

Arantxa Vallés Julián

**LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO
A LA LUZ DEL NUEVO ARTÍCULO 33 DE LA
LEY DE COOPERACIÓN JURÍDICA
INTERNACIONAL**

TRABAJO DE FIN DE GRADO

Dirigido por la Dra. Maria Font i Mas

Grado de Derecho



**UNIVERSITAT
ROVIRA i VIRGILI**

Tarragona, 2016

ÍNDICE

ABREVIATURAS	5
1. INTRODUCCIÓN.....	7
2. PREVILO: LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO EN LAS RELACIONES JURÍDICAS PRIVADAS INTERNACIONALES	9
3. APLICACIÓN DE LA NORMA DE CONFLICTO PARA DETERMINAR EL DERECHO APLICABLE.....	13
3.1 La norma de conflicto	13
3.2 Consecuencias de la aplicación de la norma de conflicto.....	14
3.3 La relación entre el régimen de la prueba del Derecho extranjero y el Derecho conflictual.	16
3.3.1 Derecho conflictual comparado: el carácter imperativo o facultativo de la norma de conflicto	16
3.3.2 El artículo 12.6 del Código Civil: imperatividad de la norma de conflicto	19
3.3.3 La postura de la jurisprudencia española ante la imperatividad de la norma de conflicto	20
4. TRATAMINETO PROCESAL DEL DERECHO EXTRANJERO	23
4.1. Sistema anterior.....	23
4.2. Sistema actual	24
4.2.1. Análisis desde la perspectiva del art. 281.2 LEC	25
4.2.1.1. Alegación del Derecho extranjero. ¿Es el Derecho extranjero una cuestión de hecho o de Derecho?.....	25
4.2.1.2. ¿Quién debe probar el Derecho extranjero?.....	28
4.2.2. Análisis desde la perspectiva del art. 33 LCJI	30
4.2.3. Carga de la prueba del Derecho extranjero	31
4.2.4. Objeto de la prueba del Derecho extranjero.....	33
4.2.4.1. ¿Debe probarse siempre el contenido y vigencia de un Derecho extranjero?.....	34
5. EL TRATAMIENTO PROCESAL DE LOS MEDIOS PROBATORIOS DEL DERECHO EXTRANJERO	37
5.1. Características principales	37
5.2. Los medios de prueba de las partes	38
5.3. Los medios probatorios del Juez.....	40
5.4. El valor de la prueba del Derecho extranjero	43
6. CONSECUENCIAS JURÍDICAS EN EL CASO DE FALTA DE PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO	47
7. CONCLUSIONES	55
8. BIBLIOGRAFÍA	61

ABREVIATURAS

AEDIPr	<i>Anuario Español de Derecho Internacional Privado</i>
AP	Audiencia provincial
Art.	Artículo
CC	Código civil
CE	Constitución Española
CJI	Competencia Judicial Internacional
DIPr	Derecho Internacional Privado
Ed.	Editor de la obra
Id.	Ídem: del mismo autor
LA	Ley Aplicable
LCJI	Ley de Competencia Judicial Internacional
LEC	Ley de Enjuiciamiento civil
Op. cit.	Obra citada
p.	página
pp.	páginas
SAP	Sentencia de la Audiencia provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
Vid.	Véase
Vol.	Volumen

1. INTRODUCCIÓN

Cada vez, es más frecuente que las relaciones privadas entre las personas físicas o jurídicas se originen en el ámbito internacional; dejando atrás, las reticencias existentes a establecer cualquier tipo de relación privada con elementos de extranjería.

Existen muchos factores que justifican la progresiva internacionalización de las relaciones personales, como la expansión mundial de la economía, el proceso de integración en la Unión Europea, o la mejora de las comunicaciones. Tales hechos han supuesto un cambio de escenario social y jurídico donde interactúan diferentes ordenamientos jurídicos, forzando a desarrollar de forma fastuosa el Derecho internacional privado, y con ello el tratamiento procesal del Derecho extranjero.

Como consecuencia de esta internacionalización, para dar respuesta a los litigios surgidos entre las partes, los tribunales deben tener presente la concurrencia de distintos sistemas jurídicos, susceptibles de ser aplicados. Este hecho, no debe suponer ningún problema, puesto que los organismos jurídicos deben garantizar la continuidad de las relaciones jurídicas entre particulares, sin que las fronteras territoriales sean un impedimento.

Cuando se presenta uno de esos litigios, puede que el Tribunal español que conozca del pleito haya de juzgar no conforme al Derecho español, sino según el Derecho de algún otro Estado. Así, por ejemplo, cuando un matrimonio, formado entre un español y un francés, se quieren divorciar, es posible que el juez español deba aplicar el Derecho francés, para solucionar el caso. También ocurre así, cuando dos empresas –una española y la otra belga– pactan que sea el Derecho inglés, el que rija su contrato; en tal caso, ante un incumplimiento contractual el juez deberá aplicar la norma inglesa.

El objeto de estudio del presente trabajo de fin de grado es analizar la problemática que plantea la prueba del Derecho extranjero en el ordenamiento jurídico español, la cual se estructura en cinco cuestiones: la imperatividad de las normas de conflicto; el Derecho extranjero: una cuestión de hecho o de Derecho; la carga de la prueba: ¿quién debe probarlo?; los medios probatorios; y las consecuencias de su falta de prueba.

Actualmente, tras la entrada en vigor el 31 de julio de 2015 de la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil, son tres los preceptos que se ocupan de regular la prueba del Derecho Extranjero ante los tribunales españoles. Los preceptos en cuestión son: el artículo

12.6 del Código Civil; el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y por último, el artículo 33 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional.

Los tres artículos ofrecen una explicación amplia, confusa, indeterminada y contradictoria sobre el régimen de prueba del Derecho foráneo, originando una divergencia interpretativa entre la práctica jurídica española y la doctrina.

Por tanto, la finalidad última del trabajo es estudiar los tres preceptos de la legislación española que dan respuesta a los cinco puntos problemáticos de la prueba del Derecho extranjero, teniendo en cuenta la heterogeneidad existente en su interpretación, al caracterizarse por un carácter abierto; en especial, la redacción del nuevo art. 33 LCJI al ser el más reciente y todavía con escasa repercusión práctica.

La prueba del Derecho extranjero es un tema complejo, que abarca diversos aspectos. Sin embargo, el presente trabajo se centra solamente en los puntos más relevantes de esta cuestión, para poder profundizar y estudiarlos detalladamente, quedando excluidos de este análisis, las cuestiones relativas a la aplicación extrajudicial del Derecho extranjero, los problemas de “adaptación”, o la llamada “aplicación integral” del Derecho extranjero, el reenvío, la excepción de “orden público internacional”, el recurso de casación por infracción del Derecho extranjero, entre otros.

2. PREVIO: LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO EN LAS RELACIONES JURÍDICAS PRIVADAS INTERNACIONALES

La finalidad del Derecho internacional privado (DIPr) es aportar una respuesta justa a los problemas surgidos entre las relaciones y situaciones privadas de carácter internacional generadas entre particulares, como consecuencia de la existencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos independientes, que al aparecer vinculados a una concreta relación jurídica resultan potencialmente reguladores de la misma¹.

Así pues, a la hora de solucionar un litigio transnacional hay determinadas cuestiones que previamente hay que resolver con la aplicación de las normas de Derecho internacional privado.

En primer lugar, es necesario determinar qué tribunal o autoridad será competente para resolver el asunto, mediante las normas de competencia judicial internacional (CJI). El procedimiento se regirá por el derecho procesal del foro² (*lex fori regit processum*).

Una vez concretada la jurisdicción competente para conocer el litigio, se debe especificar cuál será la normativa aplicable para resolver el fondo del asunto. Para ello, se utilizan las normas que determinan la ley aplicable (LA) a los supuestos de derecho internacional privado. Normalmente concurren diversas normas jurídicas pertenecientes a distintos ordenamientos jurídicos susceptibles de ser aplicadas, ocasionando un conflicto de leyes que se resuelve mediante la técnica de la denominada norma de conflicto o técnica indirecta.

Como consecuencia de ello, el resultado que habitualmente se origina es la posible aplicación del derecho del foro³, o bien por el contrario, de un derecho extranjero⁴. En este último caso, puesto que el juez competente para resolver el asunto no conoce el derecho extranjero, se requerirá su acreditación. En concreto, el sistema jurídico español, exige la prueba del Derecho extranjero para que pueda aplicarse en el procedimiento⁵.

¹ Esplugues, C., Iglesias, J. L., Buhigues, Palao G. (2014). *Derecho Internacional Privado*. Valencia: Tirant lo Blanch (pp. 75- 82); Fernández, J. C., Sánchez S. (2013). *Derecho Internacional Privado*. Pamplona: Civitas. (pp. 23-27).

² En DIPr. el foro hace referencia a los tribunales que son competentes para conocer de una determinada causa.

³ Derecho del foro: la ley del Estado del juez que conoce del asunto. En el caso que resultaran competentes los tribunales españoles para conocer el fondo de un asunto internacional privado, la ley del foro sería el derecho español.

⁴ Derecho extranjero: una ley diferente a la ley nacional de los órganos judiciales competentes. Ante un litigio internacional privado, resultan competentes los tribunales españoles. En aplicación de las normas de DIPr. se determina que la ley aplicable no será el derecho español (derecho del foro) sino que será el derecho italiano, es decir, un derecho extranjero.

⁵ Font, M. (2011). La aplicación del Derecho extranjero resultante de la remisión de las normas de conflicto europeas en el contexto de los sistemas imperativos *sui generis* como el español o el facultativo inglés. En Picó i Junoy, J.

Antes de proceder al desarrollo y análisis de todos los aspectos problemáticos relativos a la prueba del Derecho extranjero, es conveniente explicar un supuesto de hecho a modo de ejemplo, para poder visualizar y entender claramente cómo se aplican las normas de Derecho internacional privado, ante un litigio privado con elementos de extranjería.

El análisis servirá como punto de partida para posteriormente, ir desgranando las distintas cuestiones referentes a la prueba del Derecho extranjero.

Aunque el siguiente ejemplo sea una cuestión civil, el DIPr. también se aplica en las relaciones mercantiles.

Supuesto: Un matrimonio formado por un español y una belga que residen habitualmente en España, quieren divorciarse.

Solución: Mediante la aplicación de las normas de DIPr. en concreto el artículo 1.1.a)⁶; el art. 72⁷ y el art. 3.1.a)⁸ del Reglamento 2201/2003⁹ (Reglamento Bruselas II bis), se determina la competencia judicial internacional. Así, en virtud de estos preceptos, resultan competentes para conocer del divorcio los órganos jurisdiccionales españoles al encontrarse en España la residencia habitual de los cónyuges.

Los jueces españoles deberán continuar aplicando las normas de DIPr. para saber cuál será la ley aplicable al fondo del litigio, al existir, en este caso, varias normas: la ley española y la ley belga. Así pues, los artículos 1.1¹⁰ y 21¹¹ del Reglamento

(ed.), *Práctica de la prueba del Derecho extranjero*. (p. 44). Madrid: La Ley; Virgós, M., Garcimartín, F. (2007). *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*. Pamplona: Civitas. (pp. 517-518).

⁶ Artículo 1.1: «El presente Reglamento se aplicará, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, a las materias civiles relativas: a) al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial».

⁷ Artículo 72: «El presente Reglamento entrará en vigor el 1 de agosto de 2004. [...] El presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en los Estados miembros de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea».

⁸ Artículo 3.1: «En los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro: a) en cuyo territorio se encuentre: — la residencia habitual de los cónyuges [...]».

⁹ Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento 1347/2000.

¹⁰ Artículo 1.1: «El presente Reglamento se aplicará, en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, al divorcio y a la separación judicial».

¹¹ Artículo 21: «El presente Reglamento [...] será aplicable a partir del 21 de junio de 2012 [...] El presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro de conformidad con los Tratados».

