

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**



**“LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO Y SUS ALCANCES EN
EL PROCESO CIVIL Y MERCANTIL”**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO (A)
EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTADO POR:

BELTRÁN LAINEZ, FRANCISCO SANTIAGO

GONZÁLEZ VALDIZÓN, ELSY RAQUEL

TORRES SAZ, IRENE BEATRIZ

DOCENTE ASESOR:

DR. JOSÉ ANTONIO MARTÍNEZ.

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, OCTUBRE DE 2019

TRIBUNAL CALIFICADOR

DR. RUTILIO ANTONIO DÍAZ MARTÍNEZ.

PRESIDENTE

LIC. LUCIO ALBINO ARIAS LÓPEZ.

SECRETARIO

DR. JOSÉ ANTONIO MARTÍNEZ.

VOCAL

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Msc. Roger Armando Arias Alvarado.
RECTOR

Dr. Manuel de Jesús Joya Abrego.
VICERRECTOR ACADÉMICO

Ing. Agr. Nelson Bernabé Granados Alvarado.
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Lic. Cristóbal Hernán Ríos Benítez.
SECRETARIO GENERAL

Lic. Rafael Humberto Peña Marín.
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata.
DECANA

Msc. Juan José Castro Galdámez.
SECRETARIO

Ing. René Mauricio Mejía Méndez.
DIRECTOR DE ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

Licda. Digna Reina Contreras de Cornejo.
DIRECTORA GENERAL DE PROCESOS DE GRADUACIÓN

Msc. María Magdalena Morales.
COORDINADORA DE PROCESO DE GRADUACIÓN DE LA ESCUELA DE
CIENCIAS JURÍDICAS

AGRADECIMIENTOS

A DIOS TODOPODEROSO: Le doy gracias por darme sabiduría y fortaleza para terminar éste proceso y asimismo durante toda mi carrera, ya que con su ayuda no hay nada imposible

A MI FAMILIA: MARÍA ZITA LAINEZ, CRUZ BELTRÁN ROMERO, SANTIAGO LAÍNEZ, VANESSA MARISOL BELTRÁN LAINEZ, que han sido un pilar fundamental en mi vida, siempre me han considerado y apoyado en todas las etapas de mi vida, y que sin ellas este logro no hubiese sido posible; infinitas gracias para mi MADRE, ella tiene derecho a ser feliz con mis logros.

A MIS COMPAÑERAS DE TESIS: Agradezco de gran manera a mis compañeras, ya que, sin su comprensión, esfuerzo y dedicación, todo esto no hubiera sido posible, muchas gracias de corazón, fue un placer.

Y finalmente, a todas aquellas personas que de forma directa o indirectamente me apoyaron a cumplir este propósito.

A TODOS, GRACIAS.

Francisco Santiago Beltrán Láinez

A MI PADRE CELESTIAL, por su amor infinito y haberme dado sabiduría a lo largo del camino, por cumplir su promesa que tomada de su mano, todo es posible.

A MIS AMADOS PADRES, Elena de González y Carlos González, por su comprensión, por ser mi apoyo absoluto en todas las áreas, pesar que el tiempo fuera difícil me apoyaron para salir adelante y sin su consejo no estuviera aquí.

A MI HERMANO MENOR Y A MI MEJOR AMIGA, Carlos González y Josselyn Álvares, por todos los momentos vividos, ya que siempre recibí su apoyo y jamás me dejaron sola.

A MIS COMPAÑEROS DE TESIS, por su esfuerzo y dedicación para realizar esta investigación.

A MI QUERIDO ASESOR, Doctor José Antonio Martínez, por convertirse en mi ejemplo a seguir, gracias por su apoyo incondicional, durante mi carrera, por brindarme cada momento de su valioso tiempo, por su paciencia en mi formación profesional y personal, por todo lo que me ha enseñado, por sus valiosos consejos, por motivarme a continuar sin desfallecer, gracias por cada enseñanza compartida, como también por las experiencias vividas y porque desde que lo conocí le dio a mi vida un mejor rumbo, por todo gracias.

Elsy Raquel González Valdizón.

Agradezco primordialmente a Dios por acompañarme en mi camino y por darme las fuerzas para finalizar este proceso, de igual forma por acompañarme durante toda mi carrera y así culminar un logro más en mi vida.

Agradezco a mi Familia, por acompañarme en todos estos años; Le dedico todo mi esfuerzo a mi madre Estela Saz de Torres y a mi padre José Isidoro Torres ya que día a día se esforzaron para que yo pudiera finalizar mis estudios; A mis hermanos Alejandro Torres, Fernanda Torres y mis primas Elena Saz y Claudia Saz por ayudarme independientemente en actividades donde ellos se involucraron académicamente, también por sus palabras de consuelo cuando encontraba alguna dificultad u obstáculo en el transcurso de la carrera.

Agradezco a Francisco Mixco, Agustín Ascencio y al Licenciado Herbert Solano ya que cooperaron en mi desarrollo personal, académico y profesional y porque hasta el día de hoy han estado conmigo en las buenas y en las malas.

Agradezco a mi Comunidad Cristiana “Santa Clara de Asís” porque siempre en diluvios me refugie en ellos, y por llevar en sus oraciones mi vida.

Agradezco a mis compañeros de Tesis, por hacer un buen equipo de trabajo, ya que supimos entendernos y desenvolvernos de la mejor manera y porque además de ser compañeros se han vuelto unos grandes amigos.

Finalmente agradezco a mi asesor el Doctor José Martínez, por ser guía en esta investigación, por ser el quien nos asesoró con paciencia y dedicación para la finalización de la misma.

Irene Beatriz Torres Saz.

INDICE

	Pág.
RESUMEN	i
SIGLAS Y ABREVIATURAS	ii
INTRODUCCIÓN	iii

CAPITULO I: NOCIONES GENERALES DE DERECHO

1. Marco histórico del derecho.....	7
1.1. Edad antigua.....	7
1.1.1. Grecia, la pluralidad de leyes.....	8
1.1.2. Roma, personalidad de las leyes.....	8
1.1.3. Egipto.....	9
1.2. Edad media.....	10
1.2.1. Escuela de los glosadores.....	11
1.2.2. Escuela de los posglosadores.....	11
1.3. Edad moderna.....	13
1.3.1. Francia siglo XVI.....	13
1.3.2. Estatuarios españoles.....	15
1.3.3. Holanda siglo XVII.....	16
1.4. El Derecho en la edad contemporánea.....	16
1.5. Antecedentes del derecho extranjero en El Salvador.....	18
1.6. Acepciones más aceptadas de la palabra Derecho.....	20
1.7. Determinación del Derecho Interno.....	22
1.7.1. Definición de Derecho Interno.....	23
1.7.2. Diferencia entre El Derecho Interno y El Derecho Externo.....	23

CAPITULO II: APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO EN EL PROCESO CIVIL Y MERCANTIL SALVADOREÑO

2. Naturaleza del derecho extranjero.....	25
---	----

2.1. Teorías sobre la naturaleza del derecho extranjero	27
2.1.1. Teorías de Hecho o de la materialización.....	28
2.1.2. Teorías de Derecho	31
2.1.2.1. Teoría del derecho extranjero propiamente tal.....	31
2.1.2.2. Teoría de la incorporación.....	32
2.1.2.3. Teoría de la integración.....	33
2.2. Aplicación de leyes extranjeras	35
2.2.1. Condiciones para la aplicación de leyes extranjeras	36
2.3. Fundamento constitucional en la aplicación del derecho extranjero	37
2.3.1. Constitución de la República	37
2.4. Regulación de la aplicación del derecho extranjero en el Proceso Civil y Mercantil salvadoreño.....	39
2.5. Instrumentos internacionales que regulan la aplicación del derecho extranjero.....	42
2.5.1. Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias	44
2.5.2. Convención Europea Sobre Información Relativa al Derecho Extranjero.....	45
2.5.3. Convención de Derecho Internacional Privado.....	45
2.6. Prueba de la ley extranjera	47
2.6.1. Utilidad de la prueba.....	50
2.6.2. Objeto de la prueba	51
2.6.3. Carga de la prueba	52

CAPITULO III: PROBLEMAS PROCESALES DERIVADOS DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

3. Problemática del derecho extranjero	56
3.1. Integración del derecho extranjero	57

3.2. Contenido y vigencia del derecho extranjero	58
3.2.1. Contenido	58
3.2.2. Vigencia	60
3.3. Interpretación del derecho extranjero	62
3.4. La irracionalidad de la regulación salvadoreña	65
3.4.1. Problemas derivados de la normativa sustantiva.....	65
3.4.1.1. Derecho civil.....	67
3.4.1.2. Derecho mercantil.....	68
3.4.1.3. Derecho notarial.....	69
3.5. Contradicciones de la aplicación sustantiva del derecho extranjero	70
3.5.1. Contradicciones doctrinarias.....	72
3.5.2. Contradicciones en la jurisprudencia	74
3.6. Alcances del derecho extranjero en el Proceso Civil y Mercantil.....	75
3.6.1. Forma de incorporar el Derecho Extranjero.....	76
3.6.1.1. A petición de parte	76
3.6.1.2. De oficio.....	81
3.6.2. Procedencia de la aplicación del derecho extranjero.....	84
3.6.2.1. Situación no regulada.....	85
3.6.2.2. Existencia de norma interna.....	85
3.6.2.3. Aplicación en razón de la justicia.....	86
3.6.2.4. Inaplicabilidad de norma nacional.....	87
CONCLUSIONES	88
BIBLIOGRAFÍA	89

RESUMEN

A fin de entender el desarrollo y evolución respecto a la aplicación del derecho extranjero, es necesario establecer como punto de partida del capítulo I en esta investigación, los antecedentes históricos más relevantes del mismo, así como las diferencias existentes entre el derecho interno y el derecho extranjero, estableciendo las acepciones más importantes de la palabra derecho, con ello poder servir de fundamento para su aplicación en El Salvador.

Así, es de gran importancia el contenido referido a las teorías de la naturaleza del Derecho extranjero, cuya razón de ser de las mismas es darle respuesta a la incorporación de normativa extranjera en un país en donde estén regulados los hechos en concreto, así como establecer la base constitucional y legal tanto interna como la que se establece en los tratados internacionales, que sirven de base y de complemento a las normas establecidas.

Consecuentemente, se establecen los principales problemas de la aplicación de las normas extranjeras, como lo son la determinación del contenido, vigencia y sus formas de interpretación, así también la problemática existente sobre las inconsistencias determinadas en la doctrina de las formas en las que se aplica el derecho extranjero, como las formas de incorporación del derecho extranjero y la procedencia de aplicación del mismo, en caso que las situaciones que se pretendan fundar en la norma extranjera, si se encuentren reguladas en las normas internas, así como aquellos supuestos en los que las situaciones en concreto no se encuentren reguladas, como consecuencia de lo anterior, el juez deberá justificar las razones que lo llevaron a resolver sobre la base de un derecho ajeno al que se encuentra obligado a conocer, esto mediante la inaplicabilidad de la norma interna.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

SIGLAS

CC.	Código Civil de El Salvador
Cn.	Constitución
C.Fam.	Código de Familia
Ord.	Ordinal

ABREVIATURAS

CDIP.	Convención de Derecho Internacional Privado
CNJ	Consejo Nacional de la Judicatura
CSJ	Corte Suprema de Justicia
DIP.	Derecho Internacional Privado
LEC.	Ley de Enjuiciamiento Civil de España
LPC.	Ley de Procedimientos Constitucionales
SCn.	Sala de lo Constitucional
ONU	Organización de Naciones Unidas

INTRODUCCIÓN

La presente investigación denominada La Aplicación del Derecho Extranjero y sus Alcances en el Proceso Civil y Mercantil, se desarrolla a través de tres capítulos, que contienen temas que son pertinentes y relevantes, que servirán en gran medida en esclarecer la evolución doctrinaria y legal del derecho extranjero en nuestra legislación y mediante los cuales se justifica el uso de normas extranjeras que se invocan al momento de sustentar una pretensión en el proceso civil y mercantil, esto con el propósito de no vulnerar la soberanía del Estado salvadoreño, establecida en el artículo 83 de la Constitución de la República de El Salvador, así como la base de los artículos 313 Ord. 3° y 315 del Código Procesal Civil y Mercantil y los artículos 408 al 411 de la Convención de Derecho Internacional Privado, mejor conocido como Código de Bustamante; además, tiene como principal objetivo indagar por medio del método deductivo específicamente la investigación doctrinaria, de conocedores acerca del tema de la aplicación del derecho extranjero en el proceso Civil y Mercantil, exponiendo aspectos importantes respecto a sus antecedentes y así definir el problema de la aplicación del mismo. De igual forma se busca determinar cuáles son los alcances que tiene el derecho extranjero y la necesidad que existe de regularlo en la legislación interna, con la idea que, si existe caso de vacío legal, poder ser éste apropiado para resolver un caso en particular y con ello determinar el valor que el presente tema posee para la comunidad jurídica.

La importancia que lleva a estudiar este tema en particular radica, en que la normativa encargada de regir la aplicación del derecho extranjero no profundiza al momento de regular estas situaciones, es decir, el legislador no dedico la normativa suficiente a efecto de regular el derecho extranjero, causando de esa forma problemas respecto a determinar que norma se

aplicaría o el procedimiento a seguir en caso de conflictos entre ellas, sin indicar la relación respecto a principios procesales, incidentes y el alcance que tiene este dentro del proceso Civil y Mercantil salvadoreño.

El capítulo uno se titula Nociones de Derecho en General y Derecho Extranjero, en el cual se desarrollará en un marco histórico de la evolución desde la edad antigua, a fin de poder entender el nacimiento de diversas posturas acerca de la aplicación de las normas extranjeras; así también, se desarrollan definiciones de la palabra Derecho. En dicho capítulo también se indica la clasificación del derecho interno respecto al derecho externo y como el este último viene a servir de complemento o a sustituir al derecho interno cuando existe un determinado conflicto de normas, refiriéndonos a conflicto de normas el existente en razón del territorio, por ende estas deben ser vigentes y aplicables simultáneamente a una misma situación en concreto; se establece de igual forma los límites razón a diversos criterios de competencia con los que cuentan los jueces nacionales, al momento de encontrarse en una situación la cual requiera no solo normativa local sino también regulaciones extranjeras. Teniendo como objetivo principal en este capítulo, sentar las bases para una mejor comprensión de lo que es el derecho y llegar al derecho extranjero dentro del ordenamiento jurídico salvadoreño, estableciendo de igual forma.

En el capítulo dos se refleja la aplicación del derecho extranjero en el Proceso Civil y Mercantil salvadoreño, estableciendo las diferentes teorías que vienen a dar a conocer la naturaleza del derecho extranjero, con la necesidad de determinar si el derecho extranjero puede involucrarse en el derecho nacional y de qué forma se aplicaría, indicando dichas teorías que la aplicación del derecho extranjero depende en ocasiones de la libre voluntad expresada en las reglas de conflicto, y dado de una forma el reconocimiento de ser aplicadas

se introducen al territorio y rigen las situaciones. Se agrega además un apartado de especial importancia, con la regulación de aplicación de las leyes extranjeras tanto desde el análisis constitucional, la regulación en diversas leyes internas y tratados internacionales, así como los parámetros de fundamentación y principios dentro de estos, que vienen a garantizar el respeto a la soberanía del país al cual se pretende introducir una normativa diferente, considerando siempre que no se transgreda los derechos fundamentales de las partes en el proceso ni altere el orden público, considerando así mismo que las leyes a introducir estén vigentes; todo ello a fin que las partes puedan sustentar su pretensión, debiendo acreditar su contenido y vigencia, y la estimación necesaria del juez de la causa, para así valerse de los medios de averiguación necesarios, a fin de asegurar su conocimiento, no significando que el juez sea obligado a probar, sino las partes tanto a acreditar como a desvirtuar, sin perjuicio que el juez nacional pueda aplicar el derecho extranjero de oficio, si es conocedor del mismo, no siendo necesario la prueba ante tal situación, ya que el derecho no deja de ser norma y si el juez conoce de derecho, es quien lo aplica. Se analiza también en este capítulo la influencia de algunos instrumentos internacionales los cuales buscan regular la aplicación del derecho extranjero, en razón de que la legislación nacional no regula de forma completa lo tendiente al derecho extranjero; finalmente se presenta un apartado en el que se desarrolla de forma general la prueba de la ley extranjera, basándonos en el derecho extranjero como objeto de prueba.

En el capítulo tres se enfoca en los problemas procesales derivados de la aplicación del derecho extranjero, siendo el apartado de concentración de la investigación, ya que es aquí donde se da respuesta a los principales problemas de la aplicación del derecho extranjero y el alcance que tiene el mismo en el proceso civil y mercantil salvadoreño, el cual permitirá sentar una

posición sobre el esclarecimiento del contenido de las normas internas que desarrollan la forma de la aplicación del derecho extranjero en el proceso civil y mercantil, estableciendo así de manera puntual la normativa interna que reconoce el derecho extranjero.

En ese sentido, entre los problemas que se plantean al aplicar el derecho extranjero, se verifica en primer lugar la integración del mismo, si esta es factible o no de conformidad con lo establecido en el artículo 19 CPCM y cómo es que puede llegar a relacionarse con el tema; se analizará la postura que en caso de existir vacíos legales en la norma nacional, podrá aplicarse el derecho extranjero como una integración al derecho nacional o si es completamente independiente la normativa extranjera.

Otro problema derivado de la aplicación del derecho extranjero se tiene respecto a la determinación de su contenido y vigencia, puesto que las leyes pueden ser armoniosas con la constitución y perfectamente aplicables a los casos, pero es necesario que estas se mantengan vigentes en el momento en que acontecieron los hechos a controvertir y determinar si existen reformas o derogaciones a las mismas; por otro lado, la interpretación que el juez nacional le dé a la norma extranjera, ya que en la normativa interna no se detalla en la forma en como deberá fallar el juez que se base en normativa extranjera. Finalmente, el tema de alcance del derecho extranjero, que pretende establecer la forma de incorporación del mismo al proceso, los medios de prueba útiles y pertinentes que pueden ser utilizados por las partes a fin de ilustrare al juez de forma clara acerca de los presupuestos procesales que habilitan la aplicación de la normativa extranjera y así también las consecuencias que produce la aplicación del derecho extranjero sustantivo en los proceso civiles y mercantiles salvadoreños.

CAPITULO I: NOCIONES GENERALES DE DERECHO

Como su nombre lo especifica, en este capítulo se abarcará aspectos importantes del derecho desde sus generalidades, a manera de hacer un breve recordatorio de sus acepciones y del origen del derecho extranjero, en la medida en que ha ido evolucionando hasta llegar a lo que conocemos en la actualidad.

1. Marco histórico del derecho

La concepción moderna del derecho extranjero se inicia con la Edad Media, con las Escuela italianas¹ de los llamados Glosadores del siglo XII, Posglosadores del siglo XIII; la Escuela Francesa del siglo XVI y la Escuela holandesa del siglo XVII. Estas escuelas tienen como base el derecho romano sin embargo con el tiempo estiman necesario tener presentes otras fuentes tales como la costumbre, el derecho estatuario y el canónico Pero existen datos importantes de épocas anteriores, entre estos:

1.1. Edad antigua

Los sucesos durante la Edad Antigua² que aportaron un gran significado a la condición de la aplicación del derecho extranjero significan los primeros pasos en la historia de la humanidad acerca del derecho en general y otras ciencias, en el caso de interés los sucesos más relevantes son:

¹ “María Fernández: Historia y Fuentes del Derecho Romano, apuntes unidad uno”, Biblioteca Digital Universidad de Granada, España, acceso el 25 de junio de 2019, <http://digibug.ugr.es>. Estas escuelas tienen como base el derecho romano sin embargo con el tiempo estiman necesario tener presentes otras fuentes tales como la costumbre.

² “José Alonso: Edad Antigua, Historia general de la educación”, Biblioteca Digital RTM, acceso el 25 de junio de 2019, <http://www.aliat.org.mx/BibliotecasDigitales.pdf>. La Edad antigua data desde el período de los 5000 años antes de Cristo hasta el siglo V después de Cristo. En esta época la aplicación del derecho extranjero se da manera indirecta por la diversidad de leyes existentes.

1.1.1. Grecia, la pluralidad de leyes

Significa que en un momento³ determinado existe la posibilidad de aplicar una ley entre varias que son susceptibles de ser aplicadas. En la Grecia clásica existían ciudades-Estado con legislación, instituciones y autoridades propias. Con considerable tránsito de personas y bienes entre esas ciudades-Estado, se produjeron múltiples problemas acerca de qué ley aplicar.

1.1.2. Roma, personalidad de las leyes

Consiste en aplicar la ley en razón de la calidad de la persona. Esta tradición nace en Roma donde, durante el Imperio, a los ciudadanos romanos se les aplicaban las leyes *ius civile*⁴ y a los extranjeros (a los peregrinos) el *ius Gentium* que preveía, entre otras cosas, la aplicación de las leyes de su origen. Cuyas concepciones de la aplicación del Derecho Extranjero era amplia y desarrollada, a cada persona se le aplicaba una ley distinta dependiendo de su condición de ciudadano o extranjero, en su caso y era el juez era quien lo aplicaba sin hacer distinción del caso en concreto, únicamente por las condiciones ya referidas.

En ese sentido, las concepciones de la aplicación del Derecho Extranjero eran amplias y desarrollada, a cada persona se le aplicaba una ley distinta dependiendo de su condición de ciudadano o extranjero, en su caso y era el

³ Leonel Pereznieta, Derecho Internacional Privado, parte general, 8° ed. (Ed. Oxford, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003), 19. Afirma que en esta época se encuentran “instituciones relacionados con la condición jurídica del extranjero”, es en esta época que nace el término “proxene”, haciendo alusión a la persona encargada de brindar hospitalidad al extranjero, a fin de albergarlo y brindarle hospitalidad en las condiciones mas optimas que el mismo necesitare.

⁴ Germán Farías, Diccionario de Frases y Aforismos Latinos (Ed. Porrúa, México, 2003), 56. *Ius Civile*, es un aforismo latino que significa literalmente “derecho civil”, que es el derecho de cada pueblo establece para *sí como suyo propio*, el derecho propio de la ciudad, *Ius Gentium*, aforismo latino que significa “derecho de gentes” o el conjunto de reglas aplicables a las relaciones entre pueblos diferentes.

juiz era quien lo aplicaba sin hacer distinción del caso en concreto, únicamente por las condiciones ya referidas. La relación entre ciudadanos romanos y peregrinos originarios de ciudades diferentes eran regulados de acuerdo al *ius Gentium*, que busca la aplicación de leyes del lugar de su origen. Con la caída del imperio romano, los conquistadores crearon sus propias leyes, sobre la base de las que regían al imperio romano; la idea de estos era la de permanecer distantes de cada tribu, las esposas se regían por la ley a la que estaba sujeto el hombre, los hijos a la del padre.

1.1.3. Egipto

Durante este período, en primer lugar, se tiene como dato registrado, la necesidad de los extranjeros de pedir auxilio a los egipcios, siendo reducidos a esclavitud⁵.

Luego, la aplicación de varias leyes alcanzó su mayor auge durante el último período del Imperio, particularmente a raíz de la dominación romana sobre Egipto⁶, de esa manera se produjo la aplicación del derecho egipcio, del derecho romano y del derecho griego, que había sido aceptado en gran medida por los egipcios. A la caída del imperio romano, las tribus que habían conquistado- galos, francos, visgodos, hunos, entre otros, convivieron en el mismo territorio y cada uno de ellos elaboró sus propias leyes a partir del Derecho Romano. El territorialismo o las tendencias territorialitas⁷, aunque

⁵ José Ramón y Arregui, *Manual de Derecho Internacional Privado*, 3^a ed. (Rus Ed. Madrid, España, 1952), 227. Estos autores hacen referencia a lo descrito en el libro del Génesis de la Biblia, en la época de José, quien, aun siendo extranjero, se le permitió un rango de importancia, al advertir al Faraón del significado de sus sueños, siendo necesario cosechar y racionar en los siete años de abundancia, para el tiempo de los siete años carencia.

