en el país originario de la costumbre (prueba documental, más exactamente, documento público).

De esto último se puede afirmar que el legislador colombiano en materia probatoria hace una distinción entre la costumbre mercantil extranjera y las demás costumbres extranjeras, sin ser muy claro el motivo de tal diferenciación, quedando así en el tintero cómo se resuelve el tema de la prueba de la costumbre internacional, es decir, la que no recae o no es propiedad cultural de una nación o Estado en particular, como lo es la costumbre extranjera, sino que refiere a las prácticas transnacionales con fuerza vinculante, sin importar la nacionalidad o el Estado de los involucrados.

En conclusión, la ley extranjera frente a un juez colombiano se prueba mediante un documento que haya sido sometido a las formalidades diplomáticas respectivas en lo tocante a legislación o ley escrita (derecho positivo), y en relación a la ley no escrita se podrá acreditar mediante el testimonio de abogados del país de origen de la ley extranjera que se quiere probar (testigos exper-

tos), pero el medio de prueba único de la costumbre mercantil extranjera es el certificado expedido por el agente diplomático, previa certificación de la entidad extranjera que haga las funciones de cámara de comercio. De no existir tal, tendrá que suplirlo con dos abogados especialistas en Derecho Comercial. Se finaliza con la idea que la costumbre internacional, aquella que no pertenece a ningún estado o nación, no tiene regulación probatoria definida.

II. EL FUTURO DEL PROCEDIMIENTO CIVIL COLOMBIANO: EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO Y LA PRUEBA DE LA LEY EXTRANJERA

El futuro de la regulación de la *prueba de la ley extranjera* en Colombia bajo la perspectiva académica del proyecto del Código General del Proceso no difiere de manera sustancial con el presente. Por iniciativa del Instituto Colombiano de Derecho Procesal⁴⁹, auspiciado por la Corporación Excelencia en la Justicia y la Fundación Luis Carlos Sarmiento Angulo, en mayo de 2003 se dio inicio a la discusión y elaboración de un proyecto de código de procedimiento que reuniera de manera común la regulación judicial de los asuntos civiles, comerciales, de familia, laborales y administrativos, excluyendo el proceso penal⁵⁰. La razón de ser de este proyecto, en las mismas palabras de la comisión redactora, es:

El proyecto nace como respuesta a que la confusión que en la actualidad genera la diversidad normativa, toda vez que el Juez Laboral o Contencioso Administrativo no puede aplicar únicamente el código de su especialidad, sino que debe también acudir a otras disposiciones, lo que genera confusiones y discusiones en los pleitos que se traducen en demora en la Administración de Justicia.

49 Disponible en: <http://www.icdp.org.co>

50 Acta 01 del 28 de mayo del 2003, "Comisión Redactora del Proyecto de Código General del Proceso Instituto Colombiano de Derecho Procesal". Disponible en: <http://www.icdp.org.co/esp/actividades/proyecto.html>.

Sin entrar a escrudiñar y realizar una exposición pormenorizada del proyecto de código general del proceso, este toma como base de estudio para desarrollar su tarea el CPC Colombiano vigente a la fecha de inicio de la sesiones de la comisión redactora.

En lo referente al tema de reflexión y revisión de este escrito científico, el proyecto de Código General del Proceso de ninguna manera modificó sustancialmente la regulación vigente en referencia a la *prueba de la ley extranjera* en Colombia, y prueba de ello es lo siguiente:

Artículo 174. Prueba de las normas jurídicas. El texto de normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras se aducirá en copia al proceso 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 o por el cónsul de ese país en Colombia. Cuando se trate de ley extranjera no escrita, podrá probarse con el testimonio de dos o más abogados del país de origen.

Parágrafo 1. Cuando sea necesario se solicitará constancia de su vigencia.

Parágrafo 2. Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo que no hayan sido ratificados por Colombia, son de aplicación supletoria⁵¹.

De la anterior transcripción se rescatan los siguientes interrogantes: a) ¿no será necesario cumplir con la autenticación, conforme al artículo 259 del CPC actual?; b) de no ser necesario cumplir con la autenticación del artículo 259 del CPC actual, entonces ¿se presume como auténtica la copia que contenga la ley extranjera escrita si proviene de la autoridad competente o del Cónsul?; c) ¿Cómo se prueba o determina cuál es la autoridad competente del país del cual proviene la ley extranjera que se pretende aducir al proceso?; d) ¿Cómo se prueba la ley extranjera cuando no pertenece a ningún país en especial, como lo sería la costumbre internacional? Mi respuesta sería la siguiente: a) no, por cuanto este reunirá todas las características de un documento otorgado en el extranjero, por tanto, deberá someterse al trámite

51 Proyecto de Código General del Proceso. Disponible en: <http://www.icdp.org.co/esp/actividades/proyecto.html>.

respectivo ante el Ministerio de Relaciones Exteriores. Claro está que en el proyecto el artículo 259 del CPC desaparece. b) Sí se presumirá auténtica, siempre y cuando se surta el trámite respectivo ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, esto es, la legalización de la firma del cónsul. c) En mi opinión esto será parte de la labor del agente diplomático, quien en el documento o certificado que emita determinará cuál es la autoridad competente. d) Mi convicción me indicaría que las partes o la parte interesada estarán en todo su derecho de hacer uso de todos los medios de prueba pertinentes, conducentes y útiles para lograr la demostración en juicio de la costumbre internacional.

III. CONCLUSIÓN

Las tradiciones legales aquí tratadas prestan en sus legislaciones y producción jurisprudencial un espacio considerable para el conflicto de normas aplicables para la solución de una situación jurídica determinada. Lo que demuestra que estos casos son sometidos al escrutinio judicial de manera recurrente.