1259/2010¹² (Reglamento Roma III) ofrecen la solución a tal cuestión, y en especial los artículos 5.1¹³ y 8¹⁴ del presente Reglamento. Estos dos últimos preceptos, recogen una doble posibilidad. En primer lugar, puede ser que los cónyuges hayan pactado en un convenio la ley aplicable a su divorcio, siempre que sea una de las leyes que prevé el art. 5.1¹⁵ del Reglamento Roma III. No obstante, ante la falta de elección por las partes de la norma aplicable, el artículo 8 del Reglamento establece, mediante la técnica de la norma de conflicto, cuál será la ley a la que estarán sujetos los cónyuges en su proceso de divorcio.

Imaginemos que, en este ejemplo, el matrimonio ha convenido en designar el Derecho belga como ley que rija su divorcio (art. 5.1.c) del RRoma III). Al tratarse de una norma extranjera, distinta a la ley del foro, el art. 281.2¹⁶ LEC precisa su prueba en lo que respecta a su contenido y vigencia, para que pueda ser aplicada al fondo del asunto.

Se trata de un ejemplo muy sencillo pero que sirve para resolver paso por paso las cuestiones referentes a la CJI y LA para finalmente, entrar de lleno en la prueba del Derecho extranjero¹⁷.

¹² Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

¹³ Artículo 5.1: «Los cónyuges podrán convenir en designar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, siempre que sea una de las siguientes leyes: a) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio; b) la ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio; c) la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio, o d) la ley del foro».

¹⁴ Artículo 8: «A falta de una elección según lo establecido en el artículo 5, el divorcio y la separación judicial estarán sujetos a la ley del Estado: a) en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto, b) en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto; c) de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto, d) ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda».

¹⁵ El artículo 5.1 aplicado al presente caso, ofrece la posibilidad de que las partes pacten como ley aplicable al divorcio: el Derecho español (art. 5. a, b, d), o bien, el Derecho belga (art. 5. c).

¹⁶ Artículo 281.2 LEC: «También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. [...] El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación».

¹⁷ En el presente trabajo, el análisis se hace desde la perspectiva de que, ante un determinado litigio privado internacional, los órganos jurisdiccionales competentes para resolver esa cuestión son los Tribunales españoles, y la ley aplicable al caso es una norma extranjera.

3. APLICACIÓN DE LA NORMA DE CONFLICTO PARA DETERMINAR EL DERECHO APLICABLE

Uno de los puntos más controvertidos que se origina en la resolución de un proceso internacional privado, ya sea éste, civil o mercantil, es determinar qué norma jurídica de las concurrentes, aplicará el órgano competente para conocer del asunto y, así, ofrecer una solución al litigio planteado. Tal y como se ha hecho referencia anteriormente, son las normas de derecho internacional privado las que ofrecen una solución a esta cuestión; en concreto, numerosos Reglamentos europeos sobre Ley aplicable, que utilizan la técnica de la norma de conflicto, mediante la cual se determina el Derecho aplicable al caso, así como, normas convencionales y normas de derecho autónomo.

3.1 La norma de conflicto

La norma de conflicto¹⁸ es una técnica de reglamentación indirecta. Esto significa que la norma de conflicto no aporta una respuesta directa al particular problema planteado, sino que a través de una respuesta indirecta nos designa el Derecho aplicable, en cuyas normas materiales está la solución al fondo del asunto¹⁹. Por tanto, la consecuencia de la norma de conflicto es designar la aplicabilidad de un determinado Derecho estatal, localizando allí el supuesto para que el juez competente, pueda dar una solución a las pretensiones de las partes litigantes, mediante la aplicación de tal derecho²⁰.

Ante esta situación puede originarse una doble posibilidad, es decir, que la norma de conflicto designe el Derecho español (ley del foro), o bien, un Derecho extranjero, como ley aplicable. La naturaleza bilateral de la norma de conflicto²¹, tiende a provocar que la autoridad de un concreto país –en nuestro caso España- que aplica las normas de conflicto presentes en el ordenamiento

¹⁸ A mediados del siglo XIX F. K. Von Savigny, introdujo las normas de conflicto como mecanismo de localización indirecta del ordenamiento jurídico estatal concreto que debía aplicarse a la relación jurídica.

¹⁹ La estructura de la norma de conflicto, es distinta a la del resto de normas jurídicas, atendiendo a su especial función y objetivos. Los tres elementos que configuran la norma de conflicto son: el supuesto de hecho, el punto de conexión o criterio de atribución, y la consecuencia jurídica.

²⁰ Font, M. (2011). El artículo 12.6 CC y la imperativa aplicación de la norma de conflicto por parte de los jueces españoles. En Abel, X., Picó, J., Richard, M. (ed.), *La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*. (p. 501). Madrid: La Ley.; Garcimartín, F. J., (1994). *Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial: cinco cuestiones clásicas*. Madrid: Tecnos. (p. 15); Fernández, J. C., Sánchez S. (2013). *Op. Cit.* (pp.128-130).

²¹ Esplugues, C., Iglesias, J. L., Buhigues, Palao G. (2014). *Op. cit.* (p. 271).

jurídico nacional, se vea confrontado en ocasiones con la necesidad de aplicar un derecho privado distinto del propio²².

La existencia de este tipo de normas, viene justificada para garantizar la aplicación del derecho más justo a la relación privada internacional²³.

Según, MARIA FONT I MAS: «*El sistema conflictual presupone la igualdad de los ordenamientos jurídicos que coexisten, de modo que la norma de conflicto localiza el ordenamiento más vinculado a la situación privada concreta*». Para garantizar la seguridad jurídica en la determinación de la ley aplicable, las normas de conflicto tienen que tener un carácter apolítico, es decir, tienen que ser promulgadas sin tener en cuenta los intereses de los Estados en aplicar su propia ley²⁴. En este sentido A. L. CALVO-CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ afirman que: «*A la norma de conflicto le resulta indiferente cuál sea la concreta Ley estatal aplicable a la situación privada internacional. Es una norma “neutra”: lo mismo le da una Ley estatal que otra, ya que todos los derechos estatales son en principio justos*²⁵».

De esta forma, las notas características del sistema conflictual –es un sistema neutro, lógico y completo-, permiten legislar de forma fácil y útil²⁶.

3.2 Consecuencias de la aplicación de la norma de conflicto

Como ya se ha comentado, la propia naturaleza bilateral de la norma de conflicto permite que el derecho aplicable, el cual ha estado previamente determinando de forma indirecta por la norma de conflicto, pueda ser el Derecho Español (ley del foro), o bien, un Derecho extranjero. Ante esta doble situación es conveniente analizar, qué sucede en cada caso.

Supongamos que, ante una controversia privada internacional, los tribunales españoles son los que resultan competentes para conocer del litigio. Una vez determinada la CJI, la norma de conflicto determina que la ley aplicable para resolver el asunto será la ley española, por tanto, la ley del

²² El art. 12.6 CC atribuye carácter imperativo a la norma de conflicto. Por tanto, el juez español está obligado a aplicarla, de la misma forma y términos en que lo está a aplicar el resto de normas del ordenamiento jurídico nacional. *Vid.* apartado 3.3.2 del presente trabajo.

²³ Fernández, J.C, y Sánchez S., (2009). *Derecho internacional privado*. Pamplona: Civitas. (p. 114).

²⁴ Font, M. (2011). *Op. cit.* (pp. 501-502).

²⁵ Calvo, A. L; Carrascosa, J., (2010). *Derecho internacional privado*. Granada: Comares. (pp. 243-245).

²⁶ Font, M. (2011). *Op. cit.* (p. 45).

foro. Aquí coincide el *forum* y el *ius*, de modo que el juez en atención al principio *iuris novit curia* aplicará su propio derecho. Esta solución presenta, a la vez, ventajas y desventajas.

Dentro de la vertiente positiva, esta primera opción, supone comodidad y economía procesal, puesto que el juez competente conoce a la perfección el derecho a aplicar y con ello, se ahorra el costoso proceso probatorio. No obstante, uno de los puntos negativos que puede conllevar es el problema de las situaciones claudicantes, es decir, que la resolución dictada por el juez sea válida en el país donde se ha dictado, pero nula en otros países como consecuencia del derecho aplicado al fondo²⁷.

En cambio, el supuesto contrario, donde el juez español deba aplicar en su jurisdicción un derecho que no es el suyo propio, en principio, no tendría que suponer ningún impedimento, puesto que estamos ante un mundo globalizado e internacionalizado donde se tiene que garantizar la respuesta a los conflictos privados que puedan tener los ciudadanos, todo ello independientemente de traspasar fronteras.

El rol del órgano jurisdiccional aquí es el mismo, es decir, su función es aplicar y fallar conforme lo haría el juez de origen del derecho extranjero, atendiendo al principio de justicia y garantizando el derecho que tienen las partes a obtener una resolución fundamentada en Derecho –en este caso, el derecho extranjero. Por tanto, lo ideal y la finalidad última es que los litigantes obtengan una resolución jurídica igual que si la hubiera dictado el órgano jurídico nacional del Derecho extranjero que se aplica²⁸.

De forma excepcional, el Tribunal podrá eludir la aplicación de la ley extranjera designada por la norma de conflicto, alegando la excepción de orden público internacional. Se trata de un mecanismo que exceptúa resolver el litigio conforme al Derecho extranjero, puesto que éste vulnera los principios informadores del sistema jurídico español, es decir, si se aplicase esta ley se estaría vulnerando los principios jurídicos fundamentales del sistema jurídico del foro²⁹.

Como veremos en los puntos posteriores, en la práctica, la aplicación del derecho extranjero por un tribunal suscita múltiples cuestiones, y no siempre se consigue el objetivo final de la norma de conflicto, es decir, la efectiva aplicación del Derecho extranjero designado por ésta.

²⁷ Font, M. (2011). *Op. cit.* (pp. 57-58).

²⁸ *Vid* nota 28; Garcimartín F. J., (1994). *Op. cit.* (p. 16).

²⁹ Esplugues, C., Iglesias, J. L., Buhigues, Palao G. (2014). *Op. cit.* (pp. 294-296); Carrascosa, J., (8 septiembre 2015) Orden público internacional y contrato de trabajo por tiempo indefinido a favor del Estado. [Post en un Blog]. Recuperado de: <http://accursio.com/blog/?p=423>

3.3 La relación entre el régimen de la prueba del Derecho extranjero y el Derecho conflictual

En el punto precedente se ha indicado que la técnica normativa predominante en el sector del Derecho aplicable es la norma de conflicto multilateral.

En el Derecho comparado, encontramos el modelo imperativo y el modelo facultativo; dos modelos normativos, distintos, que regulan las relaciones entre las normas de conflicto y la acreditación del Derecho extranjero. Cada Estado sigue las líneas generales de uno u otro sistema, con variantes y matices importantes.

El legislador español ha optado por caracterizar a nuestro sistema jurídico con la imperatividad de la norma de conflicto (art. 12.6 CC³⁰), a diferencia de otros ordenamientos que permiten una aplicación facultativa de la misma, quedando en disposición de las partes aplicar o no el Derecho designado por la norma de conflicto, para, en su lugar, resolver conforme a la *lex fori*³¹.

3.3.1 Derecho conflictual comparado: el carácter imperativo o facultativo de la norma de conflicto

Antes de proceder a explicar cómo interpretan, en la práctica, los Tribunales españoles el artículo 12.6 CC, es conveniente incidir, con carácter previo, en los dos modelos teóricos, propuestos como respuestas globales para regular la cuestión de la prueba del Derecho extranjero.

En el *modelo imperativo*, las partes no pueden eludir la aplicación del Derecho designado por la norma de conflicto, puesto que existe una obligación para los jueces de aplicarlo *ex officio*. La consecuencia lógica que se deriva de esta imperatividad, es que los propios enjuiciadores sean, quienes deban informarse y aplicar el Derecho extranjero, aún sin que las partes realicen la actividad mínima probatoria. Por tanto, normalmente, la carga de la prueba no recae sobre las partes.