⁶ Carlos Arellano, *Derecho Internacional Privado*, 18^a ed. (Ed. Porrúa, México, 2011), 436. Que hasta ese entonces Egipto había conservado su autonomía jurídica, pero por la relación de comercio siempre se aplicaba derechos de otras ciudades.

⁷ *Ibíd.* El tratado de Ramsés con los Sirios, el cual consistía en que los egipcios podrían permanecer en siria y viceversa, a fin de no vulnerar los derechos que habían estado siendo trasgredidos por la esclavitud.

matizadas volvieron a surgir y desaparecer, sucesivamente, a lo largo de la historia del Derecho Internacional Privado, dependiendo principalmente de las circunstancias históricas que por lo general fueron determinadas por cuestiones de orden público.

1.2. Edad media

La evolución de la vida jurídica y social estructurada conforme al modelo romano se ve totalmente suplantada y la condición de los extranjeros se vio limitada a condiciones deplorables⁸, afectando sus derechos fundamentales y constitucionales.

El derecho de aubana, consistía en una prerrogativa de los feudales para apropiarse de los bienes de los extranjeros que fallecían en sus dominios, mismo que tiene su nacimiento durante esta época, en consecuencia, los herederos del extranjero no tenían oportunidad de aceptar herencia. Así también, el naufragio⁹, que se daba cuando el príncipe se adueñaba de todos los objetos de las naves que naufragaban en sus costas; el chevage considerado un padrón en donde se consignaban los nombres de individuos de distinto feudo para poder gozar de permanencia en no distinto y el formariage¹⁰ que es el impuesto a pagar en el matrimonio entre un feudal y extranjero.

⁸ Alberto Arce, *Derecho Internacional Privado*, 4ª ed. (Universidad de Guadalajara, México, 1964), 13. Afirma que entre las limitaciones a las que fueron reducidos los extranjeros se encuentra la venta de estos como esclavos, no se les permitía la entrada a estos sino solo a cambio de cantidades exageradas de dinero y el pago de gravosos impuestos.

⁹ Arellano. *Derecho Internacional Privado*, 444. Puede considerarse un beneficio provisorio que permitía a los extranjeros residir en otro país, esto a que existían condiciones las cuales no les permitía regresar.

¹⁰ "Educación Leguage: Diccionario Actualizado", EducaLingo, acceso el 12 de mayo de 2019, <https://educalingo.com/es/dic-fr/formariage>. Que se define como derecho pagado al señor con ocasión del matrimonio de un siervo con el siervo de otro señor o con una persona de estado libre, el precio pagado por las mujeres quienes eran dadas en matrimonio a cambio de un precio.

1.2.1. Escuela de los glosadores

Para los autores de esta escuela de glosadores¹¹, la expresión se puede usar como sustantivo; en derecho es visto como un comentarista medieval que en cierta medida era un erudito en el tema al que se dedicaba a interpretar y que se aplicaba en el derecho romano clásico, apuntador, conferenciante, comentador, intérprete; el principio *lex fori*¹² debe tener un ámbito de aplicación en el espacio, en otras palabras, el Juez debe aplicar invariadamente su propia ley en cuanto al procedimiento.

Así pues, otros autores, el juez debe aplicar su propia ley; no obstante, en cuanto al fondo del asunto y específicamente en materia contractual será aplicable la ley del lugar en donde el contrato se hubiese celebrado.

1.2.2. Escuela de los posglosadores

Esta escuela busca intentar amoldar el derecho civil¹³ con las exigencias de la práctica, con el fin de alcanzar sobre las bases sentadas por los glosadores, un Derecho común que sirva para satisfacer las necesidades de Italia.

En ese sentido, a finales del siglo XIII y durante el siglo XIV, a raíz que en Italia el feudalismo no tuvo el impacto que, en el resto de Europa, existían lugares con reducido espacio territorial, pero con un gran desarrollo comercial, por

¹¹ “Diccionario de Idiomas en línea: Gramática Española Moderna”, Word Reference, consultado el 12 de mayo de 2019, <http://www.wordreference.com/sinonimos/glosador>. El que glosa, apostilla, argumenta, expone, comenta, interpreta, anota, aclara, descifra, analiza y entiende mediante una palabra o dicho propio y mediante un mal sentido. En otras palabras, es un erudito.

¹² Nelson Nicolielo Diccionario del Latín Jurídico, (Uruguay, 2004), 172. También es definida como ley del fuero, ley del lugar del tribunal. Jurisdicción Territorial, la Ley interna del país en donde se requiere utilizar el derecho extranjero.

¹³ Adolfo Miaja, *Derecho Internacional Privado*, Introducción y Parte General, 6° ed., tomo I (Ed. Lope de Vega, Madrid, 1972), 91. Es a través de esta escuela que comienza a desarrollarse lo que hasta época se conoce como el Derecho Extranjero, aplicado en los diversos países.

ende, la necesidad de buscar soluciones al tráfico jurídico internacional que comenzaba su máximo apogeo en la referida época¹⁴.

Durante los siglos XIII y XVIII juristas destacaron el fenómeno Estatuario, el cual a través de esos siglos, se propusieron reglas que intentaron resolver problemas locales y más tarde problemas de índole internacional; en ese orden, se puede precisar con propiedad, que los Estatuarios son un estudio de las cuestiones conflictuales, que surgen del contacto de disposiciones legales vigentes en ciudades o comarcas cercanas entre sí y pertenecientes a una misma unidad política; ejemplo de ellos el Imperio Germánico Medieval y la monarquía Francesa del siglo XVI, además de forma excepcional los estatuarios estudian casos que intervienen leyes de países sujetos a otras soberanía¹⁵.

A través de la historia se distinguen momentos de la evolución de las etapas Estatuarias; el primero de ellos se destaca en el Norte de Italia, en los siglos XIII y XV a través de la escuela de los glosadores, desde el centro de Bolonia, hasta el otro lado de los Alpes, se concentra el espíritu analítico de filósofos programando soluciones contrarias a la territorialidad de las leyes y exclusión de aplicación de normas fuera de los límites provinciales, en virtud de considerar al extranjero como un enemigo y no ser digno de los derechos que gozaban los nativos; la segunda fase cuya base es Francia y su fundamental aportación se centra en la atenuación del riguroso territorialismo y la consideración de una “comitas Gentium”, la cual en la práctica abre paso a la aplicación de leyes extranjeras, el cual es a su vez se convierte en uno de los

¹⁴ Pereznieto, *Derecho Internacional Privado*, 22. El autor Guillaume de Cun, es citado por Pereznieto, como el hombre que distinguió entre sus estatutos reales los bienes y los personales, como los que rigen a las personas.

¹⁵ *Ibíd.*, 23. Según Leonel Pereznieto, en las ciudades-Estado, se contaba con leyes propias en territorios reducidos y el desarrollo del comercio conculcó en la necesidad de contar con un sistema de solución de conflictos.

primeros de los antecedentes más claros del formalismo y la aplicación de estas. Cabe hacer notar que la doctrina de los autores de Derecho Internacional Privado considera la Teoría de los Estatutos como un conjunto de reglas propuestas por diversos autores que quisieron resolver primero conflictos ínter local y más tarde conflictos internacionales¹⁶.

1.3. Edad moderna

Esta edad¹⁷ es de suma importancia, debido a que los autores destacaron con sus ideas y formaron nuevos métodos y estrategias que aún se siguen empleando persisten hasta la actualidad, dentro de las cuales destacan las formas en la cuales se regirían las actividades de comercio aun fuera de los límites territoriales; asimismo, es preciso destacar que estos instrumentos convencionales que contuvieron las normas del incipiente derecho internacional de extranjería comprendieron desde sus inicios un núcleo de normas protectoras de derechos humanos fundamentales. Siendo esta época el surgimiento de normas de aplicación directa para los extranjeros, así como normas internas que remiten la aplicación del derecho extranjero, como es el caso del CPCM, el cual permite la introducción de normas al proceso.

1.3.1. Francia siglo XVI

En este siglo se desarrollaron métodos¹⁸ de solución de conflictos, entre ellos el surgimiento de ideas para tomar en cuenta no solo normas de orden local

¹⁶ Miaja, *Derecho Internacional Privado*, 91. Trató de resolverse la controversia suscitada por los conflictos de competencia atendiendo a los criterios en razón al territorio, materia, cuantía y grado.

¹⁷ Pereznieto, *Derecho Internacional Privado*, 22. Entre ellos diversos métodos de solución de conflicto de leyes, que se suscitan en el momento que una ley interna entra en conflicto con una de carácter extranjero, siendo ambas posiblemente aplicadas a fin de solucionar la controversia.

¹⁸ *Ibíd.*, 23. Esta escuela es también conocida como Jurisconsultos consuetudinarios y varias de sus ideas tuvieron fuerte influencia de los postglosadores de la edad media, es en esta escuela de los postglosadores donde se distinguió las leyes reales de las personales.

sino leyes que de acuerdo a las circunstancias le fueren aplicables aun si estos fueran extranjeros. Leonel Pereznieto, menciona la glosa en la que se basó el principio básico de “finitas potestas finitas jurisdictio et cognitio” del autor Bertrand D’Argentré , que significa *Donde termina su potestad, el Estado termina su jurisdicción y conocimiento*. Durante este período los problemas conflictuales revestían una importancia práctica mucho menor que la que alcanzaron en Italia. Existía en Francia una diversidad legislativa en las regiones del Sur se había operado una recepción del derecho Romano que no llegó a las del Norte, cuyo ordenamiento fundamentalmente consuetudinario variaba bastante de un sistema a otro.

Por lo tanto, estas regiones del Norte de Francia eran precisamente las más feudalizadas, en ellas las costumbres tenían un ámbito de aplicación territorial, que priva al extranjero de la capacidad de testar y de recibir herencias aun estando en país extranjero, no permitía el poder suscribir contratos a los mismos, dificultando el comercio; volviéndose causa principal del desplazamiento de los conflictos de leyes en las ciudades italianas. La situación empieza a cambiar cuando termina la guerra de los cien años contra Inglaterra y se afianza el poder real de Luis XI¹⁹, frente a los señores feudales. Así como, el derecho de aubana²⁰ desaparece progresivamente el comercio exterior encuentra una seguridad de la que antes carecía y aparece como clase social directiva de los hombres de leyes, en quienes los Monarcas encuentran eficaces auxiliares en la lucha con los nobles, partiendo de ser las leyes su base social.

¹⁹ EcuRed: Luis XI, acceso el 20 de julio de 2019, https://www.ecured.cu/Luis_XI. Proclamado como Rey de Francia, luego de haber enfrentado a su antecesor y padre del mismo, desde el 22 de julio de 1461 al 30 de agosto de 1483.

²⁰ Enciclopedia Jurídica, acceso el 7 de mayo de 2019, en: www.encyclopedia-juridica.biz14.com/aubana/aubana.htm. Derecho de aubana, albana o albinagio el que el soberano tenía, en algunos países, para heredar los bienes de los extranjeros que fallecieran en sus dominios sin haberse naturalizado en ellos.

Además, Carlos VII ordena que se redacten las costumbres de las distintas regiones, y aunque el mandato tarda en ser completado, cuando por fin se le va ha escrito el derecho consuetudinario las discrepancias legislativas se hace más visibles dando ocasión a que los juristas se ocupen de los conflictos resultantes de esta²¹.

1.3.2. Estatuarios españoles

Es lógico pensar que en los siglos XVI y XVII aparezca una verdadera contribución al conflicto de las leyes; factores como el comercio intenso entre países y cultivo de universidades con enfoque en Derecho Romano son la base para esto. El estudio se basa en distintos temas, principalmente si las leyes propias de algún territorio obligan a los extranjeros mientras permanecen dentro del mismo²².

Durante los siglos XIX, se inició la edad contemporánea en España, volviéndose relevante la constitución de Cádiz, siendo este el primer texto que refiere la instauración de un Tribunal Superior de Justicia²³; comprendido como el conjunto de disposiciones que, según afecten a las personas, a las cosas o las normas, se distinguen con los nombres de estatuto personal, real y formal, este se considera el precedente más próximo del Derecho.

²¹ Miaja, *Derecho Internacional Privado*, 110. Como hasta hoy en día ha ocasionado controversia lo establecido en el artículo 313 ord. 3º y el art. 315, ambos del CPCM, acerca del derecho extranjero, puesto que el legislador por una parte otorga facultad al juez de valerse de cualquier medio de prueba a fin de acreditar su contenido y vigencia y por otro, establece que la parte que fundamente su pretensión en normativa extranjera será quien acredite los presupuestos ya mencionados.

²² *Ibíd.*, 111. Aún para el autor estos siglos parecen escasos de conocimiento en cuanto al tema, en virtud de la poca investigación y falta de documentos existentes a la fecha por el tema de evolución que se configuraría siglos posteriores hasta la fecha.

²³ Juan Furelos, "Evolución Histórica de la Aplicación del Derecho Extranjero en el Proceso Civil Español", *Revista de Derecho UNED*, España, 2018), consultado en: file:///Users//tesis%20LA-PRUEBA-DEL-DERECHO-EXTRANJERO.pdf, el 14 de mayo de 2019. La Constitución de Cádiz, siendo el primer texto legal en el que se plasman normas de aplicación de derecho extranjero, fue aprobada el diecinueve de marzo de mil ochocientos doce.

1.3.3. Holanda siglo XVII

Se desarrolló la idea de aplicar el Derecho Internacional únicamente para preservar derechos adquiridos fuera de ese territorio²⁴. Tres autores son los que se encargan de desarrollar las ideas de la escuela llamada *escuela holandesa*²⁵. Establecen básicamente la territorialidad de las leyes al señalar que estas en un principio se crean con el objeto de regir un determinado territorio y solo en ciertos casos cuando la controversia contiene elementos no contemplados por la Ley de ese país, es necesario regirse por ordenamientos de distintas ciudades.

1.4. El Derecho en la edad contemporánea

El siglo XIX, es considerado como la gran reivindicación de las leyes a favor de los extranjeros, luego de haber sido tratados como esclavos, víctimas de las clases nativas. La inspiración del nuevo derecho llevó a romper en cierta medida con el pasado jurídico nacional, adoptando en su lugar el principio y normas del Derecho de los países considerados como más adelantados.

Diversos son los antecedentes que marcan la aplicación del Derecho extranjero, entre los que destacan la Revolución Francesa²⁶ y la Independencia de Estados Unidos de América. Uno de los primeros antecedentes registrados es la Revolución Francesa, en la que nacen diversos

²⁴ Francisco Contreras, *Derecho Internacional Privado, Parte General*, 3ª edición (Ed. Oxford, Universidad Nacional Autónoma, México, 1998), 185. En esta etapa de la evolución de la aplicación del derecho extranjero, se ve limitada la posibilidad del mismo, solo en razón de no ser factible la aplicación de normativa interna.

²⁵ Perezniето, *Derecho Internacional Privado*, 23. Menciona a los autores Paul Voet (1610-1677), Ulrich Huber (1636-1694) y Jean Voet (1647-1714), quienes aceptan la aplicación de la ley extranjera con el objeto de preservar los derechos adquiridos fuera de su lugar de origen.

²⁶ José Algara, *Derechos del Hombre en la Revolución Francesa* (Facultad de Derecho de la UNAM, México, 1956), 60. Siendo este acontecimiento el marco de inicio de nuestra edad actual, denominada Edad Contemporánea.

principios que han sido reconocidos universalmente, entre ellos el de la igualdad, que no solo se pretendía entre los franceses, sino que la igualdad de todas las personas en el mundo.

De igual forma, el Código Napoleónico²⁷, en los artículos 726 y 912 vuelve a retornar el derecho de aubana, pero en 1819, se les permitió a los extranjeros volver a heredar²⁸. El siglo XIX, con el inicio de Guerra de la Independencia Española, supone el nacimiento de la Edad Contemporánea española²⁹. Es la razón por la que la Novísima Recopilación se incluye en el anterior periodo. Y es relevante en la materia desde varias perspectivas. El autor Jean Niboyet, cita como ejemplo que un español en todos los países y en todas sus relaciones jurídicas, estará sometido a la Ley Española, en cambio un extranjero en España, estará sometido a su Ley nacional, cualesquiera que sean las relaciones en que intervenga³⁰.

Durante el siglo XIX, desde Gran Bretaña, llegó a Norteamérica la doctrina de la Cortesía, basada en que cada territorio tiene sus propias leyes, y que en principio son territoriales, siendo aplicables a todas las personas y que excepcionalmente en ciertos casos y en ciertas materias se aplican a título de cortesía. En este mismo siglo, se abre paso al nacimiento de la escuela italiana, pero no la de la edad de los postglosadores, sino más bien partiendo

²⁷ Pereznieta, *Derecho Internacional Privado*, 16. El Código Napoleónico del año 1804. inspira diversos Códigos en el mundo, incluyendo el salvadoreño. Su importancia radica en que agrupó las reglas propias del comercio marítimo y el terrestre en un solo cuerpo legal.

²⁸ Arellano, *Derecho Internacional Privado*, 444. se juzgó por ser contrario a principios de fraternidad con los extranjeros.

²⁹ Juan Furelos, *Evolución Historia de la Aplicación del Derecho Extranjero en El Proceso Civil Español*, 66. Siendo de vital importancia estos acontecimientos, en virtud que nuestra legislación se encuentra fuertemente influenciada por la legislación española, y la institución jurídica de la prueba del derecho extranjero no es la excepción.

³⁰ Jean Niboyet, *Derecho Internacional Privado* 2º ed. (Ed. Reus, Madrid, España, 1954), 228. Aplicar a título de cortesía significa un trato de cultura y respeto al hecho de la calidad de extranjero. En la actualidad diversos tratados se han suscrito a fin de mejorar el tráfico comercial con la finalidad de crear lazos a través de la cortesía entre estados.

de la idea que la razón del nacimiento de las leyes es para las personas ya que a estas les son las consecuencias de que en las relaciones internacionales todas las leyes sean extraterritoriales. El Código Civil Italiano³¹, en su artículo 3° establecía: “*el extranjero puede disfrutar de todos los derechos civiles atribuidos al ciudadano*”.

1.5. Antecedentes del derecho extranjero en El Salvador

A finales del siglo XIX³², en El Salvador hablar de la aplicación de normas que forman parte de las leyes de otro Estado, era considerado una falta a la soberanía, pues sería con las leyes de otros países con las que se juzgaría. La finalización de la primera guerra mundial da paso para el primer intento de unificación y cooperación, cuando se forma la sociedad de las naciones, que es el antecedente de lo que más tarde sería la Organización de las Naciones Unidas.

A mediados del siglo XX, las relaciones internacionales se tornan distintas, ya la postura que se venía sosteniendo era la de la integración normativa, que los estados pudieran colaborar entre sí, en el derecho internacional privado, el principio de cooperación internacional se vuelve muy importante. Un primer intento de unificar criterios de aplicación normativa en Latinoamérica ha sido la Convención de Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante, que hasta la fecha en el país se encuentra vigente y así con el tiempo surgen un sin número de conferencias.

³¹ José Algara, *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, parte general (Ed. Ignacio Escalante, México, 1899), 69. Código Civil Italiano, del 25 de junio de 1865. Claro ejemplo clásico de las normas que son permitidas aplicar a los extranjeros a fin de tutelar sus derechos.

³² Melania Abrego y Atilio Veliz, “La carga de la prueba en la aplicación del derecho extranjero en el Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador” (tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador. San Salvador, 2017), 63. En esta época los países económicamente más fuertes conquistaban militarmente a los países pequeños por lo cual no se aceptaba la aplicación del derecho de otro Estado, y es por ello que no se podía aplicar el derecho extranjero.

Siendo El Salvador, uno de los Países que han suscrito y ratificado el Código de Bustamante³³, lógicamente tuvo que ceñirse a las reglas del mismo para la aplicación del Derecho extranjero, es decir, los Jueces o Tribunales aplicaban de oficio, cuando procedía, las leyes de los demás Estados que comprende dicho Código; y al mismo tiempo dejaban abierto el camino a aquellas partes que invocaban la aplicación de una ley extranjera, para que puedan justificarla en la forma que el Código establece.

El Código Procedimientos Civiles³⁴ era una regla diferente, en cuanto a la aplicación de oficio contenida en el Código de Bustamante³⁵ de manera expresa ya que indica que el encargado de comprobar una ley extranjera será la parte que apoye su pretensión en la ley extranjera invocada. Lo anterior es fundamentado en el simple hecho que el Código de Procedimientos Civiles es anterior al Código de Bustamante, ya que la primera edición data del año de 1857, y el Código de Bustamante fue suscrito en la Sexta Conferencia Internacional Americana reunida en la Habana, Cuba, el trece de febrero de 1928, por lo que cuando fue editado el Código de Procedimientos Civiles no existían tratados internacionales de esta índole que vinieran a regular esas situaciones.

La vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil actual es hasta cierto punto nueva, habiendo entrado en vigor el CPCM, en el año dos mil diez, su incorporación al sistema jurídico salvadoreño trajo consigo instituciones

³³ Convención de Derecho Internacional Privado, (La Habana, Cuba, Sexta Conferencia Internacional Americana, Suscrita el 13 de febrero en El Salvador en 1928), artículo 409. Por ser un Estado miembro del Convenio de Bustamante los jueces aplicaban de oficio el derecho extranjero de otros Estados los cuales también lo habían ratificado.

³⁴ Código De Procedimientos Civiles, República de El Salvador, Decreto Ejecutivo, sin número, Diario oficial 31 de diciembre de 1881, sin vigencia. Al hablar de la aplicación del derecho extranjero aplicado dentro del proceso civil lo expresa en pocos artículos, específicamente en su artículo 239.

³⁵ Para otras aproximaciones, véase el artículo 408 de la Convención de Derecho Internacional Privado.

novedosas al proceso civil y mercantil, dicho cuerpo normativo ha sido enormemente influenciado de forma teórica por el derecho peruano y el español. El CPCM, al hablar del derecho extranjero es influenciado por la LEC 2000, de España incluso la transcripción literal de algunos artículos, el artículo 281 número 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España del año 2000, es influencia del Código Procesal Civil y Mercantil Salvadoreño, en lo que trata el Derecho Extranjero, refiriendo a la necesidad de prueba en lo que respecta su contenido y vigencia; no siendo específico en referir de quién es la iniciativa de introducir al proceso el derecho extranjero, mucho menos de quién corresponde la carga de la prueba del mismo; dejando esos vacíos a discreción de los jueces, quienes son los encargados de aplicar el derecho extranjero en sus sentencias

Sobre este último no solo de forma teórica sino además legislativa ya que uno de los modelos a seguir para la creación del CPCM fue la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, cuya entrada en vigencia en dicho país en el año dos mil, del mismo modo que gran importancia jugó el código procesal civil modelo para Iberoamérica. El código presenta instituciones y ya no procedimientos detallados como lo había sido el Código de Procedimientos civiles derogado.

1.6. Acepciones más aceptadas de la palabra Derecho

A lo largo de la historia, la palabra derecho ha recibido diversos sentidos, motivo por el que se ha vuelto una palabra polémica de definir y varios autores han intentado darle una definición universal³⁶ a la misma, es necesario mostrar y enunciar algunas de ellas:

³⁶ Rolando Tamayo, *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, vol. IV (Culzoni editores, México, 2007), 295. En la actualidad la acepción de derecho se establece como un conjunto de normas jurídicas.