Si se miran los temas en estudio desde una perspectiva de países, podrá afirmarse que las naciones con mayor intercambio comercial exterior contemplan un sistema de Derecho Internacional más estructurado, de origen legislado, con disposiciones procesales y probatorias suficientes para este cometido y con un cuerpo jurisprudencial suficiente para ser consultado, en contraste con un país como Colombia, en el que las referencias sobre la prueba de la ley extranjera son mínimas en todos los tipos de fuentes de consulta, tanto primarias (la legislación y jurisprudencia) como secundarias (la doctrina y demás).

Es absolutamente necesario que como nación que está en constante búsqueda de nuevos mercados e integración con otras naciones, en cumplimiento de las políticas de estado inmersas en nuestra Constitución, propugnemos por una legislación suficiente, efectiva y moderna en temas de Derecho Internacional Público y Privado y su ejercicio ante la rama judicial, pues un elemento fundamental de la confianza inversionista es la modernidad de las normas locales.

Finalmente, a continuación expongo mi propuesta de artículo que regule la *prueba de la ley extranjera* en el futuro Código General del Proceso, que espero sea tenida en cuenta por las comisiones del Congreso de la República de Colombia que están debatiendo el proyecto de ley:

Prueba de las normas jurídicas extranjeras. *Las normas jurídicas y las leyes extranjeras serán de obligatoria aplicación por parte del juez de oficio a solicitud de la parte. No obstante lo anterior, las partes podrán alegar el contenido, vigencia y correcta interpretación de la norma jurídica o la ley extranjera que es aplicable al asunto utilizando, por cualquier medio, la prueba.*

BIBLIOGRAFÍA
FUENTES PRIMARIAS
LEGISLACIÓN

Colombia

Código de Comercio.
Código de Procedimiento Civil.

Inglaterra

British Law Ascertainment Act of 1859.
Civil Evidence Act of 1972

Suiza

Ley Federal de Derecho Privado Internacional del 18 de diciembre de 1987.

Unión Europea

Resolución Legislativa del Parlamento Europeo respecto de la Posición Común del Consejo con vistas a la adopción del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) (9751/7/2006-C6-0317/2006-2003/0168 (COD)).

Resolución Legislativa del Parlamento Europeo respecto de la Posición Común del Consejo con vistas a la adopción del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”) Bruselas, 15.12.2005 COM(2005) 650 final 2005/0261 (COD)

Tratados Internacionales

Organización de Estados Americanos, Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, Montevideo, Uruguay (B-45-05/08/79).

JURISPRUDENCIA

Inglaterra

Mc Cabe v. Mc Cabe
X, Y and Z v. B [1983] 2 Lloyd’s Rep.535.

Canadá

Hunt v. T&N PLC [1993] S.C.J. n.125, 109 DLR (4th) 16 (S.C.C.):

FUENTES SECUNDARIAS LIBROS

- Alvira, Antonio Rocha. *De la Prueba en Derecho*. Tomo 1. 5ª ed. Editorial Lerner, Bogotá (1967).
- Briggs, Adrian. *The Conflict of Laws*. 2a ed. Oxford University Press, Oxford. (2008).
- Clarkson, C.M.V & Jonathan Hill. *The Conflict of Laws*. 3a ed. Oxford University Press, Oxford. (2006).
- Collier, J.G. *Conflicts of Laws*. 3a ed. Cambridge University Press, Cambridge. (2001).
- De la Rúa Navarro, Jorge. *La prueba de los hechos nuevos*. En: Xavier Abel Lluch & Joan Picó i Junoy. *Objeto y carga de la prueba civil*. J.M. Bosch Editor. (2007).
- Favela, José Ovalle. *Derecho Procesal Civil*. Editorial Melo, México D.F. (1991).
- Hayward, Ruth. *Conflicts of Laws*. 4a ed. Cavendish, Great Britain. (2006).
- Lawrence Collins (ed.). *Dicey & Morris. The Conflict of Laws*. Sweet&Maxwell. London. (2002).
- McClellan, David & David Beevers (eds.). *Kisch, Morris. The Conflict of Laws*. 6ª ed. London: Sweet&Maxwell. (2005).
- North, Peter & J.J. Fawcett (Ed.). *Cheshire and North's Private International Law*, 13a ed. Butterworth's, Great Britain. (1999).
- Nygh, P.E. y Martin Davies. *Conflicts of Laws in Australia*. 7ª ed. LexisNexis Butterworth's, Australia. (2002).
- Rafferty, Nicholas (Ed.). *Private International Law in Common Law Canada. Cases, Text and Materials*. 2a ed. Edmond Montgomery, Toronto. (2003).
- Scoles, Eugene F. *Conflicts of Laws*. 3a ed. West Group, St Paul. (2000)
- Tilbury, M.J. et ál. *Conflicts of laws in Australia*. Victoria: Oxford University Press. (2002).
- Walker, Janet (ed.). *Castel & Walker. Canadian Conflicts of Laws*. 6ª ed. Butterworth's, Toronto. (2008).
- Weintraub, Russell J. *Commentary on the Conflicts of Laws*. 5a ed. Thomson West, New York. (2006).

REVISTAS

- Dolinger, Jacob. *Application, Proof, and Interpretation of Foreign Law: A Comparative Study in International Law*. 12 Ariz. Int'l & Comp L. 1995. At. 225.
- Sass, Stephen L. *Foreign Law in Civil Litigation: A Comparative Survey*. 16 Am. J. Comp. L. 1968. At. 332.
- Trevor C. Hartley. *Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European System Compared*. 45 Int'l & Comp. L.Q. 1996. At. 271.