³⁰ Art. 12.6 CC: «Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español».

³¹ Virgós, M., Garcimartín, F., (2007). *Op. cit.* (p. 518).

El argumento clave sobre el que se sustenta este sistema es considerar al Derecho extranjero como «Derecho» que desarrolla una «función estrictamente jurídica» (A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ). Por tanto, el tribunal que conoce del asunto debe tratar de igual modo la norma extranjera que su propio derecho.

Además, se pretende garantizar el principio de seguridad y justicia en el tráfico internacional, evitando soluciones distintas ante supuestos iguales.

Italia, Bélgica y Suiza, son un ejemplo de los países que han otorgado a la norma de conflicto un carácter imperativo³².

El *modelo facultativo*, también conocido como el modelo de aplicación del Derecho extranjero a instancia de parte, se caracteriza como su propio nombre indica, porque el derecho foráneo lo deben probar las partes. Las normas de conflicto solo son aplicables si así lo requieren las partes. Por tanto, la aplicación del Derecho extranjero queda supeditado a su voluntad; así en el caso que los litigantes obvien el elemento de extranjería, el cual justifica la aplicación de la norma de conflicto, y por el contrario, invoquen directamente el derecho material del foro (en nuestro caso, el Derecho español), el órgano jurisdiccional competente resolverá conforme a éste, despreocupándose del problema conflictual. Así, la carga de la prueba recae sobre las partes que tendrán que informarse del contenido del Derecho extranjero (en el caso que quieran alegarlo en juicio), puesto que el juez no está obligado a aplicarlo si las partes no le prueban su contenido.

Los argumentos sobre los que se construye este modelo facultativo son principalmente tres: el criterio de economía procesal, al resultar el proceso probatorio del Derecho extranjero un coste para las partes; la dedicación de tiempo extra y esfuerzo que le supone al juez el hecho de estudiar el Derecho extranjero, que con toda seguridad, no conoce y que, además, es muy probable que pertenezca a una tradición jurídica distinta a la suya, reduciendo, así, las garantías de una correcta aplicación. El tercero de los argumentos que lo justifica, viene dado por una norma de conflicto mal diseñada que puede comportar la aplicación de un Derecho poco vinculado con el supuesto. Entre los países que siguen este modelo, si bien con matices importantes, destacan Argentina, Francia, Reino Unido, Brasil, entre otros.³³

³² Calvo, A., Carrascosa, J. (2006). La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles. *Anuario español de derecho internacional privado*. Vol. 54, n°2, pp. 64-66; Virgós, M., Garcimartín, F., (2007). *Op. cit.* (pp. 518-519); Font, M. (2011) *Op. cit.* (pp.507-510); Calvo, A., Carrascosa, J. (2006). *Op. cit.* (pp. 241-280).

³³ *Vid.* Nota 32.

Antes de proceder a explicar en qué grupo se encuentra el sistema español, creo conveniente exponer las peculiaridades básicas del sistema facultativo inglés, para entender con mayor facilidad la práctica del sistema conflictual español.

El *conflict of laws* se caracteriza por considerar al Derecho extranjero como un *hecho* que debe ser probado por las partes. En el Reino Unido, a falta de prueba en contrario, existe la presunción de que el Derecho extranjero es igual que el Derecho inglés. Por tanto, en el sistema anglosajón, para que se aplique el derecho foráneo en una controversia, la parte interesada debe alegarlo y probarlo, puesto que la aplicación de la norma de conflicto es voluntaria. Los tribunales británicos no prevén la posibilidad de investigar y aplicar de oficio el derecho foráneo.

Según A. BRIGGS, para que el juez británico aplique una ley extranjera se deben cumplir las siguientes cuatro condiciones:

- 1- La aplicación de las normas de conflicto inglesas (choice of law rules) deben disponer que el Derecho foráneo es el principalmente aplicable a la cuestión.
- 2- El Derecho extranjero no debe ser contrario o estar prohibido por el derecho inglés.
- 3- La parte que alega el Derecho extranjero debe defender su aplicabilidad.
- 4- Esta misma parte debe aportar y probar tal Derecho extranjero ante el Tribunal, como si de un *hecho* se tratase.

Si se dan los 4 requisitos establecidos, el juez está obligado a aplicar las leyes extranjeras que resulten; ahora bien, ante el silencio de las partes o la insuficiencia de prueba, el juez aplica su *lex fori*, es decir, la Ley inglesa³⁴.

Una vez expuesto los dos modelos normativos, se debe explicar qué sistema ha seguido el legislador español. Sin embargo, antes de proceder a eso, es necesario estudiar el art. 12.6 CC, puesto que indica cómo se deben aplicar las normas de conflicto españolas.

³⁴ Font, M. (2011). *Op. cit.* (p. 56); Crawford, E., Carruthers, J., (2011). United Kingdom. En Esplugues, C., Iglesias, J. L, Buhigues, Palao G., (ed.), *Application of foreign law.* (pp. 75- 82). Múnich: Sellier.

3.3.2 El artículo 12.6 del Código Civil: imperatividad de la norma de conflicto

En el capítulo IV del Código Civil, hay un concreto artículo que recobra suma importancia en el análisis de la problemática de la prueba del derecho extranjero ante los tribunales españoles: el art. 12.6 CC que dice lo siguiente: «*Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español*».

Para poder entender la respuesta jurisprudencial sobre la forma de aplicar la norma de conflicto española, es necesario analizar el contenido del artículo 12.6 del Código civil, tanto el redactado anterior como el vigente.

Tras la reforma del Título Preliminar del Código civil de 1974³⁵, el artículo 12.6 CC quedó redactado con el siguiente contenido: «*1. Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español. 2. La persona que invoque el Derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas*».

En el análisis, del hoy en día derogado texto, quedaba patente en su apartado primero, la imperatividad de las normas de conflicto, las cuales debían ser aplicadas de oficio por parte del juez o autoridad. El apartado segundo, hacía referencia a cuestiones de fuerte carácter procesal, entre ellas, a quién correspondía la carga de la prueba del derecho foráneo, así como los medios de prueba y el rol del juez. Por eso, la mayoría de la doctrina reclamó que el segundo punto, se encontrase fuera de la regulación del Código Civil, fin que se consiguió con la reforma de la Ley de enjuiciamiento civil del año 2000³⁶.

Si comparamos el redactado actual del art. 12.6 CC, con el anterior apartado primero del derogado 12.6 CC, observaremos que su contenido no ha variado ni un ápice; rige el mismo redactado que

³⁵ Con la reforma, aparte de modificar las normas de conflicto, se cubrió el vacío legal existente respecto a la aplicación judicial y extrajudicial del derecho extranjero, puesto que hasta entonces la respuesta en este ámbito era puramente jurisprudencial. La tendencia era aplicar el derecho del foro excusándose mayoritariamente ante la falta de prueba del derecho extranjero. No obstante, la doctrina internacional privatista ya entonces, se mostraba contraria a esa determinada práctica judicial, recriminando la correcta aplicación del sistema conflictual previsto en el Código Civil. Font. M., (2011). *Op. cit.* (pp. 510-511); Fernández, J. C. (1995). Artículo 12. En Fernández, J. C., (ed.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (p. 991). Madrid: Edersa.

³⁶ Font. M., (2011). *Op. cit.* (p. 511); Álvarez, S. (2002). La aplicación judicial del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional. *Anuario español de derecho internacional privado*. Vol. 54, nº 1, pp. 206.

el anterior punto primero del artículo 12.6 CC. Esto refleja el carácter *ius cogens*³⁷ de las normas de conflicto, quedando manifiesto la aplicación obligatoria por parte del juez o autoridad competente del derecho designado, aunque éste no sea el derecho español (derecho del foro).³⁸

Siguiendo el esquema de análisis, tras la lectura del vigente artículo 12.6 CC, se derivan tres ideas claras³⁹:

- 1) En primer lugar, la naturaleza imperativa de la norma. El operador jurídico está obligado a aplicarla cuando esté ante un caso que presente un elemento de extranjería.
- 2) En segundo lugar, en relación con la afirmación anterior, si las partes no alegan la aplicación de la norma de conflicto, el tribunal o autoridad competente deberá aplicarla de oficio, en atención a su imperatividad.
- 3) En tercer lugar, la norma de conflicto es imperativa y se aplica de oficio con independencia de su origen, sea ésta estatal o de origen convencional o institucional, siempre que estos últimos textos vinculen a nuestro país. Por tanto, en nada ha de influir la norma de conflicto.

3.3.3 La postura de la jurisprudencia española ante la imperatividad de la norma de conflicto

A tenor del artículo 12.6 CC, el sistema conflictual español mantiene la obligatoriedad de aplicación de oficio de las normas de conflicto, ante lo cual, el juez, por mandato *ius cogens*, debería aplicar la ley designada por la norma de remisión. La consecuencia es la consideración formal de incluir o definir el sistema conflictual español como un modelo imperativo, caracterizado por la aplicación *ex officio* de las normas de conflicto por parte de los jueces.

A pesar de la claridad de la norma 12.6 CC, la práctica jurídica resulta ser distinta.

³⁷ En la exposición de Motivos del Decreto 1837/1974 se disponía expresamente el carácter *ius cogens* de la norma de conflicto.

³⁸ Font. M., (2011). *Op. cit.* (p. 512); Calvo, A., Carrascosa, J. (2006). La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles. *Anuario español de derecho internacional privado*. Vol. 54, nº2, pp. 68. Martínez Rivas, Francisco. (2010). *La prueba del Derecho extranjero en la Jurisprudencia Española*. Tesis doctoral no publicada. Universidad Católica San Antonio de Murcia. Departamento de Ciencias Sociales Jurídicas y de la Empresa. Murcia.

³⁹ Esplugues, C., Iglesias, J. L., Buhigues, Palao G. (2014). *Op. cit.* (p. 277).

En palabras de ESPLUGUES MOTA⁴⁰: «*La imperatividad de la norma de conflicto se ve directa y negativamente afectada por la exigencia de prueba por las partes del Derecho extranjero. Ello puede conducir a que el juez aplique de oficio la norma de conflicto del sistema español de DIPr, que dicha norma remita la regulación de la específica situación planteada a un concreto ordenamiento jurídico y que, finalmente, dicho ordenamiento no sea susceptible de aplicación ante la ausencia de prueba del mismo por las partes*».

Por tanto, ante la naturaleza imperativa de las normas de conflicto, el sistema español formaría parte del grupo de Estados que siguen un modelo imperativo. Sin embargo, la práctica, en este caso, es bien distinta.

Nuestro sistema de Derecho positivo, establece en sus artículos 12.6 CC, 281.2 LEC y 33 LCJI la relación entre el carácter de las normas de conflicto y el régimen procesal del Derecho extranjero. El resultado es un *modelo indeterminado* puesto que se impone al juez la obligación de aplicar las normas de conflicto (12.6 CC), y por otro lado, la carga de probar el Derecho extranjero a las partes (281.2 LEC Y 33 LCJI). Así pues, las partes tienen la posibilidad de escoger aplicar la ley del foro, no probando el Derecho extranjero, frustrando, así, el mandato del legislador español.

Por tanto, podría considerarse el sistema conflictual español como un sistema *sui generis*, es decir, un sistema conflictual facultativo⁴¹.

En efecto, por más que exista una disposición específica que declare que la norma de conflicto debe aplicarse imperativamente, solo es posible respetar este mandato si existen instrumentos procesales adecuados⁴².

⁴⁰ Vid. nota 39.

⁴¹ Font. M, (2011). *Op. cit.* (p. 53); Virgós, M., Garcimartín, F., (2007). *Op. cit.* (pp. 519-520).

⁴² Orejudo. P., (2011). Imperatividad de la norma de conflicto y prueba del Derecho extranjero en los reglamentos sobre ley aplicable a las situaciones privadas internacionales. En Abel, X., Picó, J., Richard, M. (ed.), *La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, laboral y contencioso-administrativa.* (p. 481). Madrid: La Ley.