Para muchos autores la palabra Derecho, etimológicamente deriva de “enderezar”, “dirigir”, “encaminar”. En ese sentido, la idea de Derecho se constituye un orden presupone la concepción que es un “conjunto de normas o disposiciones creadas por ciertas instancias apropiadas, reconocidas como las instituciones creadoras del derecho y que son, por lo general, eficaces, esto es, que son mayormente seguidas u obedecidas”, cuyo fin es la tutela de las personas, en el que se ampara en el órgano jurisdiccional para que un juez con competencia resuelva su conflicto, siendo que el juez aplicará la norma que corresponda a fin de resolver controversias de interés jurídico, que le sean llevados al proceso. Visto de una forma general, “es un conjunto de reglas de conducta cuyo cumplimiento es obligatorio y cuya observancia puede ser impuesta coactivamente por la autoridad legítima”³⁷.

Así, también el derecho en su sentido objetivo, “es un conjunto de normas”, mientras que el derecho subjetivo lo define como “una función del objetivo”. Este es la norma que permite o prohíbe; aquel permiso derivado de la norma; en esa misma línea de ideas, la expresión derecho vigente, es un “conjunto de normas imperativo-atributivas que en una cierta época y un país determinado la autoridad declara obligatorias”³⁸.

Además, el derecho subjetivo, como derecho o pretensión jurídica de un individuo, que es la obligación de otro; en ese sentido el derecho como orden jurídico lo define como un orden jurídico que regula la conducta humana³⁹. En

³⁷ Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 34ª ed. Actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas (Heliasta Ed., Argentina, 2006), 293. No puede ser aplicada a todos en general, ya que las normas internas regulan conductas y en su mayoría de presunciones de parte del legislador.

³⁸ Eduardo García, *Introducción al estudio del derecho*, 55ª ed. (Ed. Porrúa, México, 2003), 37. En esta definición se incorporan más elementos de la palabra derecho, estableciendo las normas de carácter prohibitivo y permisivo.

³⁹ Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed. (Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2013), 33. Se referencia únicamente al derecho material, que se encuentra plasmado en la norma sustantiva.

ese sentido, es necesario definir al Derecho Privado como *“la rama del derecho que reglamenta las relaciones particulares entre sí”*. Dividiéndose en Derecho Civil y Mercantil, entre otras; siendo la primera en ocuparse del *“estudio de relaciones de los particulares entre sí, su estado civil, capacidad y los contratos”* y el segundo *“que reglamenta la conducta de los comerciantes en el ejercicio de su actividad, o cuando sin serlo realicen actos de comercio”*⁴⁰.

1.7. Determinación del Derecho Interno

El derecho como tal, ya sea público o privado pueden integrar el derecho interno como el externo. El Derecho Interno regula las relaciones jurídicas que nacen, se desarrollan y finalizan dentro del territorio del país⁴¹.

El Derecho Externo, refiere a las relaciones jurídicas cuya existencia traspasa las fronteras del país; es decir, el derecho interno hace alusión a aquel derecho creado dentro de la jurisdicción del país para así vincular jurídicamente a las personas pertenecientes a un territorio en específico y sus relaciones; y el derecho externo, como aquel derecho que es aplicado cosmopolita y no a un determinado territorio⁴². En ese sentido, *“derecho nacional o interno, es el derecho que rige dentro del Estado”*. En ese sentido, el derecho externo, hace referencia como derecho internacional, a *“normas que rigen las relaciones entre los Estados”*⁴³.

⁴⁰ Kelley Hernández, *Teoría del Derecho Procesal*, 4ª ed. (Ed. Porrúa, México, 2003), 3. Habiéndose definido el derecho sustantivo, como la obligación de otro, las normas procesales, se encargan de establecer la estructura del proceso mediante el cual se resolverá el conflicto.

⁴¹ Carlos Arellano. Generalidades del Derecho (Biblioteca Jurídica UNAM, 2010), <http://www.juridicas.unam.mx>. El derecho interno no requiere adaptarse forzosamente a las normas jurídicas extranjeras, en virtud que las relaciones humanas son amplias.

⁴² Paul Reuter, *Derecho Internacional Público*, 2ª ed. (Ed. Bosh, Barcelona, España 1962), 13. Teniendo al Derecho extranjero y el interno fundamentos separados y dirigiéndose a sujetos diferentes, no pueden ser sino ordenamientos enteramente distintos.

⁴³ Hans Kelsen, *Principios de Derecho Internacional Público*, 4º ed. (Ed. El Ateneo, Buenos Aires Argentina, 2004), 3. El derecho interno es considerado propio del estado, luego de pasar por el respectivo proceso de creación de ley.

1.7.1. Definición de Derecho Interno

El Derecho Interno o estatal es aquel cuya validez está limitada al territorio del Estado y que no se encuentre subordinado a ningún orden jurídico superior, sino solamente vinculado a la constitución del mismo y es este el que aplican directamente los jueces del mismo estado a fin de fundamentar sus decisiones.

Tal como, el orden jurídico de un Estado⁴⁴ estará constituido por las normas que, de acuerdo con la norma fundante básica, sean válidas en el espacio definido como territorio del Estado. La ley interna es aquella propia de cada estado: la cual solucionan conflictos o concurrencias de leyes⁴⁵. Las normas de derecho interno con aplicación necesaria, ponen de relieve hasta qué punto corresponde al ordenamiento jurídico estatal la iniciativa en organizar la reglamentación de tráfico externo, la consideración de esta es ineludible ya que otro modo no sería posible comprender ciertos aspectos del sistema positivo y de la jurisprudencia salvadoreña.

1.7.2. Diferencia entre El Derecho Interno y El Derecho Externo

El derecho interno⁴⁶ tanto como el externo difieren entre ellas, por ejemplo, el derecho nacional dispone sanciones siendo estas la pena y la ejecución civil, en cuanto al derecho internacional son las represalias y la guerra. La ley interna es aquella propia de cada estado con la cual solucionan conflictos o

⁴⁴ Elma del Carmen, *Los Tratados Internacionales como fuente del Derecho Nacional*, (México, 2006), 9. Tanto en el plano de la doctrina como en el derecho positivo es pues evidente la existencia, de cada ordenamiento jurídico de supuestos en la que se ordena la aplicación de normas de su derecho.

⁴⁵ Carlos Ochaíta, *Derecho Internacional Privado*, (Ed. Lerena, Guatemala, 1998), 11. En ese sentido, se vuelve obligatoria la ley interna, luego del proceso de formación de ley correspondiente a cada Estado.

⁴⁶ Arellano, *Primer Curso de Derecho Internacional Público*, (Porrúa Ed., México, 2006), 85. La forma en que se puede aplicar la norma externa en el derecho interno corresponde al Estado, tiene autonomía constitucional y puede optar por aplicar las normas internacionales. La manera de lograrlo es una cuestión que compete a los Estados soberanos.

concurrencias de casos concretos que las partes llevan ante el juzgador a fin de buscar la tutela de sus derechos o bien puede ser un solo interesado en el caso de la jurisdicción voluntaria, en la que no hay controversia que resolver en contra de un adversario, únicamente la solución del conflicto⁴⁷.

- a) Diversas fuentes: En el derecho interno la principal fuente es la ley, la cual es producto de la voluntad unilateral de un legislador. En el derecho externo la principal fuente está constituida por los tratados internacionales.
- b) Diferentes sujetos: En el derecho interno las normas jurídicas tienen como sujetos destinatarios de ellas a los gobernados y también a los gobernantes, y no en todo el territorio nacional. En el derecho externo tienen como sujeto principal a los Estados en general, considerados estos en su integridad, aunque es frecuente que también haya normas internacionales que tienen aplicabilidad para gobernantes y gobernados.
- c) Diferente poder de coacción: El poder legítimo del derecho para imponer el cumplimiento de sus principios y normas ya sea como en el derecho interno existen tribunales ante los cuales pueden ser llevados obligatoriamente los sujetos que incurren en incumplimiento de los deberes a cargo, derivados de las normas jurídicas internas, y en cuanto al derecho externo existe la Corte Internacional de Justicia que es un tribunal que puede dirimir las controversias entre los Estados.
- d) Diferentes ámbitos territoriales de aplicación⁴⁸: La norma jurídica interna está destinada a tener una aplicación limitada al territorio del Estado para el cual fue hecha, por lo cual no requiere adaptarse a las normas jurídicas externas.

⁴⁷ Ochaita, *Derecho Internacional Privado*, 11 Las normas de derecho interno con aplicación necesaria ponen de relieve hasta qué punto corresponde al ordenamiento jurídico estatal, la iniciativa en organizar la reglamentación de tráfico externo.

⁴⁸ Biblioteca Jurídicas UNAM, Carlos Arellano, acceso el 16 de mayo de 2019, <http://www.juridicas.unam.mx>. El derecho extranjero es aplicable previo consentimiento de otros Estados.

CAPITULO II: APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO EN EL PROCESO CIVIL Y MERCANTIL SALVADOREÑO

El tema de Derecho Extranjero en el Código Procesal Civil y Mercantil, denota que una sola ley no podrá normar todos los supuestos jurídicos existentes además de los vacíos y aspectos no regulados en el Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador, los cuales pueden ser superados con la aplicación del derecho extranjero y para el estudio de este tema es importante destacar algunos aspectos de la naturaleza del mismo y de las teorías que han sustentado diversos autores, expertos en esta materia.

2. Naturaleza del derecho extranjero

Para determinar la naturaleza del derecho extranjero, existen las teorías⁴⁹, cuyo propósito es encontrar la aplicación más cercana de una ley extranjera en un sistema jurídico nacional, en miras a la viabilidad de su incorporación a un sistema extraño de normas⁵⁰. Tal aplicación nos enfrenta con una contradicción fundamental entre el sistema local y el sistema extranjero, pues ambos son ordenamientos jurídicos con un tratamiento procesal diferente. En efecto, en virtud del principio *Iura Novit Curia*⁵¹, el derecho no es objeto de prueba en términos generales y ésta sólo recae en los hechos, por ende, no es necesario que las partes prueben en un litigio lo que dicen las normas,

⁴⁹ Constanza, Saavedra, "Análisis de la aplicación del derecho extranjero y la oposición de la *lex fori* a ello: Necesidad de una regulación normativa clara a la luz de la jurisprudencia y doctrina nacional e internacional", (Tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2018), 14. La aplicación del Derecho Extranjero en una relación privada, supone la consecución de una solución justa.

⁵⁰ "Carlos Castillo, Aplicación Del Derecho Extranjero", Universidad Fermín Toro, Venezuela, acceso el 02 de julio de 2019, <https://derecho-extranjero.FT.venezuela>.

⁵¹ Sala de lo Civil de la Primera Sección del Centro, Referencia: 240-Cal-2015 (Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2015) Es un aforismo latino, que significa literalmente "El Juez conoce el derecho".

obliga al juez a conocer del derecho y resolver cada litigio con la solución prevista por el sistema jurídico. Para identificar la aplicación del derecho extranjero la doctrina y la práctica han dado respuestas diferentes⁵²:

- a) Afirmar que el Derecho extranjero carece de efectividad fuera de los límites territoriales del Estado. De este modo, la norma extranjera en el sistema local tiene el valor de hecho, ya que la aplicación del derecho extranjero no significa dar ejecución en un Estado a normas dictadas por otro, sino que implica la reglamentación estructurado en el estado extranjero⁵³.
- b) A pesar que existe una equiparación formal de las leyes de cada Estado, en ningún sistema jurídico se reconoce totalmente al derecho extranjero como una condición procesal análoga al derecho propio; por consiguiente, no puede decirse que la existencia de un derecho que se adquiere en el extranjero sea condición de la creación de un derecho en el orden jurídico nacional, ya que hay casos en que la norma de conflicto llega a reconocer derechos inexistentes en el país de origen
- c) Por ello, lo lógico es colocarnos ante una posición realista consistente en que cuando el juez local aplica el Derecho extranjero, aplica una normativa que está inserta en un ordenamiento jurídico distinto al suyo⁵⁴. El Derecho extranjero es Derecho, aunque extranjero y no existiendo una alternativa que obligue a incluirlo en la categoría de los

⁵² Werner Goldschmidt, *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*, 2^a ed. (Ed. Depalma, Buenos Aires, 1952), 137. Debido a que normalmente las legislaciones no contienen normas que resuelvan la cuestión, la doctrina ha elaborado numerosas teorías destinadas a ello, siendo una de las de mayor prestigio la llamada "Teoría del uso jurídico extranjero".

⁵³ Victoria Abellán Honrubia, *Enciclopedia jurídica básica*, Volumen II, (Ed. Civitas, Madrid, España, 1995), 293. Considera al derecho extranjero como un hecho, en virtud de la necesidad de prueba del mismo, no obstante según el CPCM, se aplicará como Derecho.

⁵⁴ Miaja, *Derecho Internacional Privado*, 358. Indica que, desde el punto de vista jurídico, todos los derechos deben ser creados por una ley: ante todo, un derecho es un producto artificial y no un simple hecho natural; ningún derecho legal puede ser creado por la simple voluntad de los particulares.

hechos procesales o en la de Derecho nacional, puede hablarse de una naturaleza peculiar.

2.1. Teorías sobre la naturaleza del derecho extranjero

En tiempos actuales existen dos grandes corrientes que determinan la naturaleza del derecho extranjero, enmarcada en una especie de dualidad: las Teorías de Hecho y las Teorías de Derecho⁵⁵. Se hará mención de estos fundamentos en post de explicar los avances en la materia y proporcionar una visión más completa sobre los fundamentos de cada teoría.

Aunque es posible encontrar diversos órdenes y distinciones en la doctrina, se ha buscado incluir los aportes más relevantes para su estudio⁵⁶, de modo que no es una categorización definitiva, sino ilustrativa. Estos órdenes previos hacen alusión a la importancia o justificación de la aplicación de la ley extranjera, y son más bien el estudio del razonamiento mismo de su utilización, pero que también logran explicar incipientemente, la naturaleza del derecho, sentando así las raíces de las categorías actuales.

En ese sentido, la aplicación de la ley extranjera depende de su libre voluntad expresada en las reglas de conflicto⁵⁷. Pero una vez dado el permiso, reconocida la competencia de la ley extranjera, ésta se introduce en el territorio y viene a regir la situación dentro del proceso, la cual el juez nacional se encuentra conociendo.

⁵⁵ Federico Duncker, *Derecho Internacional Privado*, 3^a ed. (Ed. Jurídica de Chile Santiago, Chile, 1967), 336, Es un Hecho, porque no sigue el trámite legislativo y Derecho porque la ley extranjera es un derecho que no se desnaturaliza, por aplicarse en un Estado distinto al de su creación.

⁵⁶ Carmen Deras, "La Aplicación del Código de Bustamante en la Legislación Mercantil Salvadoreña" (tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 1999), 23.

⁵⁷ Ana Diaz, "Escuelas Modernas Del Derecho Internacional Privado". (Tesis para optar al título de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, 1992), El conflicto de leyes parte de un presupuesto que permite la aplicación de derecho extranjero.

2.1.1. Teorías de Hecho o de la materialización

Básicamente el derecho extranjero es un hecho de la causa, puesto que el juez sólo conoce del derecho que ha sido discutido, promulgado y publicado en su propio Estado⁵⁸. La jurisdicción como poder-deber es excluyente, no admite la imposición de una norma extranjera dentro su territorio. La ley extranjera emana de un legislador⁵⁹, quien no tiene autoridad fuera de los límites de su Estado. La ley posee un delimitado territorio de aplicación y reconocimiento, correspondiente al territorio en el cual ha sido dictado y donde será aplicada.

Los jueces no tienen la obligación de investigarla, de modo que depende absolutamente de la actividad diligente de las partes incorporarla dentro de los puntos de hecho de sus pretensiones. Dentro de esta categoría se distinguen las siguientes teorías:

2.1.1.1. Teoría de los Derechos Adquiridos o Vested Rights

Según los juristas, esta teoría establece que la ley se debe aplicar territorialmente, pero los derechos adquiridos de acuerdo con otras legislaciones deben ser respetados por otros Estados, aunque en última instancia nunca se aplique el derecho extranjero por sí mismo⁶⁰.

Por lo anterior, es posible introducir un derecho adquirido de dos formas:

⁵⁸ Federico Duncker, *Derecho Internacional Privado*, 336. El Derecho extranjero no se crea, sino que solo se constata, tomando en cuenta la doctrina, la práctica y la jurisprudencia extranjera.

⁵⁹ Diego Guzmán, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 5ª ed. (Ed. Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1997), 3321. Según estas teorías, el derecho extranjero aplicar el derecho extranjero supondría un atentado insostenible contra la soberanía del territorio.

⁶⁰ Víctor Romero, "Manual de Derecho Internacional Privado", Tomo I (Buenos Aires, Argentina, 1944), 498. En otras palabras, se dice que los jueces aplican la ley extranjera, no sancionan en realidad o ponen en ejecución esta ley, sino más bien un derecho adquirido bajo la autoridad de ella.

a) Importado de una manera indirecta, como comúnmente sería el caso, por ejemplo, la ley francesa crea un derecho en París, para luego introducirlo en Estados Unidos, y

b) La ley extranjera crea directamente un derecho en otro Estado, mediante la aceptación de la aplicación de la ley extranjera por el sistema jurídico nacional. Éste último caso es alegado fuertemente por los críticos a los *vested rights*, ya que, como hipótesis de aplicación, la Teoría de los Derechos Adquiridos carece de explicación.

Esta teoría es susceptible de crítica, puesto que en la competencia territorial; pueden incurrirse diversos hechos, en distintos territorios; hechos que no pueden considerarse separadamente; además, la introducción de un derecho extranjero, como hecho, no crea ningún derecho para la ley nacional, establezca para metros de aplicación e introducción de la ley extranjera. Por último se le reprocha en fracasar en su objetivo, puesto que el reconocimiento de un derecho subjetivo, contiene la aplicación del derecho objetivo que lo creó.

2.1.1.2. Teoría del Uso Jurídico

Teoría postulada por Werner Goldschmidt⁶¹ (1910-1987), jurista alemán radicado en Argentina⁶², el cual sostenía que el derecho extranjero debe ser aplicado cuando la ley nacional lo ordene, pero aquél no es un derecho, sino un hecho, que actúa resolviendo el conflicto, cuya aplicación es de la misma

⁶¹ Piero Mosciati, "La Aplicación del Derecho Extranjero. Teoría del Uso Jurídico", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20 (1993): 49. Introducir el Derecho extranjero como mero hecho, no debe enfrentar este obstáculo de que se intentó solucionar con las teorías de incorporación, pero sin éxito porque de hecho normas extranjeras y nacionales no son equiparadas, mientras que la doctrina que afirma la aplicación del Derecho extranjero en tanto que tal Derecho extranjero simplemente ignora el punto.

⁶² Werner Goldschmidt, *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*, 375. La búsqueda de la justicia, es ajena al Derecho.

forma como lo haría el juez del Estado extranjero. Desde otra perspectiva podría decirse⁶³, que la norma de conflicto, no es el Derecho Extranjero sino el uso jurídico extranjero.

Es decir, el Juez nacional deberá imitar al juez extranjero, bajo un juicio de probabilidad. Por ejemplo⁶⁴, no puede interpretar libremente la normativa extranjera ni avocarse a estudios acerca de su constitucionalidad o su validez; simplemente atenderá a la sentencia que probablemente dictaría el juez extranjero según el caso se someta a su conocimiento; asumiendo que, cada vez que el juez aplica el derecho extranjero, crea derecho debido a la durabilidad del mismo, puesto que ofrece a todos los casos venideros la posibilidad de ser resueltos de la misma manera.

Como resultado, la visión que el juez debe darle al derecho extranjero es desde fuera del sistema jurídico, como observador, transformando la aplicación en imitación; si se declara aplicable a una controversia un Derecho extranjero, hay que darle el mismo tratamiento de fondo que con el máximo grado asequible de probabilidad le daría el juez del país cuyo Derecho ha sido declarado aplicable⁶⁵.

La 'teoría del uso jurídico', en cambio, exige del juez nacional que compruebe lo que los jueces extranjeros declaran como Derecho en su patria respectiva. Según las "teorías de derecho", el Juez nacional, como verdadero juez, falla respecto al Derecho extranjero; según la teoría del uso jurídico extranjero el

⁶³ Werner Goldschmidt, *Introducción al Derecho*, 2ª ed. (Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1967), 577. El juez debe atender al estado jurídico real del país que se trata.

⁶⁴ Abrego, "La carga de la prueba", 53-55. Con lo expresado anteriormente nos encontramos en desacuerdo ya que según el artículo 556 del CPCM tiende a dar ciertos requisitos los cuales la sentencia extranjera debe superar, entre ellos no debe contravenir "principios constitucionales o de orden público.

⁶⁵ Werner Goldschmidt, *Introducción al Derecho*, 577. Una crítica que podría imponérsele a esta teoría es que lesiona la soberanía del Estado correspondiente, ya que esta tendría que resolver los casos igual que fuere resuelto en el estado remitente.

juez nacional se comporta frente al Derecho extranjero como un abogado consultado sobre la probabilidad de éxito de un asunto, llegando a un juicio de probabilidad.

2.1.2. Teorías de Derecho

Cuando la ley extranjera se aplica en un Estado diferente no pierde su naturaleza y es por lo cual continúa constituyendo derecho⁶⁶, aun con la necesidad que requieran de prueba⁶⁷, en tanto que si bien, son los hechos los que necesitan de prueba, el derecho extranjero necesita ser probado con el único objetivo de ilustrar al juez sobre su contenido y sobre la vigencia del mismo. Respecto a estas teorías pueden distinguirse tres:

2.1.2.1. Teoría del Derecho Extranjero propiamente tal

Esta teoría sostiene que el derecho extranjero es simplemente derecho, cuando la ley local ordena la aplicación de una ley extranjera se debe aplicar el derecho extranjero como derecho, determinado éste por el solo hecho de ser extranjero.

Lo anterior, es defendido por diversos conocedores del derecho, quienes han indicado, que el Juez debe aplicar todo el derecho vigente en sentido amplio⁶⁸, es decir, el escrito, consuetudinario, ya que el juez nacional que aplica el

⁶⁶ Mario Ramírez, "Derecho Internacional Privado", (Apuntes de Derecho Internacional Privado) 7. La ley extranjera no pierde su carácter jurídico por tener que ser aplicada más allá de las fronteras del Estado a la cual pertenece, se aplicará como un Derecho, debiendo ser integrado al ordenamiento jurídico interno.

⁶⁷ Abrego, "La carga de la prueba", 56. Las Teorías de Derecho o normativista, considera que el derecho extranjero es derecho, y, por lo tanto, el formulado por la norma de conflicto del juez está dirigido al orden jurídico extranjero, en cuanto conjunto de normas sustantivas, no obstante, deberá integrar esas normas según lo dicta la constitución de la República.

⁶⁸ Martin Wolff, *Derecho Internacional Privado* (Ed. Bosch, Barcelona, España 1958), 203. Se trata de cuestiones de índole distinta, una de naturaleza sustantiva, otra de carácter procesal, y a pesar de que pueden resolverse de manera independiente, existe un estrecho vínculo en el tratamiento y solución de cada una de ellas.

derecho no es quien debe interpretar si una cierta ley es razonable o justa para los parámetros de su derecho nacional.

Es preciso acotar que, esta teoría, deberá ser aplicado derecho extranjero, exactamente como lo haría el tribunal de cuyo derecho se trata, lo que genera varias consecuencias una de ellas es que “las partes deben demostrar que el derecho extranjero está en vigor”; relacionando dicha teoría a la aplicación del artículo 409 del Código de Bustamante el cual establece la forma de cómo ha de invocarse el derecho extranjero en los Estados contratantes de dicho convenio. Sobre la naturaleza del derecho extranjero, concluye: *“Lo que el tribunal aplica a los hechos establecidos ante él, es ‘derecho’, no simple hecho. Es carente de sentido decir que un juez aplica un ‘hecho’ a los hechos.*

*Toda decisión judicial constituye un silogismo; su premisa mayor es una regla jurídica, y no puede ser nada más, su premisa menor una serie de hechos*⁶⁹. El derecho, entonces, que resuelve el conflicto es el derecho extranjero, el cual nunca se nacionaliza, simplemente se aplica como la ley nacional.