4. TRATAMIENTO PROCESAL DEL DERECHO EXTRANJERO

Desde hace más de un siglo existe una problemática que hoy en día aún está sin resolver. Es la cuestión referente al régimen jurídico de la prueba del Derecho extranjero, y con ella el deber de alegación o no del Derecho foráneo.

Para poder dar respuesta a este dilema es preciso previamente, contextualizar los antecedentes históricos de la Sala Civil del Tribunal Supremo y el derogado art. 12.6.II CC, para posteriormente analizar la situación actual, con el estudio de los preceptos 281.2 LEC y 33 LCJL.

4.1. Sistema anterior

En el siglo XIX la Sala Primera del Tribunal Supremo elaboró una serie de reglas para determinar el tratamiento procesal del Derecho extranjero en España, ante la ausencia de regulación en la redacción originaria del Código Civil de 1889.

Se pueden resumir tres grandes reglas o proposiciones⁴³:

- 1) El Derecho extranjero debe ser alegado siempre por las partes interesadas al no tratarse procesalmente como *Derecho*, pues ello resultaría un atentado contra la soberanía española, ya que supondría aceptar en España ‘mandatos de soberanos extranjeros’. Por tanto, para el TS, el Derecho extranjero se comporta como un hecho procesal⁴⁴.
- 2) El juez tiene la facultad, pero no la obligación de intervenir en la prueba del Derecho extranjero. No obstante, el TS nunca indicó cuándo el juez podía intervenir, por lo que resultaba discrecional⁴⁵.
- 3) El tribunal deberá resolver con arreglo al Derecho material español, si la parte interesada no prueba el Derecho extranjero⁴⁶.

⁴³ Calvo. A. L., Carrascosa, J. (2006) *Op. cit.* (p. 68).

⁴⁴ Algunas de las sentencias donde el TS recoge esta primera regla son: STS 21 junio 1864, STS 20 marzo 1877, STS 7 noviembre 1896, STS 1 febrero 1934, STS 5 noviembre 1971.

⁴⁵ Algunas de las sentencias donde el TS recoge esta segunda regla son: STS 26 mayo 1887, STS 30 enero 1930, STS 14 diciembre 1940.

⁴⁶ Algunas de las sentencias donde el TS recoge esta tercera regla son: STS 16 diciembre 1960, STS 10 diciembre 1966, STS 9 mayo 1988.

Así pues, a lo largo del siglo XX los tribunales españoles siguieron de forma unánime las reglas elaboradas por la Sala Primera del TS, sin que los cambios legislativos posteriores (art. 12.6.II CC y la Constitución española de 1978) tuvieran la más mínima repercusión en el campo del tratamiento procesal del Derecho extranjero. Esto fue así ante la falta de coherencia entre los dos apartados del art. 12.6 CC⁴⁷, puesto que en el primero de ellos se recogía el carácter de norma jurídica del derecho extranjero; sin embargo, el punto segundo lo consideraba como un hecho al atribuir la carga de la prueba del derecho extranjero a la parte que lo hubiere invocado, eso sí, facultando al Tribunal a colaborar en su investigación. Por tanto, la falta de claridad del art. 12.6 CC dio lugar a distintas interpretaciones⁴⁸, imponiéndose la tendencia que hasta ahora había mantenido el TS, es decir, la de considerar al Derecho foráneo como un hecho⁴⁹.

4.2. Sistema actual

Hoy en día, tras la derogación del punto segundo del artículo 12.6 CC por la entrada en vigor de la LEC 1/2000, son dos los preceptos reguladores de la prueba del Derecho extranjero: el art. 281.2 LEC y como consecuencia de la promulgación de la nueva Ley de cooperación jurídica internacional, aparece en juego una nueva disposición, el art. 33 LCJI.

Todas las cuestiones derivadas de la prueba del Derecho extranjero que contienen los dos citados preceptos tienen una especial consideración, dado su carácter abierto, susceptibles de ser analizadas con detenimiento, puesto que no existe una interpretación unánime al respecto, ni doctrinal ni jurisprudencialmente.

⁴⁷ Art. 12.6.II CC: «1. Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español. 2. La persona que invoque el Derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas.»

⁴⁸ Algunas sentencias optaron por la interpretación contraria, es decir, en defecto de prueba por las partes, el juez tenía la obligación de probar el Derecho extranjero. (SAP Oviedo, Sec. 4.ª, 13 marzo 1990, SAP Granada, Sec. 3.ª, 12 febrero 1992).

⁴⁹ Calvo, A. L., Carrascosa, J. (2006) *Op. cit.* (pp. 68-69); Cerrato, E., (2011) El onus probandi del Derecho. En Picó, J., (ed.), *Práctica de la prueba del Derecho extranjero.* (pp.75-78) Madrid: La Ley; Calvo, A. L., Carrascosa, J. (2000) Aplicación del Derecho extranjero en España y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. *Tribunales de Justicia*, nº 11, pp. 1.155-1.157.

4.2.1. Análisis desde la perspectiva del art. 281.2 LEC

4.2.1.1. Alegación del Derecho extranjero. ¿Es el Derecho extranjero una cuestión de hecho o de Derecho?

El artículo 281.2 LEC es una de las normas reguladoras de la prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles. Es imprescindible fijar su redacción, para poder observar su carácter abierto e indefinido a consecuencia del cual, tenemos hoy en día, una falta de uniformidad en relación a la configuración jurídica del derecho extranjero (si se considera hecho o Derecho), originando una heterogeneidad de tesis jurídicas.

El contenido del art. 281 LEC reza lo siguiente: «1. La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso. 2. También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. [...] El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación».

Se trata de una norma que ofrece una regulación parcial, es decir, no termina de completar de forma exhaustiva su contenido, ofreciendo así, una regulación de líneas generales. El legislador, ha optado por habilitar legalmente a los operadores jurídicos, para que sean éstos, los que finalmente acaben delimitando jurisprudencialmente su interpretación⁵⁰.

La principal y más importante consecuencia que se deriva de la naturaleza tan abierta del art. 281 LEC, es la falta de uniformidad en cuanto a considerar el Derecho extranjero como un hecho procesal o como un Derecho. Existe una discusión enfrentada entre la jurisprudencia y la doctrina.

Este conflicto, viene ocasionado por el derogado art. 12.6.II CC y el apartado segundo del art. 281 LEC. Es evidente que existe un cambio sustancial, en la regulación anterior respecto de la actual, en la que se pasa de establecer expresamente que la carga de la prueba del Derecho extranjero corresponde a las partes, a desaparecer, en la nueva regulación, la expresa mención a la carga probatoria del Derecho foráneo. Por tanto, el hecho de que la normativa en vigor no resuelva la cuestión difusa de la carga de la prueba del Derecho extranjero, ha dado lugar a distintas

⁵⁰ Carrascosa, J. (2006). Cinco años después de la LEC 1/2000: Algunos interrogantes en torno a la prueba del Derecho extranjero. *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*. Vol. 1, nº1, pp. 3; Cerrato, E., (2011) *Op. cit.* (pp. 78-79).

interpretaciones que resultan contradictorias entre sí, diferenciando de este modo, cuál es la postura mayoritaria que respalda la doctrina y cuál la jurisprudencia⁵¹.

La práctica judicial, en su mayoría, sigue anclada a la centenaria jurisprudencia del TS, de considerar el Derecho extranjero como un hecho (STS 25 enero 1999⁵²). Esto es así, en parte, porque interpretan el art. 281.2 LEC en el sentido del derogado art. 12.6.II CC; pero también, porque el art. 281.2 sigue exigiendo la prueba de la norma extranjera; es decir, el hecho de seguir manteniendo el término «prueba» puede inducir al error de imputarla a las partes (como sucedía en el antiguo art. 12.6.II CC). Por ello, sería conveniente cambiar el término «probar» por «verificar» o «averiguar», para reafirmar que no estamos ante una autentica actividad probatoria y que, por tanto, resulta imposible asimilar la prueba del Derecho extranjero a la prueba de los hechos⁵³.

En cambio, la doctrina científica ha optado por una interpretación totalmente distinta. Dentro del mismo grupo hay división; están los que consideran el Derecho extranjero como un Derecho y, por otro lado, los que lo consideran como un *tertium genus* entre el Derecho y los hechos procesales. No obstante, la primera postura cuenta, únicamente, con el apoyo de una minoría doctrinal, puesto que la mayoría respalda la última opción al considerarla como la que mejor se ajusta al tenor del art. 281 LEC⁵⁴.

Por tanto, si analizamos la literalidad de este precepto, se entiende que el Derecho extranjero no es un hecho procesal. El precepto separa una cosa de la otra. De esta forma, en el primer apartado se refiere a la necesidad de prueba de los hechos, mientras que en el segundo punto menciona la prueba de la costumbre y del Derecho extranjero. Según M. V. CUARTERO RUBIO: «este trato probatorio conjunto de la costumbre y del Derecho extranjero, es un claro síntoma de que no se

⁵¹ Caravaca, A. L., Carrascosa, J. (2000) *Op. cit.* (pp. 1.155-1.170); Cerrato, E. (2011) *Op. cit.* (pp. 78-80).

⁵² El TS afirma que «el Derecho extranjero supone una cuestión de hecho, y como tal ha de ser alegada por la parte invocante, siendo necesario acreditar tanto la exacta entidad del Derecho vigente, como su alcance y autorizada interpretación».

⁵³ Cerrato, E. (2011) *Op. cit.* (p. 81); Picó, J. (2011) La prueba del Derecho extranjero: ¿Dónde está el problema? En Picó, J. (ed.) *Práctica de la prueba del Derecho extranjero*. (pp. 34-33) Madrid: La Ley; Virgós, M. Garcimartín, F. J. (2007) *Op. cit.* (pp. 526-527). Cerrato, E. (2011) *Op. cit.* (p. 82).

⁵⁴ Virgós, M., Garcimartín, F. J. (2007) *Op. cit.* (p. 528); Alonso-Cuevillas, J. (2007) *Las normas jurídicas como objeto de prueba. Tratamiento del derecho extranjero y de la costumbre en el proceso civil español*. Valencia: Tirant lo Blanch (pp. 27-113 y 155-162); Carrascosa, J., (13 junio 2015) Breves reflexiones sobre la STS 17 abril 2015. Principio de adquisición procesal y prueba del Derecho extranjero y muchas cosas más. [Post en un Blog]. Recuperado de: <http://accursio.com/blog/?p=423>;

trata de simples hechos, sino de auténticas fuentes del Derecho, aunque también deban ser probados»⁵⁵.

Por tanto, su particular naturaleza hace que a veces el Derecho foráneo sea asimilable a la condición procesal de los hechos (al ser las partes las que deban intentar acreditar el derecho extranjero) y en otras ocasiones, a las normas jurídicas nacionales (en el caso que la aportación de parte fuere insuficiente, el Tribunal lo puede averiguar de oficio), quedando acreditado el carácter procesalmente híbrido del Derecho extranjero.

Ahora bien, parece ser que la práctica del TS, así como otros, órganos judiciales inferiores, ha variado, adaptándose a los nuevos tiempos.

La reciente sentencia del TS 17 de abril de 2015⁵⁶ viene a respaldar con sus argumentos el carácter *tertium genus* del Derecho extranjero. Destaca el siguiente razonamiento: «*Si de acuerdo con la norma de conflicto española es aplicable el Derecho extranjero, la exigencia de prueba del mismo no transforma el Derecho extranjero, en cuanto conjunto de reglas para la solución de conflictos, en un simple hecho...*». El TS entiende que el Derecho extranjero no es un mero hecho procesal, puesto que, si así fuese, el tribunal no podría intervenir en su prueba; además, tampoco despliega las mismas funciones que los hechos en el proceso, puesto que su función es estrictamente jurídica, consistente en solventar el fondo del litigio (SAP Tarragona 13 abril 2011). Además, prosigue diciendo que: «*El régimen de prueba del Derecho extranjero en el proceso judicial desarrollado en España es el régimen de prueba que el legislador ha previsto para los ‘hechos procesales’.* El Derecho extranjero recibe un tratamiento similar al que reciben los hechos, pues debe ser objeto de alegación y prueba». El tratamiento jurídico de los “hechos procesales” y del Derecho extranjero es “similar”, pero no “igual” o “el mismo”: los “hechos procesales” y “Derecho extranjero” son realidades diferentes».

Por tanto, se observa un cambio de paradigma en las sentencias del TS, que empiezan a desvincularse de la arcaica consideración del Derecho extranjero como un hecho procesal, para seguir la interpretación mayoritaria de la doctrina y adaptarse mejor a la literalidad del art. 281.2 LEC, es decir, considerar el Derecho extranjero como un *tertium genus*.

⁵⁵ Fernández, J. C, Sánchez, S. (2013) *Op. cit.* (p.163).

⁵⁶ Carrascosa, J., (13 junio 2015) Breves reflexiones sobre la STS 17 abril 2015. Principio de adquisición procesal y prueba del Derecho extranjero y muchas cosas más. [Post en un Blog]. Recuperado de: <http://accursio.com/blog/?p=423>;

4.2.1.2. ¿Quién debe probar el Derecho extranjero?

Partiendo de la indiscutible prueba del Derecho extranjero, en virtud de los art. 281.2 LEC y 33 LCJI, aparece un nuevo interrogante: a quién corresponde su prueba: a las partes, al estar ante una carga procesal; o también al Tribunal, por ser una cuestión de Derecho.

Como se ha indicado con anterioridad, la jurisprudencia mayoritaria entiende que son las partes quienes han de probar y alegar el derecho extranjero, si pretenden fundamentar sus pretensiones en base a esa norma foránea, puesto que el rol del juez queda supeditado a la facultad -que no obligación- de intervenir en su investigación a través de los medios e instrumentos a su alcance.

No obstante, la naturaleza facultativa del inciso final del art. 281.2 LEC hace que se contradiga con el carácter imperativo de la norma de conflicto (12.6 CC). Para intentar solucionar esta ambigüedad, el Tribunal Constitucional emitió una sentencia, cuya finalidad era solventar esta aparente contradicción entre el art. 281.2 LEC *in fine* y el art. 12.6 CC.

La sentencia en cuestión (STC 10/2000⁵⁷) viene a decir que, si la parte interesada es procesalmente diligente, aportando pruebas sobre el contenido y vigencia del Derecho extranjero, utilizando todos los medios probatorios a su alcance, y aun así, el juez considera que no le ha estado suficientemente probado, puesto que no ha quedado convencido sobre su contenido, el juez *debe* averiguar por su cuenta la norma extranjera con la finalidad de formarse un concepto más claro. El TC, en palabras textuales, entiende que: *«hubiese exigido a los órganos judiciales, y dadas las singularidades del caso, una más activa participación en la consecución de dicha prueba una vez que se aportó un principio de prueba, sin que en momento alguno del procedimiento se dé razón de por qué no se acudió a otras medidas complementarias, habida cuenta de la facultad que el art. 12.6.II CC (actual 281.2 LEC) confiere a los órganos judiciales»*.

El TC responsabilizó al órgano jurisdiccional por haber truncado la correcta práctica de la prueba y no haber prestado a la parte la debida colaboración a través de los instrumentos de cooperación judicial internacional, cuando había existido una diligencia probatoria por parte de la litigante interesada. Por tanto, la configuración del Derecho extranjero como hecho y Derecho, en lo

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, 10/2000, de 17 de enero de 2000.

referente a la prueba de la ley extranjera, exige la responsabilidad compartida de las partes y el órgano judicial⁵⁸.

Cuestión distinta, según la STC 10/2000, es que ninguna de las partes invoque el Derecho extranjero, o que alegándolo no aporten prueba sobre el mismo, ya que, en tal caso, el juez debe resolver conforme a Derecho español, puesto que no ha tenido lugar una mínima diligencia probatoria por las partes.

Sin embargo, el pronunciamiento constitucional, parece no haber causado gran repercusión en la práctica judicial, puesto que los aplicadores del derecho entienden que si la norma extranjera no les ha resultado suficientemente probada, ocasionándoles dudas conceptuales, en vez de utilizar los propios medios a su alcance, optan por resolver el litigio en base al derecho del foro (opción que adopta la Sala Civil del TS: STS 25 enero 1999, STS 29 diciembre 2003, STS 4 julio 2006), o bien, desestimar la demanda (la Sala de lo Social del TS: STS 22 mayo 2001, 25 mayo 2001). Por tanto, los jueces adoptan un papel pasivo, interpretando tal facultad en el sentido más estricto, desaprovechando la posibilidad que tienen de ayudar a las partes en la investigación del Derecho, no cumpliendo con el carácter imperativo de las normas de conflicto (12.6 CC), y la STC 10/2000⁵⁹.

Para complicar aún más la cuestión, y poner de manifiesto la total divergencia jurisprudencial entorno a este ámbito, el TS en la sentencia 10 junio 2005, se desvincula de su línea mayoritaria de apreciación, abriendo un nuevo camino, mediante tal pronunciamiento: *«en efecto, los hechos están regidos por la regla de aportación de parte (quod non est in actis non est in mundo), mientras que, en nuestro ordenamiento, el Tribunal está facultado para valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para la aplicación del Derecho extranjero (artículo 12.6.2 CC, redacción anterior a la Ley 1/2000, de 7 de enero, LEC que era la vigente al interponerse la demanda, y artículo 281.2 de esta última Ley), lo que significa tanto como que debe aplicarlo si es que lo conoce y, al fin, que de hecho la aportación de parte sólo sea necesaria para suplir aquella información. Por otro lado, la norma jurídica extranjera viene designada por la de conflicto del foro, que pertenece al ordenamiento que el Tribunal debe aplicar de oficio (artículo 12.6 CC). Como consecuencia el derecho extranjero no tiene que ser*

⁵⁸ Adan, F. (2011) Consecuencias de la falta de prueba del Derecho extranjero. En Picó, J., (ed.), *Práctica de la prueba del Derecho extranjero*. (pp.94-96) Madrid: La Ley. En el mismo sentido: Virgós, M., Garcimartín. F. J. (2007) *Op. cit.* (pp. 528-530); Fernández, J. C., Sánchez, S. (2013) *Op. cit.* (pp.163-166).

⁵⁹ Vid. nota 58; Calvo, A. L., Carrascosa, J. (2006) *Op. cit.* (pp. 72-73).

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, por más que ello sea para darle el tratamiento procesal que corresponda. Lo que han de alegar las partes son hechos que, por la concurrencia de elementos extranjeros, se subsuman bajo la previsión de la norma de conflicto. Basta con tal alegación para que, como efecto de dicha norma, se considere que el litigio debe resolverse según el Derecho extranjero en la misma designado».

Por tanto, esta sentencia del TS incluye una nueva línea al establecer que el Derecho extranjero se aplica en virtud de la norma de conflicto, con independencia de que las partes lo aleguen previamente en el procedimiento; el juez lo tiene que aplicar, aunque las partes no lo prueben⁶⁰.

4.2.2. Análisis desde la perspectiva del art. 33 LCJI

Como se ha expuesto al inicio del presente epígrafe, el segundo de los artículos que regula las cuestiones procesales de la prueba del Derecho extranjero, es el recién art. 33 LCJI. En sus cuatro puntos, recoge aspectos novedosos, necesarios de estudio, al establecer contradicciones con el art. 281.2 LEC.

Ante la falta de investigaciones doctrinales, así como de jurisprudencia, sobre el alcance de este novedoso artículo, toda la interpretación que se expone a continuación, se realiza desde la perspectiva del art. 281.2 LEC, estableciendo las diferencias y contradicciones que se observan.

En el tema que nos ocupa, tiene especial trascendencia el punto tercero del art. 33 LCJI, el cual establece: *«Con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español.»*

Es un punto controvertido al ser objeto de posibles interpretaciones. Por una parte, se puede entender que el legislador, en la nueva regulación, ha optado por concretar a quién corresponde probar el Derecho extranjero, atribuyendo de forma expresa que tal carga recae sobre las partes, rompiendo con la consideración del art. 281.2 LEC de despersonalizarla.

⁶⁰ Calvo, A. L., Carrascosa, J. (2006) *Op. cit.* (p. 74); Carrascosa, J. (2006) *Op. cit.* (pp. 5-6).

La consecuencia más evidente, de interpretar en este sentido el precepto, es el cambio de la naturaleza procesal del Derecho extranjero, es decir, se pasa de un carácter híbrido entre *Derecho* y *hecho* (al prever el art. 281.2 LEC, una participación del tribunal en la aplicación de la norma extranjera), a una concepción del Derecho extranjero, puramente como un *hecho procesal*, puesto que el art. 33 LCJI en ninguno de sus apartados, hace referencia al rol que pueda jugar el juez en la prueba del Derecho extranjero –a diferencia del art. 281.2 *in fine*–, cerrándole su participación en este ámbito, afirmando de forma indirecta la naturaleza de *hecho procesal* del Derecho foráneo.

Esto se justifica, puesto que, si la intención del legislador hubiese sido la de mantener el carácter *tertium genus* del Derecho extranjero, hubiera optado por omitir ‘*por las partes*’ dejando la redacción así: «*Con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español.*»; estando en sintonía con lo que prevé el art. 281.2 LEC, es decir, tanto las partes como el tribunal pueden intervenir en la práctica de la prueba del Derecho extranjero.

Ahora bien, es muy posible que el art. 33.3 LCJI pueda ser objeto de otras interpretaciones, que sean más acordes con la línea interpretativa del art. 281.2 LEC y el art. 12.6 CC, para evitar cuestionar la naturaleza *ius cogens* de las normas de conflicto, así como, el papel de los órganos jurisdiccionales en la averiguación de la norma extranjera.

Se tendrá que esperar a los pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales –en concreto, los de éstos últimos, al ser los aplicadores del Derecho– para observar como interpretan el contenido del artículo en cuestión y la verdadera incidencia en este campo, es decir, si supone un cambio unificador, o por el contrario se continua con la dualidad práctica: colaboración del juez en la investigación del Derecho extranjero ante una diligencia probatoria de las partes, o bien, ante la falta de alegación, o si no resulta suficientemente probado, el juez no realizará ningún esfuerzo en aplicar *ex officio* el derecho extranjero.

4.2.3. Carga de la prueba del Derecho extranjero

La literalidad del artículo 281.2 LEC, permite que el Derecho extranjero sea probado tanto por las partes litigantes –sin identificar si deben hacerlo las dos indistintamente, o solo la parte que basa sus pretensiones en el Derecho a probar– como por el órgano judicial.

En este apartado solo va a ser objeto de análisis la carga de la prueba del Derecho extranjero a instancia de parte, para esclarecer a qué parte corresponde probarlo, ante la falta de concreción del art. 281.2 LEC.

Ante un litigio con elementos de extranjería, en el que la norma de conflicto determina que la ley aplicable a ese caso es una norma diferente a la Ley del foro, las partes deberán probar el Derecho extranjero para su posterior aplicación por parte del juez. Es cierto que la LEC no indica si corresponde al demandante o al demandado la pertinente prueba. En tal caso, ante la falta de indicación legal, se aplicarán las reglas generales, esto es el artículo 217.2 y el artículo 3 LEC, en virtud del cual el demandante debe alegar y probar el Derecho extranjero si fundamenta en él su demanda, y el demandado deberá hacer lo mismo si basa en él su contestación a la demanda o su reconvención. Así lo recoge expresamente el TS en su jurisprudencia: *“Por ello, el segundo párrafo del artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige la prueba de “su contenido y vigencia”, si bien, de acuerdo con el principio de adquisición, la Ley de Enjuiciamiento Civil no pone la prueba a cargo de “la persona que invoque el derecho extranjero”*.