2.1.2.2. Teoría de la incorporación

Esta teoría es desarrollada por la doctrina italiana y francesa⁷⁰. Sostiene que la única ley aplicable por el tribunal es la ley local⁷¹, de esta forma la ley extranjera no puede aplicarse directamente, sólo luego de la posterior incorporación al sistema nacional, a través de las leyes secundarias.

⁶⁹ Wolff, “*Derecho Internacional Privado*”, 204. El autor Martin Wolff, está en desacuerdo con los autores los cuales consideran al derecho extranjero como hecho, indicando de manera radical que el derecho extranjero debe reconocerse como derecho.

⁷⁰ Josephus Jitta, *Manual de Derecho Internacional Privado*, Trad. de, André Weiss, 2ª ed., tomo I (Ed. Universidad, Francia, 1928), 603. Refiere que los tratados internacionales son parte del derecho interno basándose en un procedimiento relativamente simple de ratificación constitucional, puede funcionar con tratados como con la costumbre internacional.

⁷¹ Guzmán, “*Tratado de Derecho Internacional*”, 327. En términos sencillos esta teoría une al derecho nacional con el derecho extranjero puesto que por su incorporación le otorga la categoría de derecho, elevándolo a un nivel mayor de las teorías de hecho.

El derecho nacional absorbe este derecho extranjero, lo subsume, transformándolo aplicándose con el mismo tratamiento que la ley nacional. A su vez, se divide en incorporación material e incorporación formal, aunque ambas comparten la incorporación misma:

- a) Incorporación material: La norma jurídica extranjera es apropiada por el ordenamiento interno, y de esta forma pierde su carácter extranjero y es acogida resultando en la creación de una ley interna con el contenido de la ley extranjera⁷². Esta teoría tiende a ser criticada porque debido a que todos los derechos del mundo, formarían parte del derecho nacional, de modo que el juez nacional debería conocer la legislación del mundo entero

- b) Incorporación formal: La ley extranjera es incorporada mediante el sentido y valor que le pertenecen según su ordenamiento jurídico. No es una apropiación, sino una inserción de la norma extranjera al sentido jurídico nacional, conservando su sentido e interpretación propios, Dentro de la incorporación formal las normas extranjeras no pierden su sentido ni valor que tenían al momento de ser creadas, y la incorporación material se genera una norma idéntica a la norma extranjera dentro del derecho local, entonces las calificaciones deben hacerse según la *lex fori*.

La Teoría de la Incorporación así, une al derecho extranjero con el derecho nacional por medio de su reconocimiento e incorporación, otorgándole la categoría de derecho, elevándolo a un nivel mayor de lo que hacen las Teorías

⁷² Guzmán, “*Tratado de Derecho Internacional*”, 328. El Derecho Extranjero se insertan en el ordenamiento nacional con el sentido y el valor que poseen en el sistema jurídico que las creó, transformándose el legislador extranjero simultáneamente en legislador nacional en virtud de una delegación de poderes de este en aquel, salvo, el juego del orden público.

de Hecho. Pero a la vez sólo lo hace cuando es la voluntad del legislador, puesto que sin esta voluntad no existe el derecho extranjero, ni tampoco existen otros elementos que lo contienen, como las sentencias o documentos públicos extranjeros. Esta Teoría es contradictoria ya que en el ordenamiento jurídico interno no debe transgredir el orden público, y por lo cual no es posible incorporar una ley incompatible con el derecho nacional

2.1.2.3. Teoría de la integración

Esta teoría está respaldada por diversos autores, que han establecido que la ley local se remite a la extranjera con el fin de otorgarle al juez una herramienta útil para la solución de un conflicto sirviendo como una fórmula que se satisface con el contenido de la ley extranjera⁷³.

Asimismo, sostiene que el ordenamiento jurídico nacional nunca asume todo el ordenamiento extranjero, ya que, si existiere un conflicto con el orden público interno, la ley nacional prevalece⁷⁴. Con relación los artículos 83, 182 Ord. 3º, 4º y 5º y 246 inc. 2º de la Cn, El Salvador es un estado soberano, por ende, se deberá justificar la aplicación de derecho extranjero. Concluye que la conveniencia de la integración de la norma extranjera afecta también las decisiones jurisdiccionales extranjeras; la sentencia extranjera produce los efectos reconocidos propios del derecho nacional, no de su propio derecho. El maestro Carvajal Cortés⁷⁵ adhiere a esta Teoría, que el derecho se refiere a la

⁷³ Francesco Carnelutti, "*Teoría General del Derecho*", 3ª ed., (Madrid, España, 1995), 132-133. Según Carnelutti esta teoría busca conciliar las interferencias que se producen entre el ordenamiento y ordenamiento con el principio de la plenitud del ordenamiento jurídico.

⁷⁴ *Ibíd.*, 134,135. Esta idea expresada por Carnelutti se critica por ser contraria a lo que expresa nuestra Constitución, especialmente lo referido al artículo 144 el cual menciona que en caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado, dejando en segundo plano la ley nacional.

⁷⁵ Arturo Carvajal, *El Juez y el Derecho Extranjero* (Ed. Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1966), 77. EL derecho extranjero invocado viene a complementar al derecho nacional, y sirve de herramienta a las partes a efecto de demostrar sus teorías fácticas.

determinación de la fórmula extranjera: “*El primer acto que conduce a la aplicación del derecho extranjero consiste en determinar la legislación de la cual se sacará la fórmula que se integrará en la disposición interna.*”

2.2. Aplicación de leyes extranjeras

En un primer momento es competente afirmar que todo Estado es soberano, por lo que cada Estado tiene la facultad de gobernar en los diferentes poderes del Estado, siendo estos el ejecutivo, legislativo, judicial y demás instituciones gubernamentales.

Así pues, las leyes tienen efecto de manera territorial y su aplicación hasta donde alcancen sus límites⁷⁶. Los países se encuentran separados y particularizados a través de los límites y tiene la finalidad de marcar la división, de un estado de otro y lo que sucede o existe detrás de esa línea no pertenece a la nación, por tal razón no será de su incumbencia y su jurisdicción.

Del mismo modo, con lo referente a la aplicación de las leyes extranjeras, es que sea sobrepuesto en territorio diferente, es decir fuera del Estado limítrofe. Los Estados concuerdan en la existencia de una verdadera obligación de aplicar las leyes extranjeras cuando estas proceden⁷⁷. En El Salvador, se considera la aplicación de leyes extranjeras en su oportunidad y procedencia y debería considerar el análisis de las sentencias emitidas por jueces con competencia Civil y Mercantil en el territorio.

⁷⁶ Ochaíta, “*Derecho Internacional Privado*”, 29. Es decir como un deber impuesto por la comunidad jurídica internacional, que no disminuye en nada en la independencia de los Estados, sino que se cumple haciendo uso pleno de la soberanía, al aplicar la norma extranjero siguiendo parámetros para que sea viable introducirla al sistema jurídico.

⁷⁷ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia; Referencias 000113-E-04 (San José, Costa Rica, 2004). El Derecho Internacional Privado pretende solucionar los llamados “conflictos de leyes en el espacio” y estos suscitan por la concurrencia de normas de diversos contenidos, unas de un país extranjero y otras de derecho interno de donde surge el problema de resolver cuales deben aplicarse para la decisión de determinado asunto.

2.2.1. Condiciones para la aplicación de leyes extranjeras

Hay dos condiciones que se muestran en la relación jurídica con la ley extranjera; la primera es que hay una postura de resolver haciendo aplicación de una ley sustantiva a la *Lex fori*⁷⁸; la segunda condición es referente a lo relacionado a la prueba de ley, dividiéndose esta última condición en dos corrientes:

- a) Alegada y Probada⁷⁹: quien invoque la aplicación del derecho extranjero o que no esté de acuerdo a que se invoque deberá plantearlo al juez en su caso. Por ejemplo, que existiere algún acto jurídico en el que su disolución no es admitida en el mismo territorio, debe de probarlo en la disposición extranjera. En el Código Bustamante en el art.409 “la parte que invoque la aplicación del derecho extranjero de cualquier estado contratante en uno de los otros...”
- b) Invocada y Probada: esta no debe de ser como tal, es decir invocada y probada, esta se subdivide en aquellos que la ‘presumen conocida por el tribunal’ y por aquellos que la ‘condicionan al conocimiento del tribunal’. En el Código de Bustamante en su art. 408 sostiene que “los jueces y tribunales de cada Estado contratante aplicara de oficio, cuando proceda, las leyes de los demás, sin perjuicio de los medios probatorios que este capítulo se refiere”⁸⁰.

⁷⁸ Enciclopedia Jurídica, acceso el 27 de mayo de 2019, en <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/lex-foi/lex-foi.htm>. Lex Fori hace referencia a la aplicación de la ley interna que tomará en referencia el tribunal a fin de resolver del asunto jurídico de interés, durante el proceso.

⁷⁹ Ochaita *Derecho Internacional Privado*, 29. Las partes deben demostrar debidamente el contenido del derecho extranjero que alegan, ya que de estas depende la introducción al proceso, en primer lugar.

⁸⁰ Ibid., 29. el derecho extranjero no tiene que ser alegado en el proceso por las partes para que el Juez deba tener en cuenta la designación que de él efectúa la norma de conflicto en el ámbito espacial, para aplicar leyes extranjeras.

En este contexto queda siempre la posibilidad de que el juzgador solicite a las partes su colaboración para poder realizar la prueba e interpretación de la ley extranjera que el “de oficio conozca” o “se presuma conocer y obliga a los jueces aplicar “de oficio”, cuando proceda, las leyes de los demás. La aplicación de oficio impone una obligación y reduce el papel de las partes quienes, al invocar la aplicación del derecho extranjero o al disentir de ella, podrán justificar su texto, vigencia y sentido.

2.3. Fundamento constitucional en la aplicación del derecho extranjero

Toda norma jurídica de la cual se constituye un sistema jurídico determinado, debe estar fundado en normas constitucionales⁸¹, por tal razón las normas o leyes deben de tener como primera fuente, la constitución. Es esta la razón por la cual esta misma ha diseñado el proceso de inconstitucionalidad, en donde una norma que no sea acorde debe de ser expulsada del sistema normativa, ya que tiene de raíz la base en las disposiciones constitucionales, siendo así inaplicable.

2.3.1. Constitución de la República

La Constitución de la Republica en su Artículo 83 expresa: “*El Salvador es un Estado soberano. La soberanía reside en el pueblo, que la ejerce en la forma prescrita y dentro de los límites de esta Constitución*”, el Estado salvadoreño dispone de un conjunto de competencias y jurisdicciones que le proporciona facultades y obligaciones regladas jurídicamente, a merced al atributo exclusivo distintivo de la soberanía nacional en sus diversas facetas.

⁸¹ Abrego, “La carga de la prueba”, 81. La idea que la Constitución es la "base" y el "fundamento" en el cual descansa todo el ordenamiento jurídico es de todos conocida y aceptada, por ende, las demás nomas deberán tener una base constitucional, sin transgredir derecho y garantías.

Dentro de la perspectiva externa, la soberanía del Estado implica la independencia frente a poderes estatales externos, vale decir, que en el territorio estatal no pueden ejercerse competencias jurídicas independientes de otro Estado; en ese sentido se afirma que el poder soberano es excluyente. En esta dimensión adquiere especial relevancia el principio de la no intervención en los asuntos internos de otro Estado, pues a nivel de Derecho Internacional, la soberanía comprende la plena e igual capacidad jurídica y de acción de todos los Estados para crear obligaciones internacionales, a lo cual responde el carácter coordinador del derecho internacional.

La normativa constitucional goza de supremacía absoluta y no existe mayor valor de otra, establecido así en el artículo 246 inciso 2º parte primera de la Constitución, que describe literalmente *“La Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos”*. Se postula una prelación normativa con arreglo a la cual, las normas se diversifican en una pluralidad de categorías que se escalonan en consideración a su rango jerárquico, es decir, un escalonamiento sucesivo tanto en la producción como en la aplicación de las normas jurídicas.

Una vez establecido, la aplicación de la norma jurídica debe tomar en cuenta la constitucionalidad de esta⁸². Según el artículo 2 inciso 2º del CPCM, describe que *“Todo Juez, a instancia de parte o de oficio, deberá examinar previamente la constitucionalidad de las normas cuya validez dependa la tramitación de cualquier proceso o el fundamento de las decisiones que se adopten en el mismo”*. Cuando un juez o tribunal, de oficio o a instancia considera que una ley o norma con rango de ley y de cuya validez dependa el fallo puede ser

⁸² Abrego, “La Carga de la Prueba” 69-70. En el intento de delimitar la duda de la constitucionalidad también hay que examinar si el juez cuando decide plantear la cuestión de inconstitucionalidad tiene que considerar que la norma pueda ser contraria a la Constitución, o si, sin necesidad de asumir la duda de constitucionalidad como propia, es suficiente la instancia de alguna de las partes del proceso. Por lo que se debe tener en cuenta que la norma extranjera debe estar acorde a la Cn.

contraria a la Constitución, debe plantear la cuestión ante la Sala de lo Constitucional.

En tal sentido es necesario analizar sigilosamente la integración o aplicación de leyes o normas de otros países. Por tal razón es de cuestionarse si la aplicación de normas extranjera repele o contradiga con normas y principios constitucionales, en consecuencia, los juzgados no deberían aplicar normas de otros países a los procesos civiles y mercantiles de El Salvador.

2.4. Regulación de la aplicación del derecho extranjero en el Proceso Civil y Mercantil salvadoreño

El Código Procesal Civil y Mercantil posee instituciones novedosas en el proceso civil y mercantil salvadoreño, este código entro en vigor el uno de julio de año de dos mil diez, siendo este influenciado por el derecho español⁸³ y en alguna medida también por el derecho uruguayo, y para la creación del CPCM fue la Ley de Enjuiciamiento Civil de España el modelo a seguir; haciendo la inclusión del Derecho Extranjero, en el artículo 313 ordinal tercero⁸⁴.

En la LEC, el derecho extranjero hace hincapié sobre el objeto de la prueba donde además señala que deberá ser probado en lo que respecta su contenido, valiéndose los tribunales de cuantos medios de averiguación estime necesario para su aplicación. Por otro lado, la regulación encontrada en el CPCM, en el Artículo 313 Ord. 3° CPCM, establece que *“La prueba tendrá por objeto: ...3° El derecho extranjero, en lo que respecta a su contenido y vigencia; pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación*

⁸³ Abrego, “La Carga de la Prueba”, 71. El Código Procesal Civil y Mercantil posee instituciones novedosas en el proceso civil y mercantil salvadoreño, este código entro en vigor el uno de julio de año de dos mil diez, siendo este influenciado por el derecho español.

⁸⁴ Ibíd, 71. la necesidad de alegación del Derecho extranjero por las partes implica una importante relectura del modelo español de aplicación del Derecho extranjero que, a raíz de la misma, alcanzaría al menos teóricamente su verdadero sentido y toda su potencialidad.

*estime necesarios para asegurar su conocimiento.”*⁸⁵ El artículo 315 inc. 1 CPCM, expresa literalmente: *“La parte que sustente su pretensión en norma de derecho extranjero deberá probar su contenido y vigencia, sin perjuicio de que el Juez pueda valerse de cualquier medio para su averiguación”*.

Solo puede ofrecerse como prueba la norma de derecho extranjero acreditando ante el juez de la causa su contenido y vigencia. Lo anterior puede hacerse mediante cualquier medio de prueba y será obligación de la parte que pretenda fundamentar su pretensión en el mismo, por otro lado según el artículo 315 CPCM, el juez puede usar cualquier medio de prueba para investigar, con el solo objeto de ilustrarse del mismo.

El derecho extranjero se ve reflejado de manera tan compleja y poco estudiada en el país. En el CPCM se compone de seis libros, lo cual en el libro dos regula lo relativo a los Procesos Declarativo, Común y Abreviado así mismo lo relativo a la prueba del Derecho extranjero y en el capítulo tercero del mismo libro segundo versa sobre la actividad probatoria desde la proposición hasta la valoración.

Es necesario recalcar, que no existe una disposición específica que haga referimos al derecho extranjero y sobre la introducción de esta en CPCM, fácilmente podemos inclinarnos que es una regulación incompleta, ambigua o aparentemente como una laguna legal, incluso conduce a una inseguridad jurídica y una violación a los derechos fundamentales y a su vez, una existencia deliberada de la misma, en la que el legislador dejó vacíos, a resolver mediante la discreción de los jueces.

⁸⁵ Sala de lo Civil, Referencia: 126-CAC-2018, (Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2018) El objeto de la prueba comprende aquellos hechos que fueron alegados por el demandante como fundamento de su pretensión, y que ha generado controversia, tanto en la audiencia preparatoria como en los respectivos medios impugnativos, vulnerando el principio dispositivo.

Si bien es cierto hay artículos referentes al régimen de prueba del derecho extranjero, la legislación admite que el objeto de la prueba podrán ser las afirmaciones fácticas, la credibilidad del medio de prueba y de la fuente de prueba y la norma jurídica, especialmente la norma extranjera; pero no habiendo establecido el legislador una manera más particularizada, más rígida, más concretas y singulares nos vemos frente a la existencia deliberada de la misma, por ende, estudiando a detalle el Código Procesal Civil y Mercantil este afirma que:

- a) El Derecho extranjero debe ser probado⁸⁶, mediante cualquier medio de prueba de los establecidos en el CPCM.
- b) Debe probarse el contenido y vigencia del derecho extranjero. Las partes quedan compelidas a probar, no sólo su vigencia y contenido sino, también, la forma de ser interpretado y aplicado por los operadores jurídicos extranjeros, de tal forma que no suscite la menor duda razonable ante los tribunales
- c) Como *regla general* la prueba del Derecho Extranjero se practica a instancia de parte⁸⁷. Sin embargo, el CPCM faculta al juez para que pueda hacer uso de los medios que estime pertinentes con el fin de asegurar su conocimiento, obviamente, en caso de que la prueba vertida por las partes no proporcione al juzgador un convencimiento pleno.

⁸⁶ Abrego, "La carga de la prueba", 83. No indica si debe probarse el derecho extranjero proceso por proceso, es decir cada vez que un derecho sea aplicable en un caso en concreto, este deba aplicarse a casos similares.

⁸⁷ Alfonso Calvo, *La prueba del Derecho Extranjero Ante los Tribunales Españoles*, 3ª ed. (Ed. Deusto, Bilbao, 2006), 8. No indica en qué casos puede intervenir el tribunal en la prueba del derecho extranjero; en antecedentes históricos español hace hincapié en que, si el derecho extranjero no se prueba por la parte interesada, el tribunal español debía fallar con arreglo al Derecho material español.

- d) Al respecto, no se trata que el juez recabe las pruebas necesarias para que las partes prueben el contenido y vigencia del derecho extranjero sino que es una participación complementaria en la actividad probatoria, en cuanto a este punto la doctrina española ha dicho, que los problemas de prueba para la acreditación de derecho extranjero se han situado en una zona de moderación, de respuestas matizadas y especializadas, es decir, ha resultado una voluntad de construcción doctrinal de la categoría procesal⁸⁸.
- e) Por último, cabe plantear el problema de los medios de prueba que pueden utilizarse para la acreditación del derecho extranjero. Por ende, en este apartado es necesario establecer la importancia que implica el orden público en materia de aplicación de Derecho Extranjero, a fin de esclarecer cualquier tipo de duda.

2.5. Instrumentos internacionales que regulan la aplicación del derecho extranjero

Es necesario, enunciar puntualmente la necesidad de la cooperación internacional, en virtud de hacer efectivo el tráfico jurídico puesto que los jueces no pueden realizar toda clase de actos y requieren del apoyo internacional.

Por ello, el título VI, denominado Órganos del Gobierno, Atribuciones y Competencias, del cap. III, Órgano Judicial, el artículo 182 de la Cn, establece las atribuciones de la CSJ, puntualmente los Ord. 3º, 4º y 5º, son esenciales.

⁸⁸ Abrego, "*La carga de la prueba*", 89. El derecho extranjero hay preceptos que han sido probados adecuadamente, pero hay otros preceptos que no han sido probados, aquellos que del Derecho extranjero se hayan probado con éxito, se aplicarán. Los aspectos regidos por un Derecho extranjero cuya prueba ha resultado imposible se regirán por el Derecho de conexión.

En primer lugar, el 182 Ord. 3° Cn, refiere que la CSJ tiene como atribución *“...ordenar el curso de los suplicatorios o comisiones rogatorias que se libren para practicar diligencias fuera del Estado y mandar a cumplimentar los que procedan de otros países, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados...”*.

En ese orden, entre los documentos Internacionales que regulan sobre la aplicación del Derecho Extranjero, se encuentra distinta normativa internacional emitida a través de la historia, de las cuales es necesario hacer unas breves consideraciones en ese capítulo, previo a continuar con el enunciamiento de las disposiciones antes dichas.

Lo anterior, referido a la cooperación internacional, cuya importancia reviste en qué través de esta, se hace efectiva la obtención de pruebas que hayan podido recaudarse en país extranjero. Para el caso en estudio, acerca de prueba de la norma extranjera que se pretende incorporar al proceso, a fin de sustentar la pretensión de la parte interesada en que se le resuelva su conflicto sobre la base de norma extranjera.

En ese sentido, el art. 182 Ord. 4° de la Cn. de la República, establece también que es atribución de la CSJ, conceder permiso para la ejecución de sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros; y finalmente el Ord. 5°, referido a la administración de pronta y cumplida justicia. Dichos apartados son de esencial importancia, a fin justificar la relación que tiene el derecho internacional privado⁸⁹ referido en diversos convenios y tratados internacionales; por lo cual existen diferentes convenios que regulan la relación entre Estados e Instituciones Internacionales a fin de introducir el derecho extranjero en el proceso civil y mercantil; entre ellas están:

⁸⁹ Arellano, *Derecho Internacional Privado*, 754. Afirma que los conflictos propios del Derecho Internacional Privado como tal son los conflictos de leyes propiamente en el espacio, ya sea de uno o de varios países.

2.5.1. Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias

Suscrita en la ciudad de Panamá, República de Panamá, el día treinta de enero de mil novecientos setenta y cinco. Fue adoptada en la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, El Salvador la ratificó el nueve de noviembre del año dos mil. Constituye un ordenamiento jurídico creado con la finalidad de facilitar y fortalecer la cooperación internacional, esta convención regula relaciones internacionales entre juzgadores, en concordancia a la actividad probatoria salvo reserva expresa al respecto y de realización de actos procesales de mero trámite, como lo son las notificaciones y citas.

Actualmente, entre los Estados contratantes que forman parte de la referida convención, se encuentran: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela y, un Estado adherente: España⁹⁰.

La presente convención es de vital importancia en materia de Derecho Extranjero, puesto que permite la cooperación jurídica internacional en relación a la obtención de pruebas o informes en el extranjero, según se establece en el artículo 2 letra b de la misma. El juez nacional podrá auxiliarse de otros órganos judiciales de los estados partes a través de exhortos a fin de obtener las pruebas en el extranjero, que emitan los jueces de cuya norma se trata.