De este pronunciamiento deriva un perjuicio que deberá soportar el demandado, si éste no prueba el Derecho extranjero. Según CARRASCOSA GONZÁLEZ: *«La conclusión del TS es injusta puesto que no solo obliga al demandado a soportar la inactividad probatoria del demandante, sino que es contraria a la imperatividad de la norma de conflicto (art. 12.6 CC) y al principio de congruencia (art. 218 LEC)»*. Por tanto, el demandado debe estar muy atento, puesto que, si para garantizar su estrategia procesal es vital la aplicación del derecho extranjero, éste deberá probarlo (en el caso que el demandante no lo pruebe), no sirviendo simplemente la contestación a la demanda y a decir en ella que corresponde al demandante probar dicho Derecho, (sin probar el demandado el Derecho), puesto que en tal caso, el tribunal aplicará el derecho material español, siguiendo así, la jurisprudencia del TS⁶¹.

⁶¹ Carrascosa, J. (2006) *Op. cit.* (pp. 5-6); Carrascosa, J., (13 junio 2015) Breves reflexiones sobre la STS 17 abril 2015. Principio de adquisición procesal y prueba del Derecho extranjero y muchas cosas más. [Post en un Blog]. Recuperado de: <http://accursio.com/blog/?p=423>;

4.2.4. Objeto de la prueba del Derecho extranjero

El redactado del art. 281.2 LEC «[...]El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia [...]», y el art. 33.1 LCJI: «La prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero se someterá a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones aplicables en la materia», establecen cual será el objeto de prueba del Derecho extranjero.

Para poder definir bien en qué consiste este objeto debemos plantearnos las siguientes cuestiones:

- 1- ¿Qué debe entenderse por probar el contenido y vigencia del Derecho extranjero convocado por la norma de conflicto española?
- 2- ¿Es suficiente probar sólo ambos extremos, o es preciso probar, además, otros aspectos del Derecho extranjero?

Una vez más, la LEC no ofrece un pronunciamiento al respecto. Igual de ambiguo es el art. 33.1 LCJI, al limitarse a hacer una remisión genérica –sin especificar los preceptos concretos– a las normas de la LEC reguladoras de tal cuestión; se entiende que, en particular, hace referencia al art. 281.2 LEC, puesto que regula de forma expresa este tema, pero dejando la puerta abierta a otros posibles preceptos de la LEC que sean aplicables. Además, el art. 33.1 LCJI *in fine*, también establece que, aparte de la LEC, la prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero, se someterá a las demás disposiciones aplicables en la materia. Este último inciso, se caracteriza por su incierto significado; el legislador no ha querido que las normas de la LEC sean la únicas en regular el objeto de la prueba del Derecho extranjero, por eso, ha previsto, mediante una redacción abierta, la posibilidad de que los órganos judiciales apliquen todas aquellas normas que crean oportunas para regir tal cuestión.

Tanto el art. 281.2 LEC, como el art. 33.1 LCJI, no establecen el significado y alcance del contenido y vigencia del Derecho extranjero. Por eso, debemos suplir esa carencia acudiendo a la interpretación que hace la jurisprudencia y la doctrina.

Excepcionalmente, tanto la jurisprudencia del TS y la doctrina internacional privatista, coinciden en este punto, es decir, se deben probar todos aquellos aspectos del Derecho extranjero que sean necesarios para que el tribunal español falle del modo más aproximado a como lo haría un tribunal

de dicho Estado extranjero (STS 30 de junio 1960, STS 5 de noviembre 1971). El objeto de la prueba del Derecho extranjero es la norma extranjera como sistema jurídico⁶².

Tanto la STS de 25 enero de 1999, como autores de prestigio, (CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ), son claros al afirmar que los puntos que deben probarse son: «a) el contenido del derecho extranjero: el tenor literal de las normas extranjeras; b) la vigencia y existencia del Derecho extranjero, lo que es importante en relación con países de reciente creación y en casos de posible contradicción entre las Leyes de un país concreto y la Constitución de dicho país; c) la interpretación concreta de las normas de Derecho extranjero: ello incluye, la prueba de la jurisprudencia extranjera que aplica e interpreta el Derecho extranjero; d) la aplicabilidad del Derecho extranjero al caso concreto».

Por tanto, la prueba exhaustiva del Derecho extranjero garantiza que dicho ordenamiento no suscite «*la menor duda razonable a los tribunales españoles*» como indica el TS (STS 17 julio 2001), pudiendo resolver las pretensiones de las partes, de manera motivada y sobre las bases del Derecho extranjero. Sin embargo, esta exigencia parece ser excesiva para algunos órganos judiciales, quienes optan por flexibilizar este criterio, y «*conformarse con un principio de probabilidad suficiente del contenido y vigencia del Derecho extranjero*» (SAP Granada, 12 de febrero 1992)⁶³. Puesto que, los jueces, ni aplicando su propio Derecho resuelven a partir de certezas absolutas⁶⁴.

Si ante la satisfactoria acreditación del Derecho foráneo, el órgano jurisdiccional resuelve el litigio mediante la aplicación del Derecho sustantivo español, la sentencia está viciada de ‘nulidad’ (SAP Málaga 29 julio 2004).⁶⁵

4.2.4.1. ¿Debe probarse siempre el contenido y vigencia de un Derecho extranjero?

La doctrina y jurisprudencia ha convenido en aportar luz a la cuestión de si un Derecho extranjero se debe probar siempre, puesto que ni el art. 281.2 LEC ni el art. 33.1 LCJI, ofrecen respuesta

⁶² Virgós, M., Garcimartín F.J., (2007) *Op. cit.* (p. 524).

⁶³ Fernández, J. C., Sánchez, S. (2013) *Op. cit.* (pp.175-177); Virgós, M., Garcimartín F.J., (2007) *Op. cit.* (pp. 524-526); Calvo, A. L., Carrascosa, J., (2006) *Op. cit.* (p. 82); Carrascosa, J., (2006) *Op. cit.* (pp. 6-7).

⁶⁴ Virgós, M., Garcimartín F.J., (2007) *Op. cit.* (p. 526).

⁶⁵ Calvo, A. L., Carrascosa, J., (2006) *Op. cit.* (p. 82).

alguna. En efecto, cuando los tribunales españoles se encuentran, reiteradamente, ante un litigio privado internacional que versa, sobre una misma cuestión, y que le es aplicable un determinado Derecho extranjero (por ejemplo, el Derecho italiano), el cual resulta probado ante los órganos judiciales, éste ¿deberá ser probado cada vez?

La regla general es que se deba probar en cada litigio, puesto que se parte del principio que ni los jueces ni las partes conocen el Derecho extranjero. Por tanto, para proceder a una correcta solución del litigio es necesario que previamente se pruebe (y quede acreditado) en el procedimiento.

No obstante, existe una excepción, que recoge la STS 10 junio 2005, al considerar que no es necesario volver a probar el contenido y vigencia de un Derecho que ha resultado probado anteriormente en un proceso, de forma indudable, ante los tribunales españoles. Con esta excepción se pretende evitar las dilaciones y el coste económico que resulta de probar la norma extranjera⁶⁶.

⁶⁶ En este sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia provincial de Baleares 26 abril 2005, al considerar suficientemente probado el Derecho inglés relativo al régimen económico matrimonial, puesto que en las Islas Baleares se encuentra un gran número de extranjeros que aplican el Derecho inglés a sus relaciones privadas y en concreto en el ámbito del régimen económico matrimonial. Calvo, A. L., Carrascosa, J., (2006) *Op. cit.* (pp. 74-75); Carrascosa, J., (2006) *Op. cit.* (pp. 6-7).

5. EL TRATAMIENTO PROCESAL DE LOS MEDIOS PROBATORIOS DEL DERECHO EXTRANJERO

Este es uno de los puntos clave para la consecución del fin perseguido por la norma de conflicto, puesto que dependiendo de los medios de prueba utilizados para acreditar el derecho extranjero, el juez lo considerará probado, y por tanto, lo aplicará; o, si en cambio, no lo considera acreditado, procederá a la aplicación del Derecho español (*Lex fori*). Así lo establecen VIRGÓS SORIANO Y GARCIMARTÍN ALFÉREZ⁶⁷ en su afirmación: «Los medios probatorios del Derecho extranjero tienen trascendencia en sí mismos, porque indican cómo probar ese Derecho, pero también tienen trascendencia en sede de carga de la prueba, porque indican si el juez debe resolver conforme al Derecho extranjero invocado o conforme al Derecho español».

Merecedoras de análisis son las dos cuestiones que se plantean a raíz de dicha consideración: los medios de prueba aceptados y cuando los tribunales españoles entienden probado el derecho foráneo alegado por las partes.

5.1. Características principales

Existe un debate jurisprudencial y doctrinal sobre la conveniencia de estos medios y el tratamiento procesal de la prueba del derecho extranjero. En este aspecto VIRGÓS SORIANO Y GARCIMARTÍN ALFÉREZ⁶⁸ consideran que: «El régimen procesal del Derecho extranjero, cuando es objeto de una remisión conflictual, tiene una regulación positiva mínima: la única norma que expresamente se ocupa de esto es el artículo 281.2 LEC. Esto explica que la mayor parte de ese régimen ha sido fruto de un desarrollo judicial del Derecho. Es un régimen normativo de fuente jurisprudencial».

El carácter de “cuestión procesal” que se otorga a la prueba del Derecho extranjero implica que sea la Ley española, en virtud del principio *Lex fori Regit Processum* (art. 3 LEC), la que especifique los medios probatorios susceptibles de ser empleados para probar la norma extranjera. No obstante, el artículo 281.2 LEC no especifica qué

⁶⁷ Virgós, M., Garcimartín F.J., (2007) *Op. cit.* (p. 530).

⁶⁸ Virgós, M., Garcimartín F.J., (2007) *Op. cit.* (p. 518).

concretos medios de prueba deben emplear las partes para probar el mencionado derecho. La LEC no dice nada en relación a esta cuestión⁶⁹.

Con este silencio, lo que se consigue es una interpretación y desarrollo por parte de la jurisprudencia y doctrina. Según DIANA MARÍN⁷⁰ a consecuencia de esto, *«la prueba del derecho extranjero se configura como un sistema de prueba libre, entendido como la posibilidad de ir más allá de los medios de prueba en sentido estricto, pero conformes a derecho, y flexible, en tanto a la oportunidad de no tener que ajustarse a los requerimientos establecidos en la LEC para ellos»*. De este modo, se facilita la acreditación del Derecho extranjero y se potencia su aplicación.

En definitiva, por analogía del artículo 299.3 LEC, se puede afirmar que para conseguir la acreditación del Derecho se podrán emplear todos los medios e instrumentos que, por su naturaleza, permitan la correcta acreditación del contenido y vigencia del Derecho extranjero, a pesar de no ser los medios probatorios previstos en la LEC, puesto que en palabras de CARRASCOSA GONZÁLEZ: *«No se trata de ‘probar hechos’, sino de ‘acreditar un Derecho’. Son cuestiones diferentes»*.

5.2. Los medios de prueba de las partes

Los medios probatorios más utilizados por las partes para probar el contenido y vigencia de un ordenamiento extranjero son prácticamente dos: la documental y la pericial. Ahora bien, la jurisprudencia ha matizado los instrumentos concretos que pueden utilizarse para probar la norma extranjera.

De este modo, la prueba mediante documentos públicos es el medio de prueba más común por las partes. Destacan las certificaciones expedidas por funcionarios diplomáticos o consulares extranjeros acreditados en España, que deben presentarse legalizados o apostillados (art. 323.3LEC) y traducidos (art. 144 LEC)⁷¹, y también las certificaciones expedidas por funcionarios diplomáticos o consulares españoles acreditados en el Estado

⁶⁹ Carrascosa, J., (2006) *Op. cit.* (p. 7).

⁷⁰ Marín, D., (2011) *Op. cit.* (pp. 145-146).

⁷¹ En la SAP de Málaga, 30 de enero de 2006, el juez, ante un caso de separación contenciosa en la que debía aplicarse el Derecho inglés, consideró suficiente la certificación expedida por el Consulado británico sobre la normativa aplicable, correctamente traducida.

cuyo derecho quiere ser probado. También es posible los documentos públicos expedidos por un fedatario público⁷².

En relación a la aportación de simples fotocopias en el proceso, para intentar acreditar las normas extranjeras, la jurisprudencia⁷³ se ha pronunciado inadmitiéndolas, al no considerarlas como documentos públicos. No obstante, sí que se suelen aceptar –aunque de forma muy escasa–, como documentos privados, las colecciones privadas de Leyes o las obras doctrinales de autores extranjeros. En este caso, se considera que tiene mayor peso probatorio que unas simples fotocopias.

La prueba pericial, se da cuando las partes encargan a un experto o institución de reconocido prestigio, la realización de un dictamen pericial (art. 340.2 LEC). Éste ha sido el medio de prueba considerado tradicionalmente idóneo. El TS ha precisado que tal informe debe estar elaborado por dos jurisconsultos de nacionalidad del Estado cuyo Derecho es objeto de prueba. Dada su naturaleza, puede considerarse una prueba documental o pericial. Ahora bien, el nuevo artículo 33.4 LCJI, abre la posibilidad a todos aquellos informes o dictámenes realizados por un experto, con independencia de su nacionalidad. Por tanto, en este precepto legal, se prevé la posibilidad de que profesores de DIPr. realicen tal trabajo, con independencia de la nacionalidad que tengan⁷⁴, así como también, cabría el supuesto en que, por ejemplo, un alemán experto en Derecho inglés, emita su informe ante los tribunales españoles. Por tanto, el art. 33.4 LCJI engloba todos los supuestos posibles, al hablar de dictámenes o informes nacionales o internacionales, es decir, sin tener en cuenta la nacionalidad de quién los emite.

Por último, existe el interrogatorio de ‘testigos expertos en Derecho extranjero’, conocido como *expert witness*. Debería aplicarse más en nuestros tribunales este medio, puesto que es de gran utilidad, y muy utilizado en otros países, como por ejemplo en Inglaterra⁷⁵.

Finalmente, matizar, que, a diferencia del proceso civil, en un proceso internacional privado, no cabe aceptar la prueba del Derecho extranjero mediante la teoría de los

⁷² El art. 91 del Reglamento del Registro Civil establece que «La adecuación de un hecho o documento al Derecho extranjero no conocido por el Encargado se justificará por testimonio del Cónsul en España, del Cónsul de España en el país o de Notario español que conozca tal Derecho».

⁷³ SAP Baleares 26 abril 2005; SAP Alicante 12 mayo 2004, entre otras.

⁷⁴ A pesar de la jurisprudencia del TS, algunos jueces aceptan el dictamen realizado por expertos en Derecho extranjero, a pesar de no ser emitidos por dos jurisconsultos del país de donde se pretende acreditar el Derecho. (SAP Huesca, 14 de diciembre de 2005; SAP Murcia, 10 de julio de 2009).

⁷⁵ Calvo, A. L., Carrascosa, J. (2005). La Prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley española de Enjuiciamiento Civil 1/2000. *Diario La Ley*. Nº 6178, pp. 1-7.

‘*hechos admitidos*’, por ambas partes. El art. 281.3 LEC, solo se aplica a los *hechos* no al Derecho extranjero.

Es suficiente, si con ello se consigue acreditar el Derecho extranjero con certeza, la utilización de un único medio de prueba. Por tanto, no es necesaria la prueba cumulativa del Derecho extranjero mediante prueba pericial y documental⁷⁶.

Antes de proceder al siguiente punto es importante hacer una mención, aunque sea, breve sobre el impacto de las nuevas tecnologías en los medios de prueba del Derecho extranjero.

En la actual sociedad tecnología, donde la información se puede encontrar a través de diversos medios electrónicos, -como portales oficiales de información, bases de datos, entre otros- la cuestión que surge es ¿podemos introducir en el proceso judicial la información obtenida en Internet? La respuesta debería ser afirmativa, siempre que dichos medios resulten ser fidedignos.

El autor ALONSO-CUEVILLAS propone una solución a esta cuestión: «la aportación física de los materiales o la proposición de la prueba de ‘cibernavegación’, la cual puede encontrar cabida en la prueba de reconocimiento judicial, o en la cláusula abierta del art. 299.3 LEC». Por tanto, ante la nueva realidad social, se deben buscar nuevas soluciones, para facilitar la presencia de Derecho extranjero en los procedimientos judiciales⁷⁷.

5.3. Los medios probatorios del Juez

El art. 281.2 LEC indica la posibilidad del juez de probar o ayudar en la investigación del Derecho extranjero a través de los ‘medios de averiguación que estime necesarios’. Por tanto, al igual que en los medios de prueba que pueden utilizar las partes, existe una libertad; naturaleza abierta de la norma.

⁷⁶ Fernández, J. C, Sánchez, S. (2013) *Op. cit.* (pp.177-178); Virgós, M., Garcimartín F.J, (2007) *Op. cit.* (pp. 530-532); Calvo, A. L., Carrascosa, J., (2006) *Op. cit.* (pp. 76-79); Carrascosa, J., (2006) *Op. cit.* (pp. 7-9); Marín, D, (2011) *Op. cit.* (pp. 149-150).

⁷⁷ Marín, D., (2011) *Op. cit.* (pp. 153-155); Alonso-Cuevillas, J., (2004) *Las normas jurídicas como objeto de prueba. Tratamiento del derecho extranjero y de la costumbre en el proceso civil.* Valencia: Tirant lo Blanch (p. 80); Virgós, M., Garcimartín F. J., (2007) *Op. cit.* (p. 531).

En concreto, el Tribunal puede hacer uso de todos los medios de prueba previstos en la LEC, que también son susceptibles de ser utilizados por las partes.

Para poder explicar de forma clara los diferentes medios de prueba, se estructurarán en función del origen o la fuente de la cual provengan.

En el ámbito de la Unión Europea, existe la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil⁷⁸, como medio que pueden utilizar los jueces en su cometido. El funcionamiento de esta red es el siguiente: cada Estado miembro designa un ‘punto de contacto’ al que los órganos judiciales de ese Estado miembro y de los demás Estados miembros pueden dirigirse para solicitar información sobre Derecho extranjero. La finalidad de estos puntos, por tanto, es orientar la información, es decir, si ellos no son capaces de dar una respuesta directa, proceden a enviar la petición a las autoridades competentes para que la respuesta sea la más apropiada. Este sistema también prevé ayudar a los ciudadanos que estén interesados.

En segundo lugar, están las fuentes de origen convencional; los instrumentos internacionales, ofrecen multitud de recursos para la asistencia y cooperación judicial.

Destaca el Convenio europeo de Londres de 7 junio de 1968, el cual establece un sistema de información mutua de los ordenamientos jurídicos de los Estados parte. La principal característica es la designación por cada Estado parte de un ‘órgano de recepción’⁷⁹, encargado de recibir las peticiones de información del Derecho extranjero. La información emitida por el Estado requerido no tendrá carácter vinculante, teniendo el juez que valorar el contenido allí reflejado. Desafortunadamente, los Estados parte hacen un uso casi nulo de dicho Convenio⁸⁰.

Otro instrumento internacional es la Convención Interamericana sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero, hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979; entre las finalidades se encuentra la cooperación en cuanto a la información del derecho de cada Estado parte.

⁷⁸ http://ec.europa.eu/civiljustice/index_es.htm.

⁷⁹ En el caso de España este órgano es la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia español.

⁸⁰ Existe alguna excepción como la SAP Navarra 29 diciembre 2004, en la que el juez aplica el Convenio.

También existen Convenios bilaterales firmados por España con diversos países, cuyo objetivo es principalmente, la colaboración mutua en la investigación e información del Derecho propio de cada Estado.

Finalmente, en el ámbito interno, el órgano enjuiciador puede solicitar a la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia español⁸¹ (la autoridad central española), una certificación sobre el contenido del Derecho extranjero. Con la nueva LCJI, aparece regulada tal posibilidad en el Título III, en concreto en los artículos 34 y 35 LCJI⁸². Se prevé que los órganos judiciales –así como los notarios y registradores– puedan solicitar a la autoridad central española, información sobre el Derecho extranjero que deba aplicarse para solucionar el litigio⁸³. Además, el artículo 35.1 LCJI, regula la opción de que los órganos judiciales de diferentes Estados se consulten directamente entre ellos. Esta era una vía que no estaba regulada en ninguna disposición, hasta la entrada en vigor, este verano de la LCJI. Se entiende que, con esta previsión legal expresa, el legislador ha querido agilizar el procedimiento, a través de la comunicación directa entre los operadores jurídicos. Con esto se consigue una mayor eficacia a la hora de aplicar el Derecho extranjero, siempre que exista la colaboración mutua de los dos órganos jurisdiccionales.

⁸¹ De acuerdo al art. 11.1. a) del Real Decreto 1125/2008, de 4 de julio, a esta Dirección General, le corresponde la función de «información de derecho extranjero».

⁸² Artículo 34: «La información del Derecho extranjero podrá referirse, al texto, vigencia y contenido de la legislación, a su sentido y alcance, a la jurisprudencia, al marco procedimental y de la organización judicial, y a cualquier otra información jurídica relevante».

Artículo 35: «1. Sin perjuicio de la posibilidad de comunicaciones judiciales directas, los órganos judiciales, y los notarios y registradores, podrán elevar las solicitudes de información de Derecho extranjero mediante oficio a la autoridad central española para ser utilizadas en un proceso judicial español o por una autoridad española en el marco de sus competencias. 2. La solicitud de información podrá contener la petición de informes de autoridades, dictámenes periciales de juristas expertos, jurisprudencia, textos legales certificados y cualquier otra que se estime relevante. 3. La autoridad central hará llegar las solicitudes a las autoridades competentes del Estado requerido, bien por la vía consular o diplomática, bien a través de su autoridad central si existiere y estuviere previsto en su ordenamiento. La autoridad central española facilitará, en su caso, las comunicaciones judiciales directas entre órganos jurisdiccionales españoles y extranjeros. 4. Las solicitudes de información deberán especificar la autoridad requirente con mención de su dirección postal o electrónica, la naturaleza del asunto, una exposición detallada de los hechos que motivan la solicitud y los concretos elementos probatorios que se solicitan, todo ello debidamente traducido al idioma de la autoridad requerida. Podrán unirse a la solicitud de información copias de aquellos documentos que se consideren imprescindibles para precisar su alcance. 5. Cuando se solicite un elemento probatorio que suponga un coste, el mismo será a cargo de la parte solicitante. En este caso podrá ser solicitada provisión de fondos».

⁸³ La duda que se plantea en este ámbito es si la autoridad central española podrá hacerse cargo de todas las funciones que la LCJI le atribuye (con esta nueva Ley, se le da un papel muy relevante a la autoridad central), puesto que hay que tener presente que la Disposición adicional tercera de la LCJI, establece que dicha Ley no puede suponer gastos adicionales. Por tanto, es muy dudoso que la autoridad central pueda llevar a cabo su labor, sin tener que recurrir a reforzarse con otros medios, hecho que implicaría un gasto económico. Si realmente se quiere que la LCJI tenga un impacto positivo va a ser ineludible reforzar a la autoridad central española.

Otro medio de ‘averiguación’ puede ser el *private wissen*⁸⁴, es decir, el propio conocimiento que el juez tenga sobre el Derecho a probar. Hace referencia a la capacidad personal que tiene el juez, sobre el conocimiento de este Derecho, bien sea por su notoriedad judicial, o bien por su formación o saber privado⁸⁵.

Para evitar una vulneración de las garantías procesales, el tribunal deberá respetar el ‘principio de contradicción’ para que las partes aleguen lo conveniente; además, deberá constar en la sentencia el contenido de la norma extranjera de forma completa y clara, a efectos de un posible recurso⁸⁶.