⁹⁰ Marcela Espino, "Cooperación Judicial Internacional en el Sistema de Derecho Internacional Privado Peruano", *Revista Oficial del Poder Judicial 1/1*, El Salvador, (2007): 116., respecto a la aplicación del derecho extranjero, hizo la siguiente declaración con respecto al Artículo 10, párrafo 2, parte final: "Los requisitos que se exigen en cuanto a legalización y traducción de Exhortos o Cartas Rogatorias, son los que prescriben el Artículo 261 del Código de Procedimientos Civiles y los Artículos 388, 389, 391 y 392 de la Convención de Derecho Internacional Privado".

2.5.2. Convención Europea Sobre Información Relativa al Derecho Extranjero

Creada con la finalidad de crear vínculos entre sus miembros, hasta la fecha El Salvador no es estado signatario de esta convención; no obstante, es importante su estudio respecto al tema.

De conformidad al artículo 1 de la presente convención establece los ámbitos de aplicación que los estados partes de la misma se obligan a proporcionar a las autoridades judiciales del estado solicitante, datos concernientes a su legislación en el ámbito civil y mercantil, así como de la organización judicial de estos. Dicho punto es de vital importancia, puesto que el derecho extranjero no solo es requerido saber acerca de su vigor y contenido, sino también acerca de la interpretación correcta a fin de ser aplicado de forma correcta en el proceso civil y mercantil salvadoreño, así como lo hiciera el juez extranjero

En esta convención no hay un apartado en el que se regule la aplicación del derecho extranjero como tal, pero en su totalidad está referida al aporte de los estados miembros –El Salvador no es estado miembro- acerca de información relativa a su legislación, con el propósito de indicar de una manera justa e imparcial sobre la legislación del Estado requerido, a la autoridad judicial de la que provenga la solicitud. La importancia de esta convención, radica en el uso del auxilio judicial, que podrán solicitar los jueces de los estados contratantes de la misma, a fin de ilustrarse respecto a la normativa extranjera.

2.5.3. Convención de Derecho Internacional Privado

Creada en La Habana, Cuba, durante la Sexta Conferencia Internacional Americana, con la finalidad de establecer una normativa común de Derecho Internacional Privado y suscrita en El Salvador el 13 de febrero de 1928, es

mejor conocida como Código de Bustamante, en honor a Antonio Sánchez Bustamante, en virtud de haber sido promovida por él mismo, cuya rama principal se dedica a la resolución de controversias suscitadas en el ámbito espacial de aplicación de normativa extranjera vigente siendo esta viable de aplicar en tiempo, en diferente espacio

De ahí, es que las reglas establecidas por el Código de Bustamante comprenden en el título Séptimo de la Prueba, capítulo I, las Disposiciones Generales Sobre la Prueba y en el capítulo segundo las Reglas Especiales Sobre la Prueba de las Leyes Extranjeras, sobre las que es necesario analizar; puntualmente están establecidas en los arts. 408 al 411;

Por ende, su importancia radica en la riqueza acerca de la materia probatoria del derecho extranjero, no obstante estar regulado como objeto de prueba en el artículo 313 ord. 3° del CPCM, esta convención establece la forma idónea de acreditar su texto para la parte que lo invoca, estableciendo que debe ser mediante certificación de dos abogados en el ejercicio del país cuya legislación se trate. Aparentemente de esta convención surge una contradicción entre el artículo 408 de la misma y el artículo 315 CPCM, puesto que de este último se advierte que el derecho extranjero será aplicado solo a instancia de parte y no de oficio.

De esta aparente confusión, es necesario recalcar de nuevo el principio de *Iura Novit Curia* puesto que el juez nacional está obligado a conocer de la normativa interna, pero en la convención establece la posibilidad que el juez no sólo conozca de la normativa interna sino más bien pueda conocer acerca del derecho extranjero y el mismo se encuentra facultado de aplicarlo sin necesidad que las partes se lo indiquen; esto no debe verse como una contradicción sino más bien como una forma de complemento puesto que el

tratado al ser ratificado se vuelve una ley interna. Por ende, es importante no arraigarse con el criterio que sólo las partes pueden invocar el derecho extranjero.

En cambio, artículo 315 CPCM establece que la parte que sustente su pretensión está obligada a acreditar el contenido vigencia, no obstante, otorga la facultad al juez de acreditarlo el mismo mediante cualquier medio para su averiguación, bien en razón de medio para mejor proveer en razón de no haber sido completamente acreditado por las partes o bien por haber sido aplicado de oficio por el juez sin haber sido solicitado por alguna de las partes.

Lo anterior lleva a la conclusión, que la forma que se le haya querido dar a las limitaciones del imperio de las leyes extranjeras, el efecto que producen es el mismo: la ley extranjera o alguno de sus preceptos dejan de ser aplicables y deben sustituirse generalmente por las disposiciones correspondientes a la legislación nacional. Frente a la una legislación extranjera aplicable ya señalada, resuelve el juzgador que conoce del asunto, hace uso de sistemas y métodos aplicables, tomando en cuenta lo preceptuado para tal efecto por el Código de Bustamante y por cualquier legislación positiva

2.6. Prueba de la ley extranjera

En primer lugar, es necesario definir algunos conceptos como *probar*, que significa averiguar la verdad de una cosa, justificarla, hacerla presente;⁹¹ en ese orden, *Término probatorio*, se muestra errada en el sentido que no es el juez el que concede el tiempo para la averiguación, excepto la etapa de la instrucción en materia penal, no obstante, los plazos se rigen por ministerio de

⁹¹ Antonio Rocha, *De la Prueba en Derecho, actualizado por Alfonso Clavijo*, 2ª ed. (Ed. Ibañez, Bogotá, 2013), 39. Las partes están en la obligación de ilustrar al juez a través de los medios de prueba y es este quien decide admitir los medios y en su caso ordenar la producción de los mismos.

Ley, en otras palabras, es el código el que establece los plazos para las partes, no queda a discreción del juez el tiempo que les concederá, se entiende por el tiempo que el juez concede al interesado para que averigüe y muestre la verdad de algo que es conducente al reconocimiento de un derecho.

No obstante, el CPCM no establece literalmente el término probatorio, este se rige por lo dispuesto en el artículo 276 Ord. 9°, en el que se establecen los requisitos de la demanda, siendo este el ofrecimiento y determinación de la prueba, la cual debe estar detallada en la misma, señalando lo que se pretende acreditar con cada una de ellas, si se tratare de prueba documental o preconstituida, está se acompañará con la demanda según el Ord. 7° de la referida disposición.

En lo que respecta al proceso de prueba y probar es más que una actividad práctica; más bien, como una noción lógica, probar indica una actividad del espíritu dirigida a la verificación de un juicio; y prueba como el procedimiento dirigido a tal verificación⁹². En cuanto a prueba⁹³, no se llama solamente el objeto que sirve para el conocimiento de un hecho, sino también el conocimiento mismo suministrado por el tal objeto.

En ese sentido, en Derecho Procesal, la prueba es la actividad procesal que recaba datos de importancia, encaminada a ilustrar al juzgador a la verdad formal, que no tiene conocimiento de la forma en que sucedieron los hechos⁹⁴

⁹² Francesco Carnelutii, *La prueba Civil*, trad. de Niceto Alcalá, 2ª ed, Tomo II (Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1982), 398. Las partes deben disponer de sus pretensiones y de los fundamentos de ellas, tanto jurídicas como fácticas

⁹³ Francesco Carnelutii, *Instituciones del Proceso Civil*, trad. de Santiago Sentis, 2ª ed. Tomo I (Buenos Aires, 1997), 258. Alude a la diferencia que existe entre fuente de prueba y medio de pruebas en particular, que en ciertas ocasiones se llega a confusión, un ejemplo claro sucede con la testimonial, siendo esto último el medio de prueba y el testigo en sí, como persona física la fuente de la prueba.

⁹⁴ Carnelutii, "*La prueba Civil*", 399. El derecho de probar se limita en cada proceso por las nociones de conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba.

y su ejercicio se reglamenta por la ley de acuerdo con formalidades y demás requisitos de la actividad probatoria que para cada clase de proceso y en cada país consagran. Además, frente a un determinado caso planteado, el tribunal competente para resolverlo, considerará la necesidad de tener en cuenta la legislación extranjera de que se trate, pero existiendo grandes dificultades prácticas para el conocimiento de esa ley, surge la necesidad de señalar medios de justificación para proceder a su aplicación.

El conocimiento de una legislación extranjera⁹⁵ se hace imperioso para poder dictar una resolución cualquiera, bajo los principios de equidad y justicia social; ahora bien, para dar cumplimiento a dichos principios universales, es necesario ya sea disponer del texto auténtico de la ley extranjera, conocer la forma de interpretación que a la misma se le ha dado en el país que la promulgó, o bien recurrir a los diferentes medios de prueba de carácter internacional admitidos por la doctrina.

De lo anterior, la respuesta planteada radica en que es necesario, de parte de los Jueces de la república, ante un caso en concreto, que esperen que se le pida la aplicación de la ley extranjera y luego se le pruebe el texto de la misma; por otro lado, en caso que no sea solicitado por las partes y como última instancia deberá aplicarla de oficio, e investigar de igual manera el texto de esa ley extranjera, en virtud de las atribuciones conferidas en el art. 315 CPCM⁹⁶. El juez puede rechazar o restringir los medios probatorios que no

⁹⁵ Julio Acosta, "La Prueba de la Ley extranjera" (tesis para optar al grado de Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador. San Salvador, 1971), 10 El juzgador que resuelve un proceso donde se tenga que aplicar ley extranjera se basará en el lineamiento de quien propone la aplicación de norma extranjera, tiene la carga de la prueba del mismo.

⁹⁶ Abrego, "La carga de la prueba", 8. Significa este requisito, que la prueba presentada sea conveniente para ayudar a obtener la convicción del Juez respecto de los hechos del litigio, esto se persigue con los requisitos de la conducencia y pertinencia de la prueba, lo que significará la necesidad de prueba eficaz entro del proceso, a fin de comprobar el derecho extranjero.

considere idóneos, ni pertinentes que las partes le presenten ya que es necesario probar lo que se desconoce para que este quede fijado dentro del proceso porque lo que interesa es comprobar su contenido y vigencia. Cuando se habla de derecho nacional en el derecho procesal civil, respecto al ámbito probatorio, este se presume conocido para todos los habitantes de su país, sin embargo, cuando se habla de derecho extranjero se considera una excepción debido a este derecho no tiene para el Juez la accesibilidad y la comprobación perentoria del propio, puesto que no se encuentra obligado a conocerlo. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en que la ley extranjera puede ser objeto de prueba cuando resulta controvertida⁹⁷, dejando a la parte que invoca el derecho extranjero utilizarla en el proceso únicamente si lo requiere necesario.

2.6.1. Utilidad de la prueba

La finalidad principal de la prueba es lograr el convencimiento en el juez sobre los hechos controvertidos, entonces la prueba útil será aquella que servirá para probar⁹⁸ determinados hechos los cuales son objeto de debate en el proceso. A contrario sensu, prueba es inútil cuando sobra, cuando no es idónea no en si misma si no que no presta ningún servicio al proceso pues solo se debe recaudar pruebas necesarias para el pronunciamiento del fallo, aquí se puede señalar que no se puede dar el lujo de recaudar pruebas que sobren, que sean redundantes o corroborantes⁹⁹.

⁹⁷ Eduardo Couture, *Fundamento de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. (Ed. Depalma Buenos Aires, 1962), 123. Con arreglo a Tratados el Derecho Extranjero no necesita ser probado, basta únicamente que el Juez se ilustre al respecto de él, y lo aplique sin necesidad de prueba.

⁹⁸ Abrego, "La carga de la prueba", 8. La prueba útil servirá a efectos de agilizar el proceso ya que la prueba innecesaria no será tomada a consideración del Juez, quien no debe admitirla en el proceso.

⁹⁹ *Ibíd.*, 17 La utilidad de tal distinción consiste en saber que datos pueden y deben ser probados por las partes, y cuales han de ser aportados al proceso por el juez, estando exentos de prueba, constituyendo la regla general que son objeto de prueba los hechos y no el derecho.

La prueba abundante puede ser también inútil, en algunos casos, si bien es cierto el juez puede limitar el número de testigos ofertados por las partes, cuando se encuentre suficientemente ilustrado sobre un punto.

Así lo dispone el Art. 361 CPCM, que el juez limite las declaraciones, atendiendo al principio de economía procesal en lo que respecta a evitar la práctica de diligencias innecesarias o acumulativas, La apertura en cuanto al número de declarantes y el control judicial de la necesidad de éstos se restringe la cantidad de testigos que cada parte puede proponer a cinco.

2.6.2. Objeto de la prueba

Para obtener un resultado positivo en un proceso¹⁰⁰ desde el punto de vista del demandante lo que se espera es una sentencia estimatoria de su pretensión y desde el punto de vista del demandado generalmente lo que se busca es una sentencia desestimatoria, son tres los elementos más importantes¹⁰¹:

- a) Proposición fáctica lógica o simplemente los hechos; que las partes le indicarán al juez en las diligencias iniciales, tanto en la demanda como en la contestación de la misma.
- b) El derecho, del que se deben de sustentar los hechos, es decir que los hechos sean jurídicamente relevantes, establecidos en una norma previa al acaecimiento de los mismos;

¹⁰⁰ Para otras aproximaciones, véase los arts. 356, 338, 339, 340 del CPCM, estos disponen que necesariamente serán objeto de prueba los hechos controvertidos, así como la credibilidad de los medios o fuentes de prueba.

¹⁰¹ Javier Beldarrian, *El Proceso Civil, Parte General El Juicio Verbal, y Ordinario*, 2ª edición, (Ed. Dikynson, España, 2007), 219. Podemos afirmar que los hechos que constituyen estrictamente el objeto de la prueba son los hechos controvertidos, esto es, por aquellos hechos sobre los cuales las partes no se encuentran de acuerdo. No obstante, según el CPCM, por objeto de prueba no se tienen solo los hechos, sino también el derecho, cuando este es extranjero.

- c) La prueba, que sin esta los hechos no serían más que simples afirmaciones fácticas.

Es común confundir lo que se debe de entender por objeto de prueba y lo que es el tema de prueba. El objeto de prueba será: las realidades que en general pueden ser probadas, con lo que se incluye todo lo que las normas jurídicas pueden establecer como supuesto fáctico del que se deriva una consecuencia también jurídica¹⁰². Y más concretamente lo constituyen todas las afirmaciones realizadas por las partes sobre los hechos controvertidos y excepcionalmente, sobre las normas jurídicas. Todos los elementos contenidos en esta definición se encuentran integrados en el Art. 313 del Código Procesal Civil y Mercantil. Tema de prueba¹⁰³, es lo que debe de probarse en un proceso concreto para que el tribunal declare la consecuencia jurídica solicitada por una de las partes. Lo que debe probarse dependerá del tipo de pretensión que se establezca en la demanda.

2.6.3. Carga de la prueba

Las alegaciones de los hechos, así como los correspondientes medios de prueba, para poder acreditar las afirmaciones sobre hechos que se quieran dar a conocer en el proceso, le corresponden a la parte procesal que las proponen, de conformidad al principio de aportación¹⁰⁴ regulado en la regulación del Código Procesal Civil y Mercantil. Esto es sustentado en la doctrina, cuando se manifiesta que a las partes le corresponden la alegación

¹⁰² Javier Beldarrian, *El Proceso Civil, Parte General El Juicio Verbal, y Ordinario*, 220. Puesto que el objeto de la prueba permitirá determinar la necesidad de actividad probatoria a fin de acreditar el asunto y que el juez pueda tenerlo como cierto.

¹⁰³ Abrego, "La carga de la prueba", 8. Se tendrá como objeto de prueba el derecho extranjero en lo que respecta a su contenido y vigencia, dando la facultad a los tribunales para que agoten los medios necesarios para asegurar su conocimiento.

¹⁰⁴ Con referencia, véase el Art. 7 del CPCM. En el que se determina exclusivamente que las partes tendrán que aportar los medios de prueba, con los cuales pretenden acreditar los hechos afirmados por ellos mismos.

de los hechos que afirman su pretensión y la aportación de los datos y medios de prueba¹⁰⁵.

Es importante mencionar en cuanto a que si después de producida la prueba, determinados hechos quedan dudosos, el juzgador no puede de dejar de emitir su correspondiente fallo judicial sobre la pretensión planteada. En ese sentido, debe determinarse a quien perjudica la falta de prueba sobre tales hechos dudosos, si un hecho no ha sido probado en su totalidad y el Juez se encuentra en una situación de duda, eso no le inhibe de dar una sentencia en el caso en concreto, y tampoco se le permite dictar una sentencia de non liquet¹⁰⁶; el juez al encontrarse en estado de duda deberá convocar a audiencia de prueba tal como lo establece el artículo 467 del CPCM y asegurar de esa forma la efectiva vigencia del derecho a la prueba y el derecho de defensa¹⁰⁷. Respecto al tema de la carga de la prueba, el ordenamiento procesal civil y mercantil, regula que la carga de la prueba es exclusiva de las partes. Esto se encuentra íntimamente relacionado con el principio de aportación antes citado en el artículo 7 del CPCM, en el que las parte introducen al proceso los aspectos relevantes.

Lo anterior, en virtud que a las partes procesales les corresponde probar sus afirmaciones sobre los hechos alegados y en relación al objeto de la prueba antes comentado. el art. 281.2 de la LEC., establece, respecto al derecho

¹⁰⁵ Teresa Deu, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, 2ª edición, (Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004), 185. La autora manifiesta que las partes no tienen la obligación de probar sino más bien la carga de la prueba.

¹⁰⁶ María Conde, "El Principio de Inmediación en la producción de la prueba con el uso de TIC en el Código Procesal Civil y Mercantil" (Tesis para obtener el grado de Maestra judicial, Universidad de El Salvador. San Salvador, 2012), 48-49. Este término es determinado por Juan Montero Aroca, definiéndolo como un hecho dudoso.

¹⁰⁷ Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, sentencia sobre recurso de apelación, Referencia 72-EMQCM-2016, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2016). Se establece en la referida sentencia la necesidad de la audiencia de prueba en los casos de los juicios ejecutivos en caso de duda por parte del juez.

extranjero, que sigue estando sometido a la carga de la alegación, siquiera en cuanto a la prueba el legislador ha previsto una suerte de colaboración entre las partes y el juez, de modo que tanto las partes, cuanto el juez, tienen facultades de investigación, discutiéndose en la doctrina si la intervención judicial tiene carácter subsidiario respecto a la carga probatoria de las partes o tiene simplemente principal, sin olvidar un sector, hoy minoritario, que afirma la existencia de un deber judicial de investigación del derecho extranjero.

Sin embargo, el ordenamiento regula cierta facultad de oficio del Juzgador a fin de poder ordenar diligencias a fin de esclarecer algún punto oscuro o contradictorio, respecto de prueba que ya fue debida y oportunamente aportada y controvertida por las partes procesales, lo cual se encuentra en relación con el inciso tercero del citado artículo 7 del Código Procesal Civil y Mercantil.

En relación a la carga de la prueba en el derecho extranjero ha de comenzar estableciendo que los jueces nacionales no tienen la obligación de conocer el derecho extranjero, puesto que tal facultad no está amparada en el principio general de “iura novit curia”, las normas de conflicto que regulan el derecho privado aplicable al caso concreto, forman parte del ordenamiento jurídico interno y, como tales, deben ser conocidas y aplicadas por los tribunales¹⁰⁸. De conformidad al Código Procesal Civil y Mercantil, dicha legislación inspirada en la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, sometida a un sistema de prueba en el cual el derecho extranjero está dado a instancia de parte, pues es el que mejor se acomoda al tenor de las normas legales. El CPCM establece que, como regla general, la prueba del derecho extranjero se practica a instancia

¹⁰⁸ Luis Calvo y Javier Carrascosa, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 10ª edición, (Ed. Comares, Granada, España, 2001), 309-339. La carga de la prueba le corresponde exclusivamente a las partes, puesto que se vincula al principio de aportación, regulado en el artículo 7 del CPCM.

de parte (art. 315 CPCM). La persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley nacional¹⁰⁹, todo ello sin perjuicio de que al juzgar pueda valerse además de cualquier medio de averiguación que considere necesario.

La intervención¹¹⁰ probatoria del tribunal es meramente “complementaria” de la actividad de las partes y nunca sustitutiva, el tribunal no puede “suplir” la prueba del derecho extranjero, esto quiere decir que el que pretende probar nunca queda exento de presentarla, en razón del principio de legalidad, ya que el artículo 313 Ord. 3º del CPCM, ya estableció que la carga de la prueba del derecho extranjero, corresponde a las partes, así, de la lectura del artículo 315 del mismo, se complementa, y ultima que es de las partes que intenten sustentar su pretensión en norma extranjera.

En la sentencia con referencia 87-EMQCM-13, emitida por la Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro de San Salvador, conforme con los arts. 313 Ord. 3º y 315 CPCM., es el ejecutante tiene la carga de prueba del contenido y vigencia, pues el derecho extranjero debe probarse y el juez está facultado para asegurar su conocimiento por cualquier medio, ello no quiere decir que queda exento el ejecutante de presentarla, solo en caso de oscuridad, imprecisión o duda, será el juez quien investigará la norma extranjera, de acuerdo con la atribución otorgada en el artículo 315 del CPCM, pudiendo valerse de cualquier medio de prueba.

¹⁰⁹Para una mejor comprensión, véase el Art. 315 en relación al art. 281.3 LEC. Son objeto de la prueba los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso, salvo conformidad de las partes en su contenido y vigencia, y será objeto de prueba el derecho extranjero, en su contenido y vigencia donde se trata de una norma concreta y novedosa, y pese a sus imperfecciones técnicas, aborda el tratamiento probatorio del derecho extranjero.

¹¹⁰ Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro: San Salvador, sentencia de Amparo, Referencia 87-EMQCM-13, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013). A pesar que la dirección del Proceso le está confiada al Juez, tal facultad exige actuar conforme a los principios del debido Proceso a fin de garantizar el mismo.

CAPITULO III: PROBLEMAS PROCESALES DERIVADOS DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

En la práctica, existe una diversidad de casos concretos, por lo que regular cada situación en particular es definitivamente imposible para el legislador por ende, es necesario analizar el propósito por de realizar una regulación flexible, en la que los jueces son los que en el ejercicio de su función deban decidir a través de las leyes, cuál será la respuesta más justa para las partes, no obstante, en ese margen de autonomía otorgado al mismo, es frecuente encontrar ciertas contradicciones en la ley.

3. Problemática del derecho extranjero

El artículo 19 CPCM, es en el que se regula la integración del derecho extranjero y como se relaciona con el mismo ¹¹¹, por ende, se entiende que la razón de ser de este artículo, son las situaciones que se encuentran con lagunas de ley, en otras palabras, situaciones que requieren de complemento a fin de evitar parálisis procesal así también es necesario determinar y delimitar lo establecido en el artículo 313 ord.3° del mismo código, a fin de determinar a qué se refiere el legislador con “contenido” y “vigencia” de la norma extranjera¹¹², en razón de su credibilidad, en el sistema jurídico interno; así también, respecto al sentido de la norma que puede establecer el juzgador en sus resoluciones judiciales, en el momento de resolver la controversia sobre la que conoce.

¹¹¹ Arellano, *Derecho Internacional Privado*, 747. Los conflictos devienen de la aplicación de leyes extranjeras de carácter sustantivo, a fin de regular situaciones jurídicas determinadas, siendo necesario determinar la norma jurídica que le es aplicable.

¹¹² Carlos Arellano, *El Juicio de Amparo*, 13ª ed. (Porrúa Ed., México, 2014), 42. Una de las primeras constituciones existentes en la historia es la Constitución de Cádiz de 1812, cuerpo legal que invoca inspiración divina en el preámbulo, al igual que nuestra constitución.

3.1. Integración del derecho extranjero

El legislador no determina de una manera eficaz cuando el derecho extranjero puede ser aplicado y sí se aplica de qué forma lo realizaría, incluso se le puede criticar que únicamente determina al derecho extranjero en dos artículos; e incluso no lo determino expresamente en el artículo 19 del CPCM¹¹³ el cual regula la integración de las normas procesales, es decir, no se determinó en este artículo que el derecho extranjero se encuentre integrado dentro de las normas procesales a efecto de buscar una solución en este en caso de algún vacío legal.

De esa forma, en caso de vacío legal se deberá acudir a la regulación y fundamentos de las normas que rigen situaciones análogas, a la normativa constitucional y a los principios que deriven de este código, a la doctrina legal, a la doctrina de los expositores del derecho; y, a falta de todo ello, a consideraciones de buen sentido y razón natural, atendidas las circunstancias del caso.

En cuanto al tema del derecho extranjero, en el Código Procesal Civil se encuentra de una manera escasa en el ordenamiento jurídico, esto no quiere decir que este tema no tenga importancia, ello dado que una ley no puede regular todos los supuestos jurídicos existentes, y los vacíos o aspectos no regulados en dicho cuerpo normativo pueden ser superados con la integración de otras normativas, sean estas normas secundarias o tratados internacionales, o aun la salida establecida en las disposiciones estudiadas en esta investigación¹¹⁴, tratándose de normas extranjeras, cuyo propósito

¹¹³En lo medular, cf. Art. 19. del CPCM. En dicha norma, no se toma en cuenta el derecho extranjero, como herramienta para ser integrada a las normas internas.

¹¹⁴ Leonel Pereznieto, *Derecho Internacional Privado*, parte general, 6ª ed. (Ed. Harla, México, 1995), 82. Para este autor, existe un método mediante el que las normas sustantivas internas son las que remiten a la posibilidad de aplicación del derecho extranjero.

fundamental es, el otorgar a los jueces de la república herramienta, para fundamentar sus resoluciones judiciales¹¹⁵.

3.2. Contenido y vigencia del derecho extranjero

En el ordenamiento jurídico salvadoreño, tiene poca normativa respecto a la aplicación del derecho extranjero, podríamos mencionar que el legislador se quedó corto a la hora de reglamentar las situaciones respecto a la normativa extraña, dejando vacíos legales y otorgando discrecionalidad a los jueces.

En ese sentido, por regla general, el derecho extranjero debe ser probado a instancia de parte limitándose a su contenido y vigencia, como objeto diverso a los meros hechos procesales¹¹⁶. La doctrina entiende que muchos aspectos procesales sobre el derecho extranjero¹¹⁷ no son cubiertos por las normas encargadas de ordenar situaciones respecto a la aplicación del derecho extranjero, y estas se solucionan con la práctica judicial.

3.2.1. Contenido

La fundamentación legal o derecho no hay que probarla, dado que rige en el ordenamiento jurídico el principio *lura Novit Curia* según el cual el juez conoce el derecho, pero dicho principio sólo cubre las normas de derecho escrito, interno y general, por lo que, será necesario probar las alegaciones normativas

¹¹⁵ Abrego, "La carga de la prueba", 117. Podría considerarse que el legislador otorga al Juez potestades oficiosas, esa filosofía le permite al juez la regulación del derecho extranjero de forma flexible, en cuanto a la decisión de la carga de la prueba, si las partes lo han ilustrado completamente o si dispondrá de cualquier medio a fin de averiguarlo.

¹¹⁶ Francisco Martínez, "La prueba del Derecho extranjero en la Jurisprudencia Española", (tesis para optar al Grado de Doctor en Derecho Facultad de Ciencias Jurídicas y de la Empresa, Departamento de Ciencias Jurídicas Sociales, Murcia, España, 2010), 40. El derecho extranjero no se equipará a la ley nacional en cuanto a su conocimiento, es por lo cual no se les puede exigir a las partes conocerlo.

¹¹⁷ Miaja, *Derecho Internacional Privado*, 25. Pueden existir situaciones que requieran de regulación, pero esas situaciones deberán estar descritas en el contenido legal de una norma para ser jurídicamente relevantes.

que no cumplen con dichos presupuestos, entiéndase incluido el derecho extranjero¹¹⁸.

Por lo anterior, la prueba del derecho extranjero se vincula directamente con el principio de aportación según el artículo 7 del CPCM y la carga de la prueba a que refiere el art. 321 del mismo, correspondiendo a las partes que lo invocan y pretenden hacerlo valer en el proceso, aportar los medios probatorios idóneos y pertinentes para establecer fehacientemente el contenido de las normas de derecho extranjero que sean aplicables al caso concreto. El contenido del derecho extranjero es necesario probarlo cuando se desconoce, pero cuando el juez y presumiblemente las partes lo conocen, no tiene ningún sentido exigir la prueba de lo que se conoce¹¹⁹.

En tal sentido, la Ley de Enjuiciamiento Civil de España y en consecuencia el Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño guardan silencio sobre esto; en particular aunque la jurisprudencia ha ido consolidando una línea que exige la prueba documental y la prueba pericial acumulativamente; sin embargo,¹²⁰ debe considerarse que si el juzgador queda convencido del contenido, vigencia, interpretación y aplicabilidad no se precisará más que la prueba documental, mientras que si no resulta suficiente dicha prueba puede pedir a las partes una prueba pericial que la complemente, a fin de quedar plenamente convencido, ya que la carga de prueba, corresponde a estas.

¹¹⁸ Wolff, *Derecho Internacional Privado*, ed. Derecho y Sociedad (Ed. Ediciones Coyoacán, México, 2012), 138. Según este autor, expresa que el juez debe aplicar la norma de la misma manera que sería aplicada en el extranjero.

¹¹⁹ Luis Calvo, "Revista de la prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles", *Revista Estudios Deusto*, España (2006): 75. Probar el contenido del derecho extranjero parte bajo el supuesto que las partes no conocen el derecho extranjero ni tienen el deber de conocerlo.

¹²⁰ Luis Calvo y Javier Carrascosa, "Anales del Derecho", *Revista Universidad de Murcia*, España, n° 17 (1999): 298. El Juez procederá a la averiguación de la vigencia y contenido del derecho extranjero cuando la parte que lo desea introducir al proceso haya agotado los medios necesarios para su obtención y sin embargo a pesar de su esfuerzo no lo haya logrado.

Es decir, el código procesal faculta al juez para que pueda hacer uso de los medios que estime pertinentes con el fin de asegurar su conocimiento, obviamente, en caso de que la prueba vertida por las partes no proporcione al juzgador un convencimiento pleno al respecto¹²¹, pero no se trata de que el juez recabe las pruebas que las partes requieren para probar el derecho extranjero, sino que es una participación complementaria en la actividad probatoria¹²². De conformidad con los Arts. 313 Ord. 3º y 315 CPCM, las partes tienen la carga procesal de probar el contenido del mismo, pues el derecho extranjero debe probarse siempre y no hay excepciones a dicho principio, ya que, mediante la prueba del derecho extranjero, éste queda fijado en el proceso, las partes pueden adaptar sus comportamientos jurídicos al mismo y el juez puede fallar con arreglo al mismo¹²³.

3.2.2. Vigencia

Determinar la vigencia del derecho extranjero corresponde a las partes interesadas en la aplicación de una norma extranjera el deber de acompañar el texto junto con la demanda ya que así lo plantea el art. 288 inciso primero del CPCM, que, junto con la demanda, la reconvención y sus respectivas contestaciones, se deberán acompañar los documentos que acrediten los presupuestos procesales, que las partes requieran acreditar ante juez que conoce en el proceso.

¹²¹ Código Procesal Civil y Mercantil, comentado por el Consejo Nacional de la Judicatura, (El Salvador, 2010), 341. Artículos 313.3º y 315 CPCM, es necesario establecer nuestra postura y en cierta medida defender un poco el hecho que el CPCM no profundice respecto al tema del derecho extranjero, puesto que las limitantes se marcan en los aspectos de la jurisdicción y competencia de los jueces.

¹²² Calvo, "Anales del Derecho", 299. Según se le instruye al juez una normativa de derecho extranjero así será la resolución que emita, de acuerdo con el derecho extranjero que corresponda.

¹²³ Juan Montero, *La prueba en el proceso civil* (Ed. Civitas, Madrid, 1996), 70. La denominada prueba del derecho no tiene que ser realmente una actividad verificadora, sino que puede ser actividad de investigación, en ese sentido, el concepto de prueba se reduce al de verificación, la búsqueda de la norma jurídica aplicable, no es actividad probatoria.

Mientras que el código de Bustamante establece que para comprobar la vigencia de la ley extranjera basta presentar una certificación por dos abogados del país de cuya ley se requiere con relación al art. 409 CDIP; esta forma más simple de hacerlo y es aceptada siempre y cuando el texto certificado haya sido emitido por la autoridad competente¹²⁴, no pudiendo ser válido una certificación¹²⁵ de un texto bajo una versión comercial, en el caso de El Salvador la publicidad de la vigencia y contenido de una ley le corresponde al Diario Oficial.

Las facultades que tiene el juez de solicitar la información sobre la vigencia del derecho extranjero no deben de confundirse con la llamada prueba para mejor proveer¹²⁶, ni la información de normas extranjeras es exclusiva de las partes, el juez puede ordenar diligencias para que se acredite la vigencia y contenido ya que es un interés del proceso, no de las partes¹²⁷.

Bajo esas perspectivas los mecanismos de cooperación judicial internacional se crean para que exista comunicación entre los órganos judiciales y administrativos de cada país, así, el juez mediante oficios puede solicitar que se le informe sobre leyes de otros Estados.

El mecanismo pasa por tramites diplomáticos ya que es el cónsul a quien se delega para que remita el oficio al Estado requerido. Los inconvenientes que

¹²⁴ “Alfonso Cuevillas, *Las Normas jurídicas como objeto de prueba*”, Ediciones Tirant Online, acceso: 29 de julio de 2019, <http://www.tirantonline.com>. En Alemania, el tratamiento procesal del derecho extranjero, el derecho consuetudinario y el derecho estatutario sólo serán objeto de prueba en el caso en que el juez los desconozca.

¹²⁵ Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, Recurso de Apelación, Referencia: 47-EMSM-12 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2012). El Juez deberá contar con los documentos necesarios para que aplica el derecho extranjero de una forma correcta, resolviendo de acuerdo a lo que la parte interesada le prueba

¹²⁶ Para otras aproximaciones, véase el art. 7 inc. último del CPCM.

¹²⁷ Iván Domínguez, *Procesal Civil*, 3ª ed. (Ed. Colex, España, 2000), 242. El Código Procesal no establece el deber del juez de investigar el derecho extranjero, ni tampoco crea el deber de que las partes asistan al juez en su investigación.

se encuentran son que el trámite, que se vuelva largo y dilate innecesariamente el proceso. Así es más práctica las soluciones que se le dan a las partes interesadas bajo las reglas que dicta la Convención de Derecho Internacional Privado.

3.3. Interpretación del derecho extranjero

El Derecho extranjero, antes de ser aplicado, requiere ser interpretado como todo derecho. En tal virtud, deberá tomarse en cuenta la tendencia de los juristas y de los fallos judiciales para determinar el sentido de la norma jurídica extraña¹²⁸. No puede el juzgador nacional realizar la aceptación de la norma jurídica extraña e inclinarse por una interpretación contraria desapartada del sentido que, en su propio país, se da a la norma jurídica extranjera¹²⁹.

Entre otras de las posturas planteadas, existe la idea que el juez nacional no tiene derecho a interpretar el derecho extranjero, por la sencilla razón que en verdad no se trata de un verdadero derecho, sin embargo la postura del CPCM, se basa a lo que determina la Convención de Derecho Internacional Privado, el cual determina la forma para introducir el derecho extranjero para que el juez nacional pueda aplicarlo e interpretar el mismo. La interpretación es cómo el juez debe pronunciarse con respecto al derecho extranjero y fallar el asunto controvertido. Habitualmente de las teorías sobre la naturaleza del derecho extranjero, estudiadas anteriormente, se deduce la forma en que el juez debe

¹²⁸ Domínguez, *Derecho Procesal Civil*, 75. A diferencia del derecho extranjero, el principio *iura novit curia* que en orden al derecho nacional debe entenderse como deber de conocimiento, con respecto al derecho extranjero debe interpretarse no como deber de conocimiento sino como deber judicial de investigación.

¹²⁹ Carlos Arellano. "Nuevas normas sobre aplicación del Derecho Extranjero", *Revista de Derecho*, Biblioteca UNAM (2011): 83, <http://www.juridicas.unam.mx>. En ese sentido, la postura de la interpretación del derecho extranjero genera crítica, ya que, al requerir prueba, se le da el tratamiento de un hecho, que no deberá ser interpretado por el juez de foro, sino que deberá aplicarlo de la misma forma en que lo haría el juez extranjero, omitiendo juicios de constitucionalidad y de orden público interno.

aplicarlo e interpretar el derecho extranjero dentro del sistema jurídico interno.

Así, por ejemplo, de acuerdo a la Teoría de Hecho, si las partes prueban el derecho el juez debe fallar ordenado por tal forma, pero esto no indica cómo debe hacerlo¹³⁰. No obstante determinar las teorías las formas tradicionales de aplicación del derecho extranjero, también se puede sintetizar de la forma siguiente:

- a) Aplicación Integral del derecho¹³¹ esta se apega a la posición que las teorías de Derecho, las cuales determinan que el juez debe fallar de la misma forma como lo haría el juez del Estado cuyo derecho extranjero se aplicaría, debiendo integrar las normas jurídicas sustantivas extranjeras con el CPCM como ordenamiento procesal, puesto según el artículo 21 del mismo, establece que la jurisdicción es exclusiva de los tribunales y jueces salvadoreños.
- b) Imitación del derecho¹³²: indica que el Juez a la hora de interpretar debe acercarse al derecho extranjero y aplicarlo. Como es mencionado por la teoría de uso jurídico, la imitación debe ser del sistema jurídico completo, considerando incluso la doctrina y la jurisprudencia relevante. La probabilidad con la que se falla debe ser la más alta posible a la decisión que hubiere acaecido si fallará el juez extranjero.

¹³⁰ "Alejandro Herrero, *Problemática de la Aplicación del Derecho Extranjero*", Biblioteca Virtual, Universidad de Navarra, España, acceso el 29 de julio de 2019, <http://seminario/PROCESODEGRADUACderecho%extranjero.pdf>. Se entiende pues que el derecho interno es aportado por el propio tribunal y con base a este es que se resuelve el conflicto y no requiere ser probado.

¹³¹ Luis Calvo, *Derecho Internacional Privado*, 257. El autor Martín Wolff ya se refirió a esto indicando que la aplicación integral implica todas las normas del derecho extranjero, es decir, las normas de derecho privado y público.

¹³² Werner Goldschmidt, *Derecho Internacional: Privado: Derecho de la Tolerancia*, 7a ed. (Ed. Depalma, Buenos Aires, 1990) 144. En palabras de este autor la interpretación y aplicación del derecho extranjero debe someterse tamquam cadaver (igual a un cadáver), es decir a la interpretación que el juez extranjero le daría.

- c) Segunda calificación¹³³: una situación jurídica debe ser calificada exclusivamente por el derecho extranjero aplicable, de modo que la naturaleza de la relación jurídica debe aclararse como primer hecho. Para realizar esta distinción debe colocarse en el caso que hay en juego dos legislaciones las cuales frente a un conflicto su calificación es distinta la una de la otra, y es por lo cual definitivamente le corresponderá al juez aplicar la del derecho extranjero invocado.
- d) Integración de la disposición interna: en pocas palabras y tal como lo expresa Carvajal Cortés¹³⁴, primero es necesario determinar el derecho aplicable, luego se verifica si la fórmula del derecho extranjero es válida bajo su propio ordenamiento, y finalmente, se integra el contenido del derecho nacional por la fórmula del derecho extranjero.

Las propuestas mencionadas son útiles a la hora de la decisión de un juez, sin embargo, surge un problema denominado conflicto internacional transitorio¹³⁵, el cual consiste en la modificación de las normas del derecho extranjero a utilizar por mandato de la ley nacional.

Para determinar la normativa extranjera, la doctrina mayoritaria opta por aplicar las normas transitorias extranjeras también, y sólo en justificados casos no se aplican, como, por ejemplo, que aquellas infrinjan el orden público en cuyo país se resuelve el asunto.

¹³³ “Ramírez Necochea, *La infracción de la Ley Extranjería frente al Tribunal de Casación*”, Biblioteca Jurídica, Universidad de Chile, acceso el 30 de junio de 2019, <http://www.anales/derecho.uchile.cl>. La ley aplicable a una relación jurídica no puede desligarse de su calificación, de modo que la ley extranjera también es competente para ello.

¹³⁴ Arturo Carvajal, *El Juez y el Derecho Extranjero*, 77. El autor Carvajal Cortez cita la teoría de Carnelutti, la cual propone la determinación de una fórmula conformada por el derecho extranjero, esta fórmula implica la aplicación de la ley extranjera y por lo tanto constituye una forma de aplicación.

¹³⁵ Luis Calvo, *Derecho Internacional Privado*, 275. Cuando el derecho extranjero es aplicado por un juez nacional pierde su carácter extranjero y fines previstos por su legislador.

3.4. La irracionalidad de la regulación salvadoreña

En este apartado, se ha analizado la normativa más relevante y relacionada en cierta medida con el Derecho Civil y Mercantil, para poder identificar la aparente contradicción¹³⁶ que se plantea en los artículos 313 Ord. 3º con el 315 CPCM, a fin de dar un breve análisis de lo que el legislador quiso establecer con la regulación del derecho extranjero.

Asimismo, en lo medular se tratará de abordar la normativa interna que se encuentra relacionada al derecho extranjero, sosteniendo siempre la falta de provecho del legislador al momento de regularizar las normativas extranjeras aplicables al derecho local, Según las normas Constitucionales, la atribución de formulación de leyes es exclusivamente de los diputados y demás mencionados en el artículo 133 Cn.

3.4.1. Problemas derivados de la normativa sustantiva

La determinación del derecho extranjero aplicable ha dado ocasión al planteamiento de la profundización en su estudio. De ellas, muchas son consideradas como procesales, pero otras tienen carácter sustantivo¹³⁷; la regulación nacional, está totalmente inclinada a la aplicación del derecho extranjero, únicamente sustantivo, en virtud de lo expresado en el artículo 313 CPCM, que será viable la aplicación de norma extranjera a fin de fundamentar la pretensión de las partes.

¹³⁶José Asencio, *Derecho Procesal Civil*, ed. 2ª, (Ed.Tirant lo Blanch libros, Valencia, 2000), 415. Debe entenderse que no existe límite preclusivo alguno para la actividad investigadora del derecho extranjero, pudiéndose dictar en cualquier momento las providencias oportunas al efecto tanto previa solicitud de parte como de oficio

¹³⁷ Herrero, "*Problemática de la Aplicación*", 176. El problema es imbitamente dentro de una concepción sustancialmente material del Derecho internacional privado, en la que es por vía de una norma material y no conflictual tratando de armonizar las normas de conflicto, es decir, que se trata de una tendencia basada en el carácter conflictual del Derecho internacional privado

El sustancialismo crece pese a su vital simplicidad, mas no puede regir todos los ámbitos de la materia y requiere el indispensable complemento integrador del conflictualismo es decir se mantiene inspirando de las reglas generales. Por lo tanto, donde rige el sustancialismo, también requiere el auxilio conflictualista¹³⁸. Se trata, por una parte, de la confrontación entre la mundialización y la necesidad de preservar las identidades nacionales individuales y colectivas; y de la otra, el hecho que todas las categorías jurídicas tienen fronteras cada vez más inciertas que enturbian el paisaje jurídico.

El panorama doctrinal registra una tendencia que se caracteriza por un intento de renovación de nuestra disciplina desde el ángulo de los problemas técnicos jurídicos. Hay autores que auspician nuevas categorías para el Derecho Extranjero, partiendo de la premisa de que las reglas de conflicto son reglas mecánicas que operan escogiendo la ley aplicable¹³⁹.

En ese sentido, la reglamentación sustancial será dada por su intermedio al caso específico, proponen su noción de principio de preferencia, que, tienen en cuenta las soluciones de los derechos materiales presentes en el caso de tráfico externo, la defensa de reglas elásticas para una debida localización del supuesto, y el análisis de las políticas en la elección de la ley de los objetivos y los principios generales del Derecho en consonancia con el Derecho Internacional Privado¹⁴⁰, así pues, es necesario estudiar cada rama nacional del derecho privado en específico.

¹³⁸ César Delgado Barreto, "Problemática Del Derecho Internacional Privado Contemporáneo", *Revista de Derecho*, Perú, (2013),15. Relacionado a la soberanía que goza cada estado dentro de sus límites territoriales.

¹³⁹ Arellano, *Derecho Internacional Privado*, 828. La aplicación del derecho extranjero o nacional dependerá de la materia y del caso concreto en que se trate.

¹⁴⁰ *Ibíd.*, 753. Los conflictos de leyes de interés para el Derecho Internacional Privado son los conflictos en el espacio, en otras palabras, acerca de la aplicación de una Ley fuera de su circunscripción territorial para la que fue creada.

3.4.1.1 Derecho Civil

Se han tenido presentes las soluciones jurisprudenciales y las reflexiones de la autorizada doctrina que enriquecen día a día la materia¹⁴¹; así como también el código civil.

Las Sucesiones en la actualidad la corriente que domina en las legislaciones de los Estados es la “unidad”, es decir una sola ley que la rige, sea esta intestada o testamentaria. La diferencia deviene que, siendo única ley, la ley personal del “de cujus” cuya expresión latina significa: aquel de cuya sucesión se trata. Equivale a causante, al difunto de cuya herencia se trate, los países siguen corrientes de considerar que esta es la nacionalidad, generando una fuerte emigración, otros, consideran que la ley personal es la del domicilio del “de cujus”, situándose así la mayoría de estados¹⁴².

Los bienes inmuebles situados en el extranjero estos se encuentran sujetos a la limitación antes de tener las posesiones de los mismos, los herederos testamentarios deben someterse al procedimiento de las formalidades locales; así mismo los bienes inmuebles en el extranjero deben someterse a las razones de orden público del país donde estuviera¹⁴³.

De las obligaciones y contratos, en cuestiones de propiedad y otros actos jurídicos que establezca el código civil de la cual incorpore el derecho

¹⁴¹ Delgado, “*Problemática del Derecho Internacional*”, 168 Son las diferentes normas que determinarán de manera sustancial y directa de cuál va a ser la ley aplicable: La ley extranjera o la interna; a las pruebas dentro de un proceso judicial donde siendo competente el tribunal nacional, éste debe aplicar una ley extranjera.

¹⁴² Larios, “*Derecho Internacional Privado*”, 175. En la aplicación de la ley personal existen dificultades referentes a la clasificación de muebles e inmuebles locales ya que pueden estar sujetos como muebles en el país de donde estén situados inmuebles incorpóreos

¹⁴³ Arturo Alessandri, “*Curso de Derecho Civil, de las Obligaciones*”, Tomo II (Ed. Nascimento, España, 1945), 7. Obligación es aquel vínculo jurídico establecido por dos o más personas, por virtud del cual una de ellas se encuentra en la necesidad de realizar en provecho de otra una prestación.

extranjero, se regirán por la ley de Derecho Internacional Privado. Así lo establece el art. 21 CC., los contratos se regirán por la ley del país en el que fueron otorgados¹⁴⁴.

3.4.1.1. Derecho Mercantil

En este derecho existe la posibilidad de un conflicto, aspectos relacionados con la calidad de comerciante, títulos valores, fuerza probatoria, seguros, entre otras instituciones, dichos apartados, han perdurado hasta la fecha y se mantienen vigentes.

Así, la misma jurisprudencia ha resuelto conforme a la complejidad, por ejemplo en el caso de la pronunciación de una sentencia en un Proceso Especial Ejecutivo¹⁴⁵, alegando la juez a quo realizó un análisis y valoración incompleta, parcializada de la prueba de descargo, específicamente del contrato suscrito entre ambas partes, es decir, que se estimó parcialmente la pretensión contenida en la demanda y que además existió violación al principio de motivación, la Cámara declaró inadmisibile el recurso, al no haber realizado el recurrente una adecuada fundamentación.

Por tal razón la inaplicación de los Arts. 7, 313 y 315 CPCM, alega en el escrito que la demanda es improponible porque no se probó que la letra se libró, endosó y protestó conforme a la legislación de otro territorio, que si se probó la relación causal de la letra con el contrato, que el Código de Bustamante y la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas disponen en el mismo sentido que el Art. 929

¹⁴⁴ Rafael Rojina, "*Compendio de Derecho Civil*" IV Contratos, ed. 27°, (Ed. Porrúa, México, 2001), 7. Definiendo el contrato como un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derecho y obligaciones.

¹⁴⁵ José Chiovenda, "*Principios de derecho Procesal Civil*", Tomo II, (Ed.Reus, Madrid, 1925), 712-713. Buscando el ejercicio de la acción ejecutiva, el acreedor se dirige al juez quien producirá contra el deudor la condena al pago.

C.Com.¹⁴⁶, y que el pronunciamiento de la sentencia provocó indefensión, sin explicar cuál es la oportunidad de defensa que no pudo realizar a raíz de la inaplicación de las normas que cita infringidas, por consiguiente, la falta de fundamentación impide que se admita el recurso.

3.4.1.2. Derecho Notarial

Son considerables aspectos de validez de los documentos otorgados o provenientes del extranjero, de documentos extendidos por registros de estado familiar, requisitos para que dichos documentos tengan validez y fuerza probatoria en diferentes estados y exigencia de la protocolización en algunos Estados¹⁴⁷.

En el derecho extranjero, la sujeción del instrumento a las formalidades prescritas por el país de procedencia, que se denomina principio “locus regit actum” o la ley del lugar rige el acto, donde el poder fue otorgado por las partes en un instrumento redactado conforme a las leyes de otro país y en suerte ante notario que se expresa en castellano, cuya forma de redacción la Jueza A quo, la califica de “Acta Notarial, como un demérito en aplicación de analogía de los Arts. 50 y 51 de la Ley de Notariado, los que en realidad no describen como es la forma o estilo de un acta notarial y que no se asentarán en el protocolo y se refieren a hechos no calificados como contratos”. El acto jurídico se rige por el derecho del lugar en que se celebren, ese es el derecho aplicable en el país donde se requiera.

¹⁴⁶ Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, Recurso de Apelación, Referencia: 150-EMQCM-15 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2015). La improponibilidad no fue idónea para obtener una decisión favorable en sentencia ya que no se presentó las pruebas necesarias para de acreditar la pretensión.

¹⁴⁷ Cámara de Familia de la Sección del Centro, Recurso de Apelación, Referencia: 31-A-2014, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2014) Los actos jurídicos se rige por el derecho del lugar en que se celebren, ese es el derecho aplicable, lo que significa en este caso que la forma de otorgamiento del poder no está sujeta al derecho del país extranjero.

En consecuencia, la forma de otorgamiento del poder no está sujeta al derecho del país extranjero, sino en apego a las normas internas, por existir regulación expresa respecto a la forma de los actos.

3.5. Contradicciones de la aplicación sustantiva del derecho extranjero

Se parte de la base que el derecho extranjero es un hecho sobre el que el juez nacional hace un juicio de probabilidad intentando imitar la sentencia extranjera¹⁴⁸. Es necesario identificar que, ante un caso de Derecho Internacional Privado, cuando hay un elemento extranjero relevante, la teoría del uso jurídico establece el problema de adaptación de la norma cuando en la consecuencia por el elemento extranjero resulta aplicable, Si se declara aplicable a una controversia un derecho extranjero, hay que darle el mismo tratamiento de fondo que con el máximo grado asequible de probabilidad le daría el juez del país cuyo derecho ha sido declarado aplicable; como punto de referencia, es preciso tomar al juez ante quien la controversia podría haberse radicado si realmente se hubiese planteado en aquel país. En ese sentido, la norma extranjera deberá ser aplicada por los jueces salvadoreños en forma de imitación del juez de cuyo derecho se trate. Las bases conceptuales originales de la teoría del uso jurídico son las siguientes:

- a) Se parte desde el punto qué decidiría el juez extranjero en un caso en concreto, no qué Derecho ha de aplicarse, no exige que sea alegado únicamente por las partes, por ende, puede aplicarse de oficio el mismo¹⁴⁹.

¹⁴⁸ “Alfonso Cuevillas: Las normas jurídicas como objeto de prueba”, Biblioteca Virtual Tirant Online, acceso el 29 de julio de 2019, <http://www.tirantonline.com>. En virtud de ser necesario comprobar el contenido y vigencia del derecho extranjero aplicable, se parte del punto que deberá darse el tratamiento al mismo como un hecho y no como una norma procesal.

¹⁴⁹ Como se dispone en la legislación, véase art. 315 CPCM.

- b) Brinda una respuesta a la consecuencia jurídica de la norma, independientemente de la concepción nacionalista o internacionalista del Derecho Internacional Privado.
- c) La formulación para distinguir la teoría del uso jurídico de otras posturas similares es que¹⁵⁰ como regla¹⁵¹ para la aplicación del Derecho Extranjero el juez tiene que aplicar el Derecho Sustancial Extranjero como si fuera un juez del Estado extranjero. Opuesto a este que el juez tiene que partir de la sentencia que un juez normal del Estado extranjero probablemente dictara, incorporando y relacionando las normas que en el extranjero serán esenciales para ese resultado.
- d) Ese Derecho Extranjero acepta la probable sentencia. En ese sentido, se acerca al principio de no revisión de fondo en el exequátur. La imitación de la probable sentencia requiere tomar en cuenta todas las disposiciones que el juez tomaría. Así, el juez deberá considerar la constitucionalidad de una norma extranjera según lo haría el juez extranjero. Debe seguir sus reglas interpretativas e integradoras. Por lo tanto, debe concretar la proyección del sistema jurídico extranjero sobre el objeto de remisión, esto es, sobre el tipo legal sujeto al Derecho Extranjero¹⁵².

¹⁵⁰ Tatiana Maekelt, "Normas generales de Derecho Internacional Privado en América" (Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1984), 176. Apegado a la interpretación que realizaría el juez extranjero, la que deberá ser integrada y apegada a normas internas.

¹⁵¹ Werner Goldschmidt, *La consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado*, 2ª ed. (Ed. Blosch., Barcelona, 1935), 15. Partiendo de la base que el Derecho es un hecho sobre el que el juez nacional hace un juicio de probabilidad, intentando imitar la sentencia que se produciría en el extranjero.

¹⁵² *Ibíd.*, 92. En otras palabras, el derecho extranjero no será el que regirá la impugnación de la sentencia, ya que trata de normas procesales, lo que anteriormente se estableció, que únicamente procede aplicación sustantiva del derecho extranjero, no así procesal; tema que no entrará en averiguación.

- e) La información de la jurisprudencia extranjera juega un rol fundamental. En un plano ideal¹⁵³, desde tribunales especializados en Derecho Internacional Privado en cada país, el uso jurídico perfecto es enviar el expediente al juez del derecho que corresponde aplicar, éste falla y devuelve el expediente.

Ante todo, virtud del principio de seguridad jurídica, se establece que toda controversia debe resolverse en base a una norma que sea la motivación de la decisión del juez, siendo esta flexible a fin de garantizar el bienestar humano y sujetándose a los lineamientos y procesos previamente establecidos para ese efecto.

3.5.1. Contradicciones doctrinarias

El fundamento de la aplicabilidad de una ley distinta de la territorial para regir una relación en la que está involucrado el elemento extranjero ha sido siempre materia de discusión esencial en la doctrina.

Por el contrario, los opositores a la aplicación del mismo, según los cuales cuando la regla de conflicto designaba una ley extranjera competente, no se refería a la ley extranjera conflictual o procesal, sino a la ley material extranjera; bajo la forma de la noción de la soberanía¹⁵⁴.

Sin embargo, diversos autores que bien aferrados a la noción de la soberanía, admiten la aplicación de la ley procesal extranjera en virtud de una delegación,

¹⁵³ Goldschmidt, *La consecuencia jurídica*, 21. Al igual como se ha establecido en el CPCM, que la posibilidad de aplicar el derecho extranjero es únicamente para sustentar la pretensión de la persona interesada en el proceso, además el artículo 21 del mismo código, establece que la jurisdicción es exclusiva de los tribunales salvadoreños, en el país.

¹⁵⁴ Arellano, *Derecho Internacional Privado*, 749-753. Sobre la crítica a la denominación de “conflicto de leyes”, Arellano García defiende de manera exacta esta expresión, haciendo alusión a los problemas de vigencia simultánea de dos o más normas de diversos estados que se pretenden rijan una sola situación jurídica concreta.

es decir, el legislador extranjero encarga al juez nacional en virtud de una delegación que las reglas de conflicto del derecho interno le consienten. Por otra parte, se dice que la ley extranjera no se incorpora al sistema del derecho interno, sino que se aplica en tanto que ley extranjera, no está reconociendo autoridad al legislador extranjero con la aplicación de su ley.

En ese sentido, si se declara aplicable a una controversia un Derecho Extranjero, hay que darle el mismo tratamiento de fondo que con el máximo grado asequible de probabilidad le daría el juez del país cuyo derecho ha sido declarado aplicable; como punto de referencia, es preciso tomar al juez ante quien la controversia podría haberse radicado si realmente se hubiese planteado en aquel país¹⁵⁵.

Esto no implica confundir la aplicación sustancial del Derecho Extranjero, con su aplicación procesal, en el sentido que la Teoría del Uso Jurídico establece que el juez nacional, cuando busque la sentencia probable del juez extranjero, deberá también tener en cuenta los aspectos procesales que puedan tener influencia sobre él, relacionando el ordenamiento jurídico extranjero que complementa la norma que aplicará.

Igualmente, si se tratase de aplicar derecho interno, con elementos procesales, especialmente probatorios, llevados adelante en el extranjero o viceversa, en el caso de pruebas¹⁵⁶ en el país para ser remitidas al extranjero, La Teoría del Uso Jurídico y su influencia, es útil en la contribución del estudio de la materia, centrándose en el conocimiento del derecho extranjero como un

¹⁵⁵ Goldschmidt, *La consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado*, 42. El derecho extranjero posee una naturaleza propia con respecto a los meros hechos o el derecho nacional.

¹⁵⁶ José Fernández, "Sobre el contenido del Derecho Internacional Privado", 38ª ed. *Revista Española de Derecho Internacional*, (1986), 136. El derecho extranjero para este autor goza de una presunción, lo que significaría que la ley le otorgaría de confianza y esto lo excluiría de prueba, salvo en contrario.

derecho de naturaleza particular. Eso puede sin lugar a dudas implicar excepciones a la aplicación conforme al artículo 315 CPCM¹⁵⁷.

3.5.2. Contradicciones en la jurisprudencia

Resulta particularmente importante en la medida en que la legislación salvadoreña no ha tenido normas sobre el particular, y el vacío legal ha sido una de las causas de confusiones y contradicciones de nuestra jurisprudencia. El tema referente a la aplicación del derecho extranjero ha ocupado sendas páginas en la doctrina y ha sido estudiado exhaustivamente.

La natural desconfianza a sus disposiciones y, sobre todo, las dificultades de su conocimiento han sido causa de tratar de evitar su obligatoria aplicación. Son diversas resoluciones que dejan una antítesis como tal y son las mismas cámaras y tribunales que se encargan de eso por alguna incongruencia o falta de requisito¹⁵⁸.

La Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro de San Salvador, hace referencia a un caso particular donde efectivamente hay controversia de la misma aplicación del derecho extranjero, donde el juez a quo, el principio *iura novit curia* que en orden al derecho nacional debe entenderse como deber de conocimiento, con respecto al derecho extranjero debe interpretarse no como deber de conocimiento sino como deber judicial de investigación en virtud de haberse violentado el debido proceso para probar un testamento conforme a la legislación vigente de Costa Rica, se presentó constancia debidamente apostillada emitida por dos abogados en ejercicio de

¹⁵⁷ José Messia, *Derecho Internacional Privado*, ed. 3, (Ed. Reus, Madrid, 1971), 393. Para la aplicación de las referidas normas el tribunal no está obligado a limitarse a las pruebas proporcionadas por las partes, sino que puede valerse de otras fuentes de información.

¹⁵⁸ Henri Batifol, *Derecho Internacional Privado*, ed. 5°, (Ed. Universidad de Granada. Secretariado de Publicaciones, París, 1970). 419. Para quien la aplicación del derecho extranjero es renunciabile.

la función del país de Costa Rica, en la cual, habiendo realizado un estudio legal de contenido del testamento, den fe que es conforme en el texto, vigencia y sentido de la obligación vigente del país en mención, constancia debidamente apostillada emitidas por el órgano competente en Costa Rica, en el que se acredite que los abogados que hayan emitido la constancia supra relacionada se encuentran en la actualidad debidamente autorizados y en ejercicio de la función abogadil, históricamente, la casi totalidad de las civilizaciones han decidido la cuestión a favor de la búsqueda de sucesores del difunto, sin negar el fenómeno hereditario.

Como se ha mostrado, que tales prevenciones no son necesarias, pues las exigencias van más allá de las previstas en la ley, pues las mismas no definen la validez del testamento y la admisión o no de la solicitud de aceptación de herencia testamentaria¹⁵⁹, según los instrumentos públicos se rige por la ley del país donde fue otorgado y esta se comprobaba bajo la regulación del CPCM, en este caso no era necesario según aquo ya que van más allá de las prevista en la ley, razón por la cual esta misma se contraviene, situación que produce consecuencias a la legislación aplicable¹⁶⁰.

3.6. Alcances del derecho extranjero en el Proceso Civil y Mercantil

Es necesario abarcar la forma idónea de incorporación del Derecho Extranjero; siendo esto el camino efectivo para la aplicación de normativa vigente no solo en tiempo, sino en espacio fuera del territorio nacional, así como los casos en los que para el juez interno procedería la aplicación del derecho extranjero, a

¹⁵⁹ Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro, Recurso de Apelación, Referencia: 42-4CM-17-A, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2017). Es la falta de motivación de la decisión del juez a quo, las razones por las que a éste no le fue suficiente la prueba presentada por la solicitante en su momento, pero suponiendo que lo que se pretende es acreditar el contenido y vigencia del derecho extranjero, esto ya está debidamente establecido.

¹⁶⁰ Para una mejor comprensión, véase el art. 17 C.C.

fin de evitar la aplicación antojadiza del mismo por parte de los funcionarios o el abuso de normativa ajena a la nuestra, que tenga como consecuencia la vulneración de la soberanía del estado al traspasar los límites que impone la constitución, como se estudió en el capítulo II de esta investigación. Los alcances significan la forma en que trasciende la norma extranjera en el ámbito interno, desde que es solicitada la misma por las partes a fin de fundamentar su pretensión hasta el momento en que el juez decide dejar de lado la regulación interna que previamente se ha establecido con apego al proceso de creación de ley en la asamblea legislativa.

3.6.1. Forma de incorporar el Derecho Extranjero

Respecto a lo viable y a lo prohibido en el artículo 8 de la Constitución, establece que ningún particular puede privarse de lo que la Ley no prohíbe y encontrarse regulado en el CPCM la aplicación de norma extranjera en el proceso civil y mercantil salvadoreño, es preciso establecer los medios idóneos que lleven al convencimiento del juzgador del contenido y vigencia, señalando que la obligación de probar es de la parte que intente sustentar su pretensión en la norma de derecho extranjero, aún si la situación se encontrare regulada en el país, no obstante el juez está facultado para incorporar prueba, pero se vuelve necesario delimitar lo preceptuado en el artículo 313 ord. 3° CPCM, de la siguiente manera.

3.6.1.1. A petición de parte

Parte en el proceso se define como los sujetos que interponen su pretensión ante la administración de justicia o se oponen a ella, en ese sentido, el juez tiene la obligación de resolver las peticiones de las partes, según lo establecido en el artículo 15 CPCM.

Como se estableció en el capítulo II, el artículo 313 CPCM, regula tres aspectos del objeto de prueba, en este caso de interés, es ord. 3º, referido al derecho extranjero.

No obstante, se les otorga la libertad a los jueces de investigar oficiosamente, pero no siendo este el que tiene la obligación de probar. Se debe investigar por parte del juez, únicamente cuando las partes no hayan presentado de forma completa y no sea factible realizar actos pertinentes por parte del interesado, como consecuencia del principio de celeridad.¹⁶¹ En ese sentido, de conformidad a lo regulado en el artículo 315 CPCM, es quien requiera sustentar su pretensión en norma extranjera¹⁶², en otras palabras, la parte que requiera que se le resuelva, amparando su derecho en normativa extranjera es quien tiene la obligación de acreditarlo y la parte que se opone puede desvirtuar en ese mismo sentido.

Por otra parte, el CPCM salvadoreño, ha sido fuertemente influenciado en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, misma que en el artículo 281.2 regula al derecho extranjero como necesidad y objeto de prueba acerca, siempre en lo referente a su contenido y vigencia, y en la parte final expresa: “pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación¹⁶³.” Advirtiéndose que, en ambas, la redacción es una

¹⁶¹ Alonso Furelos, “Remedios, recursos, impugnación autónoma y otros medios de tutela de la actividad probatoria y de la aplicación del derecho extranjero”, *Revista de Derecho España* (2017), 183. El derecho objetivo extranjero deba probarse en principio, porque el juez no tiene obligación de conocerlo con carácter general, pues no fue publicado oficialmente

¹⁶² Perezniето, *Derecho Internacional Privado*, 315. El juzgador no puede pues limitarse a constatar la efectiva vigencia y contenido de las normas jurídicas extranjeras reclamadas, sino que, debe averiguar su exacto alcance, es decir, averiguar cómo serían interpretadas y aplicadas dichas normas en el país de origen.

¹⁶³ Ley de Enjuiciamiento Civil (España, Jefatura del Estado, Ref.: BOE-A-2000-323, 2000), artículo 281.2. Con similar regulación que se equipara al artículo 313 ord. 3º CPCM, en la que no se limitan los medios de prueba y deja a la voluntad de las partes decidir el medio idóneo para poder acreditar que el derecho que pretenden les sea aplicado en el proceso, goza de vigencia y que su contenido es válido e inalterado.

transcripción de palabras e ideas. En ese sentido, el artículo 313 CPCM, establece en el Ord. 3° que la prueba tiene por objeto el derecho extranjero, al igual que la LEC, siempre en lo que se refiere a su contenido y vigencia, y continúa literalmente: "...pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para asegurar su conocimiento".

La pregunta importante de responder es, acerca de cuáles son los medios de prueba pertinentes y útiles que poseen las partes para acreditar la vigencia y contenido de la norma extranjera; al respecto el artículo 409 de la Convención sobre Derecho Internacional Privado¹⁶⁴, en lo medular exige que la parte que invoque la aplicación del derecho de cualquiera de los Estados Contratantes en uno de los otros, para justificar su texto, vigencia y sentido, lo haga mediante certificación de dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trate, presentándolas debidamente legalizadas¹⁶⁵.

Referente a esto, el artículo 315 CPCM, no limita a la parte interesada de la aplicación del derecho extranjero, los medios de prueba que pudiere utilizar a fin de acreditar el contenido y vigencia del mismo. Por lo que es necesario, estudiar a groso modo cada uno de los medios más factibles a fin de acreditar el contenido y vigencia del derecho extranjero, ya que el CPCM en el artículo 331, hace únicamente la clasificación de instrumentos públicos y, afirmando que son los expedidos por notario, autoridad o funcionario público en el ejercicio de su función; así también de instrumentos privados, que son los

¹⁶⁴ Para mejor comprensión del contenido, véase art. 409 de la Convención de Derecho Internacional Privado. Se entiende que el medio de prueba por excelencia sería la documental que lleve cotejada la fe pública de los funcionarios delegados para cada caso en concreto, en los países de cuyo derecho requiera aplicarse.

¹⁶⁵ "Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador: Atención al Usuario en línea", acceso el 01 de junio de 2019, <https://rree.gob.sv/legalizacion-de-documentos-autentica-y-apostilla/>. La legalización consiste en la certificación que expide el Ministerio de Relaciones Exteriores, avalando la firma del funcionario consular salvadoreño en el extranjero para que pueda surtir efectos en El Salvador.

suscritos entre particulares. siendo en primer lugar por excelencia, la prueba documental, así como lo ha referido el artículo 409 del Código de Bustamante.

Por ende, la Convención sobre Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante, hace referencia a un medio de prueba escrito, que se equipara a la documental, con calidad de instrumento público, en virtud de requerir que lleve cotejada la fe de un funcionario público delegado del estado.

Se requiere constancia emitida por dos abogados en ejercicio de la función de la abogacía del país del cual se invoca la norma extranjera, si la misma es emitida en países que no son miembros del Convenio de la Haya¹⁶⁶, el interesado deberá obtener la Auténtica en las Representaciones Diplomáticas y Consulares de El Salvador¹⁶⁷ en el exterior, por otro lado, si el documento es emitido en un país miembro del Convenio de la Haya, el interesado deberá obtener la Apostilla que expiden las oficinas de las Autoridades Nacionales que designa cada país miembro. Así pues, el documento deberá llevar inserta la fe de un funcionario, a fin de ser acreditable y el derecho extranjero que se invoca, puesto que fotocopias simples de una ley o normativa no llevarán al convencimiento al juzgador, pues este no conoce el derecho extranjero y no se encuentra obligado al conocimiento del mismo

En ese mismo orden, el artículo 315 del CPCM, no limita a las partes en primer lugar acerca de los medios necesarios para acreditar que el contenido y vigencia del derecho extranjero, por tanto, podrá hacer uso de los medios regulados en el CPCM, y en caso de los no previstos en el mismo, se ceñirán

¹⁶⁶ Convenio de la Haya (Novena Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Diario Oficial n° 194, Tomo 333, 1996). La finalidad de este convenio ha sido reducir los trámites a los estados parte del mismo.

¹⁶⁷ “Ministerio de Relaciones exteriores: Atención al Usuario”, acceso el 30 de junio de 2019, <https://rree.gob.sv/legalizacion-de-documentos/>. Indica que deben seguirse los lineamientos que manda el artículo 309 del Código de Bustamante, en caso que sean las partes quienes invoquen la aplicación de una norma extranjera.

a lo establecido en el artículo 330 inc. 2° CPCM, que es referente a los medios probatorios no previstos en el CPCM, y serán admitidos siempre y cuando no afecten la moral o la libertad personal de las partes o terceros.

Otro medio factible para la incorporación de la normativa extranjera es la prueba testimonial, que se entiende a aquella prueba de interrogatorio de testigos, consistente en la declaración que una persona ajena al proceso realiza dentro del mismo, respondiendo a preguntas que se le formulen por las partes y por el tribunal -únicamente como interrogatorio aclaratorio, en caso de ser necesario, a fin de no romper la imparcialidad que el juez debe guardar en el ejercicio de su función-, sobre hechos relevantes para lo que sea objeto del juicio de los que haya tenido conocimiento previo, bien por haberlos presenciado el testigo, bien por saberlos de referencia, dando la razón de ciencia de sus dichos¹⁶⁸.

Podrá ser factible de presentación, pero no debe tratarse de cualquier testigo, como persona particular, sino más bien a fin de acreditar fehacientemente el derecho extranjero, debe tratarse de los referidos en el artículo 358 CPCM, en el cual se describe a testigos cuyos conocimientos deban ser especializados en un saber; en concreto, con conocimiento en el derecho del país cuya normativa se invoca. Debe resaltarse que como se trata de un medio especial de prueba que aporta un especialista en un área de conocimiento distinta a aquélla en que es experto el juez, por no ser obligado a conocer de la norma extranjera. Finalmente, la pericial¹⁶⁹, es aquella suministrada por terceros, que

¹⁶⁸ Montero Aroca, *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*, 10ª ed. (Ed. Tirant to Blanch, Valencia, España, 2001), 75. El testigo posee la obligación de comparecer al acto para el cual fue citado, con perjuicio de incurrir en el delito de desobediencia al mandato judicial, según lo establece el artículo 362 CPCM.

¹⁶⁹ Lino Palacio, *Derecho Procesal Civil*, 17° ed. (Lexis nexis, Buenos Aires, 1992), 674. El perito se tiene por parte pericial dentro del proceso previamente haber prestado juramento de decir la verdad.

a raíz de un encargo judicial y con base a conocimientos científicos, artísticos o prácticos que poseen, comunican las comprobaciones al juez, sometidos a un dictamen. Podrá permitirse este tipo de prueba y ser evidentemente válida en caso de reemplazar a la del testigo con conocimiento especializado, de aquellas percepciones que poseen de la normativa extranjera.

Es necesario establecer la diferencia del perito con el testigo con conocimiento especializado¹⁷⁰ que radica en que el primero, conoce de hechos pasados presentes y futuros, mientras que el testigo con conocimiento especializado se limita a hechos pasados y presentes; así también, el testigo conoce de los hechos o del derecho aun cuando no se encontraba siendo controversia procesal, mientras que un perito entra en conocimiento del mismo hasta ser designado por el juez.

Es en ese sentido es la carga de la prueba corresponde a la parte que invoca el derecho extranjero, y únicamente ante el supuesto de que aún con la prueba presentada, exista duda, el juez puede valerse de cualquier otro medio para su averiguación, e inclusive podrá utilizar las atribuciones que le otorga el artículo 410 la Convención sobre Derecho Internacional Privado, ordenando de oficio por la vía diplomática, que el Estado de cuya legislación se trate proporcione un informe sobre el texto, vigencia y sentido del derecho aplicable, por ende, la principal fuente de prueba será el juez del que provenga el derecho extranjero, en virtud del principio *lura novit cura*.

3.6.1.2. De oficio

El juez debe resolver de forma clara y precisa según el artículo 218 CPCM; en

¹⁷⁰ Devís Echeandía, *Compendio de la Prueba Judicial*, tomo II. (Ed. Rubinzal Culsoni, Argentina, 1984), 102. El testigo con conocimiento especializado podrá ser un abogado que se dedique al ejercicio libre de la profesión en el país del derecho que se invoque; perito aquel juez, en virtud de encontrarse obligado a conocer del derecho.

ese sentido debe ceñirse estrictamente a las pretensiones formuladas por las partes, desde el momento de las alegaciones iniciales, pues son estas las actoras del proceso y quienes delimitaran lo resuelto, atendiendo a lo que estas piden y lo resistido por el demandado.

Por otra parte, la misma disposición en el inc. 2º establece que no se puede otorgar más de lo pedido por el actor¹⁷¹ y tampoco menos de lo resistido por el demandado o resolver cosa distinta. La prueba del derecho extranjero se vincula directamente con el principio de aportación, el cual en lo medular expresa que la proposición de la prueba corresponde exclusivamente a las partes; no obstante, el juez puede ordenar diligencias para mejor proveer con el fin de esclarecer sobre algún punto oscuro o contradictorio y la carga de la prueba¹⁷², correspondiendo en primer lugar y de forma estricta a las partes que lo invocan y pretenden hacerlo valer en el proceso, aportar los medios probatorios idóneos y pertinentes para establecer fehacientemente el contenido y la vigencia de las normas de derecho extranjero que sean aplicables al caso concreto.

Debe considerarse que si el juez queda convencido del contenido, vigencia, interpretación y aplicabilidad no se precisará más que la prueba documental anteriormente descrita en el artículo 410 de la Convención sobre Derecho Internacional Privado, descrita en el apartado anterior de este trabajo, o en su caso de cualquier medio de acreditación que las partes hayan presentado;

¹⁷¹ Germán Farías, *Diccionario de Frases y Aforismos Latinos* (Ed. Porrúa, México, 2003), 56. 78. Este autor define en los aforismos latinos conocidos como *extra petita*, el juzgador no puede resolver cosa distinta a la solicitada por las partes; *plus petita*, en el sentido que el juez no puede ir más allá de lo solicitado por las partes y *citra petita*, el juzgador no puede resolver menos de lo pedido por el actor

¹⁷² Con referencia, véase el art. 321 CPCM, que en síntesis expresa que la carga de la prueba es exclusiva de las partes. Cabe mencionar que el juez puede abocarse y solicitar mediante oficio el contenido y vigencia para así comprobar el derecho extranjero para esclarecer dudas dentro del proceso.

mientras que si no resulta suficiente para el juzgador, el mismo podrá hacer uso de cualquier otro medio de averiguación para asegurar lo alegado¹⁷³.

En otras palabras, el CPCM¹⁷⁴ faculta al juez para que pueda hacer uso de los medios que estime pertinentes con el fin de asegurar su conocimiento, en caso que la prueba la parte interesada, no proporcione al juzgador un convencimiento pleno al respecto, pero no se trata que el juez recabe las pruebas necesarias para probar el derecho extranjero, sino que es una participación complementaria en la actividad probatoria

En consecuencia, el derecho extranjero debe probarse siempre y no hay excepciones a dicho principio, ya que, mediante la prueba del derecho extranjero, éste queda fijado en el proceso¹⁷⁵. Sin embargo, la falta de disposición expresa por parte del legislador en la que ordene un medio de prueba en específico a fin de acreditar el derecho extranjero, no es una falta a la seguridad jurídica, sino más bien, es un camino abierto a diversos tipos de posibilidades, a fin que los jueces en el uso de sus facultades y potestad de impartir justicia, busquen soluciones que permitan conocer el derecho extranjero que las partes pretendan incorporar al proceso.

En ese sentido, las respuestas se encontrarán en la jurisprudencia, que es en donde se plasman las decisiones de los juzgadores de cada caso en concreto,

¹⁷³ Silvia Barona, *El Proceso Civil*, 3° ed. (Ed. Tirant to Blanch, España, 2001), 2201. En otras palabras, el CPCM, permite al juez hacer uso de todos los medios de prueba a fin de averiguar el contenido y vigencia del derecho extranjero.

¹⁷⁴ Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, Recurso de Apelación, Referencia: 47-EMSM-12 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2012). El ejecutante "Banco Improsa, S.A.", promueve proceso ejecutivo contra "Central American Cutting Center, S.A. de C.V." a fin que en sentencia se ordene a la sociedad ejecutada pagar un pagaré a la orden, suscrito conforme a las leyes de Nicaragua.

¹⁷⁵ Calvo, "Anales del Derecho", 298. Siendo la obligación total de la parte interesada en sustentar su pretensión con el Derecho extranjero la que debe de presentar la prueba pertinente y necesaria para ilustrar al juez, no obstante, el juez a fin de esclarecer puede ordenar prueba para mejor proveer.

con ello se ha intentado un proceso más flexible que permita buscar respuestas razonadas en el ejercicio del derecho¹⁷⁶.

Esto siempre y cuando las partes lo hayan solicitado al juez, no obstante si el juez conoce de derecho extranjero, el artículo 408 de la convención de derecho internacional privado, lo faculta para poder aplicarlo, dejando de necesitar de prueba, en tanto el juez no lo considere necesario¹⁷⁷, pero si pudiendo solicitar diligencias a fin de ilustrarse completamente en acerca de la vigencia del mismo y de la forma de interpretación de la norma, puesto que deberá aplicarlo como si fuese el juez del país del que proviene el derecho.

3.6.2. Procedencia de la aplicación del derecho extranjero

La justificación de la aplicación de derecho extranjero radica en la facultad otorgada a los jueces para realizar mejores valoraciones jurídicas e impartir justicia. La procedencia, se hace en virtud de señalar en qué medida este influirá dentro del proceso en particular que se esté ventilando, en concordancia a la normativa nacional vigente, en caso de existir.

Por ende, la necesidad de establecer las situaciones más apegadas a la realidad jurídica salvadoreña que puedan darse en los procesos civiles y mercantiles al tener una norma jurídica que las regula las relaciones y actos que entran en conflicto y buscan la tutela jurídica, así como las situaciones adversas que por su complejidad e innovación de las relaciones interpersonales aún no se encuentran reguladas hasta el momento.

¹⁷⁶ Luis Caravaca, *La Prueba del Derecho Extranjero ante los Tribunales Españoles*, 5° ed. (Ed. Estudios Deusto, España 2006), 71. El legislador dejó intencionalmente a los tribunales la tarea de elaborar respuestas concretas a las cuestiones no reguladas en la LEC.

¹⁷⁷ Ortells Ramos, *"Derecho Procesal Civil"*, 13° ed. (Ed. Arazadi, España, 2000), 415. El desconocimiento del derecho extranjero que sólo sea imputable a la negligencia conjunta de las partes, el juez no se encuentra obligado de la aplicación del derecho extranjero de oficio, son las partes quienes deben solicitarlo.

3.6.2.1. Situación no regulada

En primer lugar, será de posible aplicación la normativa extranjera cuando la situación jurídica ventilada en caso concreto, no se encuentre regulada en el país. Por ende, no se podrá aplicar la *lex fori*¹⁷⁸. Será necesario entonces aplicar el derecho extranjero de la forma en que lo haría un juez del país al que pertenece la norma¹⁷⁹.

El derecho no regulado sería el material y no el formal. En razón de lo anterior, se establece que en relación a la seguridad jurídica, regulada en el artículo 11 de la Constitución de la república de El Salvador, que se refiere a la prohibición de privar a los gobernados de cualquier derecho fundamental, siendo estos la vida, la libertad, la propiedad, sin apego a las leyes y garantizando el derecho de audiencia, por ende, cada situación jurídica determinada debe estar sustentada en un ordenamiento legal, lo que permite crear un ambiente libre y pleno a los humanos, con ello evitar las arbitrariedades en el ejercicio de sus derechos. Por ende, es factible que la parte invoque el derecho extranjero en virtud de no encontrarse normativa interna que regule su situación en concreto.

3.6.2.2. Existencia de norma interna

La existencia de regulación interna no limita la procedencia de la aplicación del derecho extranjero, siempre y cuando la norma que se intente introducir al proceso civil y mercantil nacional no lesione derechos fundamentales y no sea

¹⁷⁸ Guillermo Cabanelas, Diccionario Jurídico Elemental actualizado, corregido y aumentado, 2° ed. (Ed. Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 2006), 277. Dicho aforismo latín significa que "Ley del fuero", y en materia de conflicto territorial de Leyes indica que ha de aplicarse la ley del foro, en otras palabras, la ley de la nacionalidad del tribunal que haya de conocer del asunto.

¹⁷⁹ Código Civil para El Distrito Federal (Gaceta Oficial, Estados Unidos Mexicanos, 1928), artículo 14. Dicho código fue reformado por última vez el cinco de febrero de dos mil quince, siendo una de las pocas legislaciones que se dedicó a abarcar con mayor amplitud la regulación del derecho extranjero.

contraria al orden público. El juez de la causa será el encargado de analizar si procede aplicar la norma extranjera.

3.6.2.3. Aplicación en razón de la justicia

En otro orden de ideas, se entiende que el conflicto aparece en cuanto una controversia jurídica en concreto se encuentra simultáneamente regulada por la norma jurídica nacional y extranjera. Bustamante¹⁸⁰ refiere diversas situaciones ligadas con los individuos respecto a derecho extranjero; en primer lugar extranjero, residente en su propia patria, existen leyes que se reducen a los residentes de esa patria; en segundo lugar el de un extranjero que reside en esa patria, no puede evitar ser sometido a ciertas leyes que son de carácter imperativo, así también podrá encontrar leyes a las que podrá someterse de forma voluntaria y un tercer grupo de leyes que le serán inaplicables, como las electorales; existe un grupo de leyes que califica como potestativas, siendo estas las que el Estado cede su lugar, a fin de ser la base del fundamento jurídico para resolver el conflicto; aun una situación jurídica concreta que se encuentre regulada, puede ser viable establecer la aplicación de una norma extraña al país del foro, en razón del tráfico jurídico entre las personas.

Verbigracia, lo establecido en el artículo 17 del Código Civil, que establece, los instrumentos públicos otorgados en el extranjero por un salvadoreño, deben cumplir con los requisitos y solemnidades del país en que se otorgó a efecto de tener validez en el territorio nacional¹⁸¹. En este tipo de situación jurídica, el juez deberá resolver conforme a la normativa extranjera y calificar conforme

¹⁸⁰ Arellano, *Derecho Internacional Privado*, 814. En este apartado, el autor refiere diversas situaciones jurídicas individuales en las que un individuo puede encontrarse relacionado con el derecho extranjero.

¹⁸¹ Pereznieta, *Derecho Internacional Privado*, 54. Sabio el legislador en permitir expresamente la regulación extranjera, a fin que los actos lleven implícitos la fe expresa y válida de un funcionario acreditado en el país del otorgamiento de los instrumentos públicos.

a la legislación internacional si se han cumplido los requisitos de validez y sus respectivas solemnidades.

3.6.2.4. Inaplicabilidad de la norma nacional

Si la controversia debe resolverse mediante normas de derecho extranjero, la ley interna resulta inaplicable¹⁸²; para ello, a Ley de Procedimientos Constitucionales, se creó con la finalidad de reunir en un solo cuerpo legal preceptos que garanticen el cumplimiento de preceptos constitucionales, entre ellos el artículo 96 Cn, en cuanto a los extranjeros y su derecho a ser protegidos por las leyes nacionales, esto según el considerando en esta Ley; en este sentido, estamos frente al control difuso, inaplicación la decisión judicial que produce efectos solo en el caso específico, por ende, no tendrá trascendencia en la normativa interna que se dejó de aplicar por parte del juzgador que admitió la normativa extranjera.

Según el artículo 77 de la LPC, el juez puede inaplicar una norma que sea el fundamento de las resoluciones judiciales, siempre y cuando lo motive debidamente en la misma resolución, esto es viable en los casos en que no exista pronunciamiento de la Sala de lo Constitucional respecto de la disposición que se trate; que exista relación directa y principal de la disposición inaplicada con la resolución del caso, esfuerzo del juzgador de interpretar la disposición conforme a la Constitución y la relación de la disposición inaplicada, la norma o en su caso principios constitucionales vulnerados y las razones que sirven de fundamento a la inaplicación; a fin de justificar las razones de resolver sobre la base de un derecho desconocido.

¹⁸² Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, Recurso de Apelación, Referencia: 47-EMSM-12 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2012). Por ende la necesidad de acreditar previamente por las partes la normativa extranjera, ya que en relación al principio de seguridad jurídica, todo lo que se resuelva debe estar contemplando en la ley.

CONCLUSIONES

Después de haber elaborado el presente trabajo de investigación, como grupo se llegó a las siguientes conclusiones:

El derecho extranjero es de aplicación excepcional en la actualidad ya que permite la fluidez del tráfico jurídico en las relaciones humanas.

La carga de prueba del derecho extranjero corresponde a la parte que invoque su aplicación, en razón de su contenido, como excepción al principio *Iura Novit Curia*, puesto que el juez está obligado a conocer del derecho interno, más no se le puede obligar a conocer de la normativa extranjera; y en razón de su vigencia, de acuerdo con el principio de legalidad y de irretroactividad, puesto que no se puede resolver retroactivamente de conformidad al artículo 21 de la Constitución y las leyes deben haber sido promulgadas con anterioridad a los hechos que se tratan en el proceso, de acuerdo con el artículo 15 de la misma.

El juez posee límites en el ejercicio de su función, estos no se traducen en impedimento para que él pueda aplicar normativa extranjera aun de oficio, cuando sea conocedor de esta.

Los hechos requieren ser probados dentro del proceso civil y mercantil, en el caso del derecho extranjero, este no se deforma al ser objeto de prueba, ya que en razón del principio *Iura Novit Curia*, el juez está obligado a conocer del derecho interno, no obstante, en el derecho extranjero son las partes quienes ilustraran al juez en razón de su contenido y vigencia, lo cual requiere la prueba correspondiente.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Algara, José. Los derechos del hombre en la Revolución Francesa. México: Facultad de Derecho de la UNAM, 1956.

Alonso, Juan. Evolución Historia de la Aplicación del Derecho Extranjero en El Proceso Civil Español, España: 2018.

Arce, Alberto. Derecho Internacional Privado. México: Universidad de Guadalajara, 1964.

Arellano, Carlos, Derecho Internacional Privado. México: Editorial Porrúa, 2011.

Armenta Deu, Teresa. Lecciones de Derecho Procesal Civil. Madrid: Marcial Pons, 2004.

Arregui, José Ramón. Manual de Derecho Internacional Privado. Madrid: Editorial Rus, 1952.

Asencio, Mellado. Derecho Procesal Civil, parte primera, Valencia: Tirant To Blanch libros, 2000.

Barona, Vilar y Barona, Silvia. El Proceso Civil. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2001.

Calvo Caravaca, Alfonso. y Carrascosa González, Javier. Derecho Internacional Privado. Granada, España: Ed. Comares, 2001.

Calvo Caravaca, A. y Javier Carrascosa González. El Juez y el Derecho Extranjero. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1966.

Calvo Caravaca, Luis Alfonso. La prueba de derecho extranjero ante los tribunales españoles. España: Estudios Deusto, 2006.

Carnelutti, Francesco. Instituciones del Proceso Civil. Traducido por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1997.

Carnelutti, Francesco. La prueba Civil. Traducido por Niceto Alcalá Zamora y Castro. Buenos Aires: Editorial Depalma. 1982.

Carnelutti, Francesco. Teoría General del Derecho. Madrid, España, 1995.

Carvajal Cortés, Arturo Armando. El Juez y el Derecho Extranjero. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 1966.

Chiovenda, José. Principios de derecho Procesal Civil. Madrid: Reus Editorial, 1925.

Contreras, Francisco. Derecho Internacional Privado, Parte General. Oxford: Universidad Nacional Autónoma, México, 1998.

Cortés Domínguez. Proceso Civil, Parte General. Colex Editorial, Madrid, 2000.

Couture, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Argentina, 2007.

Duncker, Federico. Derecho Internacional Privado. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 1967.

Echandía, Devís. Teoría general del proceso. Editorial Universidad. Argentina: Buenos Aires, 1984.

García, Eduardo. Introducción al estudio del derecho. México: Ed. Porrúa, 2003.

Goldschmidt, Werner. Introducción al Derecho. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma, 1967.

Goldschmidt, Werner. La consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado. Barcelona: Bosch, 1935.

Gómez, Cipriano. Teoría General del Proceso. Oxford: University Press Editorial, 2004.

Guzmán Latorre, Diego. Tratado de Derecho Internacional Privado. Santiago: editorial jurídica de Chile, 1997.

Larena Beldarrian, Javier. El Proceso Civil, Parte General El Juicio Verbal, y Ordinario. España: Dikynson, 2007.

Larios Ochaita, Carlos. Derecho Internacional Privado. Guatemala: Editorial Lerena, 1998.

Miaja, Adolfo. Derecho Internacional Privado, Introducción y Parte General. Madrid: Editorial Lope de Vega, 1972.

Montero Aroca, Juan. Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil. Valencia, España: Tirant lo Blach, 2001.

Montero Aroca, Juan. La prueba en el proceso civil. Madrid, 1996.

Pereznieto, Leonel. Derecho internacional privado, parte general. Oxford: Universidad Nacional autónoma de México, 2003.

Quintero, Beatriz y Eugenio Prieto. Teoría General del Derecho Procesal. Colombia: Teminis Editorial, 2008.

Rocha, Antonio. De la Prueba en Derecho, actualizado por Alfonso Clavijo I. Bogotá: Ibañez Editorial, 2013.

Rojina, Rafael. Compendio de Derecho Civil IV Contratos. México: Porrúa Editorial, 2001.

Sedra, Vicente. Derecho Procesal Civil I, El Proceso Declarativo parte general. España: Colex Editorial, 2010.

Somarriva, Manuel y Alessandri, Arturo. Curso de Derecho Civil, de las Obligaciones, España: Nascimento Editorial.

Trejo, Elma del Carmen. Los Tratados Internacionales como fuente del Derecho Nacional. México, 2006.

Wolff, Martin. Derecho Internacional Privado. Barcelona, España: Bosch, 1958.

TESIS

Abrego Bolaños, Melania Concepción. “La carga de la prueba en la aplicación del derecho extranjero en el Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador”. Tesis para obtener el grado de Licenciado en ciencias jurídicas, Universidad de El Salvador. San Salvador. 2017.

Acosta Baires, Julio Enrique. “La Prueba de la Ley extranjera”. Tesis doctoral. Universidad de El Salvador. San Salvador. 1971.

Canales, Oscar. “Derecho Procesal Civil salvadoreño I”. Tesis doctoral. Universidad de El Salvador. 2001.

Conde García, María Elena. “El Principio de Inmediación en la producción de la prueba con el uso de TIC en el Código Procesal Civil y Mercantil”. Tesis de Maestría. Universidad de El Salvador. San Salvador. 2012.

Martínez Rivas, Francisco. “La prueba del Derecho extranjero en la Jurisprudencia Española”. Tesis doctoral. Murcia, España. 2010.

Saavedra Garín, Constanza Estela. “Análisis de la aplicación del derecho extranjero y la oposición de la lex fori a ello: Necesidad de una regulación normativa clara a la luz de la jurisprudencia y doctrina nacional e internacional”. Memoria para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. 2018.

LEGISLACIÓN

Asamblea Legislativa de El Salvador. Código Procesal Civil y Mercantil, 2010. El Salvador.

Asamblea Legislativa de El Salvador. Constitución de la Republica de El Salvador, 1983.

Asamblea Legislativa de El Salvador. Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante). Convención suscrita por El Salvador en la Sexta Conferencia Internacional Americana, 1928.

Tribunal Supremo de España. Ley de Enjuiciamiento Civil, 2000. España.

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de conflicto de competencia. Referencia: 60-COM-2014, 2014. Corte en Pleno. El Salvador.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Conflicto de Competencia, Referencia: 163-D-2011, 2011. Corte en Pleno. El Salvador.

Corte Suprema de Justicia. Recurso de apelación. Referencia: 72-EMQCM-16, 2016. Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro. El Salvador.

Corte Suprema de Justicia. Amparo. Referencia: 87-EMQCM-13, 2013. Cámara Tercera De Lo Civil de la Primera Sección Del Centro. El Salvador.

Corte Suprema de Justicia. Recurso de Apelación. Referencia: 150-EMQCM-15, 2015. Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro. El Salvador.

Corte Suprema de Justicia. Recurso de Apelación. Referencia: 47-EMSM-12, 2012. Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro. El Salvador.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Inconstitucionalidad. Referencia: 26-2010, 2011. Sala de lo Constitucional. El Salvador.

Revistas

Arellano García, Carlos. “Nuevas normas sobre aplicación del Derecho Extranjero”. Revista de Derecho, Biblioteca UNAM (2011): 83. <http://www.jurídicas.unam.mx>.

Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, Javier, “Anales del Derecho”,
Revista Universidad de Murcia , nº 17 (1999): 298.

Espino, Marcela. “Cooperación Judicial Internacional en el Sistema de
Derecho Internacional Privado Peruano”, Revista Oficial del Poder Judicial 1/1,
(2007): 116.