5.4. El valor de la prueba del Derecho extranjero

La amplitud y libertad de medios probatorios, ha originado en la práctica una gran inseguridad jurídica respecto a no saber con exactitud la intensidad probatoria que el juez exige para dar por probado un Derecho extranjero. Es posible que un mismo medio de prueba tenga una eficacia distinta en un proceso que en otro, por tanto, el letrado no sabe «*la determinación de los mínimos medios de prueba suficientes para acreditar el derecho extranjero*». (J. PICÓ I JUNOY)⁸⁷

Con anterioridad al art. 33 LCJI, no existía ninguna declaración expresa en el art. 281.2 LEC, según a qué reglas debía seguir el juez para determinar el valor probatorio de la norma foránea. Al no prever nada, se aplicaba por analogía, el art. 218.2 LEC, y la jurisprudencia, estableciendo el valor probatorio respecto a las ‘*reglas de la sana crítica*’. A partir de este verano, con la LCJI, aparece positivizada las ‘*reglas de la sana crítica*’, en el art. 33.2: «*Los órganos jurisdiccionales españoles determinarán el valor probatorio*

⁸⁴ Alonso-Cuevillas, J. (2004). *Las normas jurídicas como objeto de prueba. Tratamiento del derecho extranjero y de la costumbre en el proceso civil*. Valencia: Tirant lo Blanch (pp. 59-60).

⁸⁵ La SAP de Tarragona, de 20 octubre 2009, es un claro ejemplo. El caso es un divorcio entre cónyuges de nacionalidad alemana residentes en España en el momento de presentarse la demanda. A pesar de ser aplicable al fondo del asunto el Derecho alemán, las partes alegan el Derecho español y el Derecho catalán, sin probar la norma alemana. Ante tal situación, el magistrado D. Sergio Nasarre, aplica de oficio el Derecho alemán, mediante su *private wissen*, es decir, su propio conocimiento, resolviendo de forma extraordinaria todas las cuestiones planteadas, emitiendo una resolución judicial fundada en Derecho alemán.

⁸⁶ Fernández, J. C., Sánchez, S. (2013) *Op. cit.* (pp. 177-178); Virgós, M., Garcimartín F. J. (2007) *Op. cit.* (pp. 532-533); Calvo, A. L., Carrascosa, J. (2006) *Op. cit.* (pp. 79-81); Carrascosa, J. (2006) *Op. cit.* (pp. 10-11); Marín, D. (2011) *Op. cit.* (pp. 151-153); Odriozola Mariscal, C. E. (2015). Aplicación del Derecho extranjero a la luz de la globalización: referencia al modelo europeo. *La Ley Unión Europea*. Nº 31, pp. 1-13.

⁸⁷ Picó, J. (2011) *Op. cit.* (p. 27).

de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero de acuerdo con las reglas de la sana crítica». Pero, ¿cuál es la noción de este concepto jurídico?

La jurisprudencia lo ha definido como el '*razonar humano*' (STS 29 enero 1991), que corresponde a '*la lógica interpretativa y el común sentir de las gentes*' (STS 4 marzo 1994).

La sana crítica es un sistema de libre valoración motivada. No se debe confundir la libre valoración de la prueba con la discrecionalidad judicial. Una valoración libre debe ser una valoración razonada, y el juez debe explicar el cómo y el porqué de tal valoración⁸⁸.

La regla general, por tanto, es que el juez aprecie libremente los medios de acreditación del Derecho extranjero. Así, lo afirma en concreto el art. 33.4 LCJI, al establecer que no tendrán carácter vinculante los informes o dictámenes sobre la norma extranjera, independientemente de quién los emita. Sin embargo, esto no obsta para que la postura del juez difícilmente vaya a apartarse de aquella información que reciba a través de unas fuentes debidamente especializadas.

Para poder ilustrar la problemática que ocasiona la libre valoración del juez de los distintos medios de prueba, se analizan algunos casos reales, donde los tribunales en función del caso concreto otorgan un valor probatorio distinto a un mismo medio probatorio.

En la SAP Barcelona, 23 de mayo de 2000, la parte demandante aporta prueba del Derecho austríaco, a través de un dictamen elaborado por dos abogados austríacos. Sin embargo, el tribunal sin dar más detalles al respecto, consideró no probada la norma austríaca y falló conforme a Derecho español. En cambio, en la STS 4 de julio de 2006, tanto la parte actora como la demandada, probaron el Derecho alemán aplicable al procedimiento a través del testimonio de diversos jurisconsultos que citaron en sus informes las Leyes alemanas. El TS consideró que con los informes periciales aportados se había probado sobradamente el Derecho alemán.

Otro caso de divergencia valorativa, se puede observar en la STS 17 de marzo de 1992, donde la parte demandante aportó unas fotocopias de la *Gazzetta Ufficiale Italiana*⁸⁹, para

⁸⁸ Montero, J., (2002) *La prueba en el proceso civil*. Madrid: Civitas (pp. 278-279); Esplugues, C., Iglesias, J. L., Buhigues, Palao G. (2014). *Op. cit.* (p. 350).

⁸⁹ Diario Oficial de Italia.

acreditar el Derecho italiano, y el Tribunal Supremo consideró que con las fotocopias aportadas se probaba debidamente la Ley aplicable. De igual modo, en un proceso de divorcio seguido en Barcelona entre dos ecuatorianos, se dio valor probatorio a un e-mail remitido por un profesor de Derecho civil de la Universidad de San Francisco de Quito⁹⁰. Sin embargo, en otro proceso seguido también en Barcelona (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, 12 noviembre 2009), referente a la adopción de unas medidas cautelares, no se dio valor probatorio a las fotocopias aportadas del Código civil del Gran Ducado de Luxemburgo⁹¹.

Después de este análisis, queda reflejado que en función del caso concreto y de la predisposición de los jueces, la valoración de un mismo medio de prueba será distinta; puesto que, en el caso de la aportación de fotocopias en el proceso, la línea jurisprudencial mayoritaria es la de no aceptar a éstas como medio probatorio⁹², y en cambio hay supuestos en que los jueces si las aceptan. Por tanto, dependerá de la valoración subjetiva y la actitud que el operador jurídico adopte en cada supuesto concreto.

⁹⁰ Picó, J. (2011) *Op. cit.* (p. 27).

⁹¹ Picó, J. (2011) *Op. cit.* (pp. 182-189).

⁹² *Vid.* apartado 5.2 del presente trabajo.

6. CONSECUENCIAS JURÍDICAS EN EL CASO DE FALTA DE PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO

El art. 281.2 LEC nada establece ante la falta de alegación y/o prueba del Derecho extranjero por las partes. La práctica judicial ha optado por seguir mayoritariamente dos soluciones distintas ante tal supuesto: aplicar supletoriamente el Derecho del foro (derecho español), o bien, desestimar la demanda.

La opción de aplicar el Derecho español, en defecto de prueba de la norma extranjera, es la tesis más extendida en la práctica jurídica española, puesto que goza con el respaldo de la Sala Primera del TS al afirmar en su jurisprudencia que: «ante la falta de prueba, los tribunales juzgaran, entonces, según el Derecho patrio» (STS 25 enero 1999). Además, en la actualidad, es seguida, por muchas Audiencias Provinciales españolas (SAP Lleida 15 junio 2005; SAP Barcelona 19 enero 2004).

Según el TC, se trata de la solución que mejor respeta los postulados constitucionales, (STC 2 julio 2001), puesto que se garantiza la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), al obtener las partes una solución fundada en derecho al litigio planteado, sin que se vean desestimadas sus pretensiones.

Desde el punto de vista del funcionamiento del proceso, resulta ser la más óptima al reducir los costes y el tiempo de desarrollo del procedimiento judicial⁹³.

Es evidente que, para los abogados, en ciertos casos, les puede resultar de gran ayuda el hecho de que ante la falta de prueba del Derecho extranjero se aplique el derecho español. En efecto, si se encuentran ante un litigio, el cual se rige por una norma extranjera, y saben que ésta les puede resultar perjudicial en su estrategia procesal, es suficiente con no probar el derecho extranjero, o no probarlo suficientemente, para que el juez resuelva conforme a derecho español. Por tanto, esta solución favorece a la estrategia procesal de las partes, favoreciendo el *forum shopping*⁹⁴.

Ahora bien, también existen relevantes argumentos en contra de tal tesis. El principal, y más obvio, es la vulneración de la imperatividad de la norma de conflicto del art. 12.6 CC, al no aplicarse el Derecho designado por ésta. Tal situación, comporta un alto grado

⁹³ Fernández, J. C, Sánchez, S. (2013) *Op. cit.* (pp. 165-166); Virgós, M., Garcimartín F.J, (2007) *Op. cit.* (pp. 520-521); Calvo, A. L., Carrascosa, J., (2006) *Op. cit.* (pp. 91-96).

⁹⁴ Forum shopping: Adopción del foro más conveniente, en función del derecho material que se aplica para resolver el litigio. Es la posibilidad de acogerse a tribunales de países que puedan emitir una sentencia más favorable a sus intereses.

de inseguridad jurídica, vulnerando el art. 9 CE, al ser imposible saber a priori cuál será el Derecho aplicable al litigio⁹⁵.

Otra de las teorías para solventar esta incertidumbre legal, es la desestimación de la demanda. El presupuesto que la justifica es la falta de prueba, por la parte, del fundamento jurídico de su pretensión, es decir, la poca diligencia probatoria de la parte es sancionada con la desestimación de su pretensión.

Esta tesis es la que defiende la Sala de lo Social del TS desde 2001 con el siguiente argumento: *«lo que sucede es que, si el Derecho aplicable es el extranjero, la parte que formula la pretensión tiene que alegar y probar ese Derecho para que su pretensión sea acogida»* (STS, Social, 22 mayo 2001).

En este caso, se respeta, por un lado, la remisión conflictual, puesto que el juez solo resolverá conforme a aquel Derecho extranjero designado por la norma de conflicto, y, por otro lado, también se respeta la imposición de la carga de la prueba a las partes. Por tanto, se evita que las partes apliquen el Derecho español a sus intereses y conveniencia, reforzando la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), puesto que el Derecho aplicable nunca será un Derecho distinto al Derecho designado por la norma de conflicto.

Sin embargo, esta teoría parece denegar el derecho de justicia, al no tener en cuenta la imposibilidad de probar el Derecho extranjero, por causas ajenas a la voluntad de las partes, y los costes económicos que conlleva la prueba a las partes, optando en ocasiones por renunciar a su pretensión, si los costes superan los beneficios⁹⁶.

Ahora bien, una de las cuestiones que se plantea en este ámbito, es si el actor, al que le han desestimado la demanda, puede volver a presentarla, pero con una fundamentación jurídica basada en un Derecho extranjero. Pues bien, según CARRASCOSA, J. Y CALVO, A. L.⁹⁷: *«el actor puede volver a instar su pretensión fundándose en el Derecho extranjero aplicable según las normas de conflicto españolas. El art. 400 LEC no debería impedir volver a plantear la cuestión, puesto que al cambiar los fundamentos de la demanda se*

⁹⁵ Carrillo, L. (2002). Alegación y prueba del Derecho extranjero en el ámbito laboral y tutela judicial efectiva. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Nº 111, pp. 451-473; Id., (2003). Una doctrina constitucional sobre alegación y prueba de la Ley extranjera, *Aranzadi Social*. Nº 7-8, pp. 53-84.

⁹⁶ Fernández, J. C, Sánchez, S. (2013) *Op. cit.* (pp. 167-169); Virgós, M., Garcimartín F.J, (2007) *Op. cit.* (pp. 520-521); Calvo, A. L., Carrascosa, J., (2006) *Op. cit.* (pp. 96-99); Adan, F., (2011) *Op. cit.* (pp. 98-101).

⁹⁷ Calvo, A. L., Carrascosa, J., (2006) *Op. cit.* (p. 98).

altera la causa a pedir y el objeto del proceso. Por tanto, no se le deniega el acceso a la justicia».

Estas son las dos corrientes o prácticas habituales en los tribunales españoles ante la falta de prueba de la norma extranjera.

Por primera vez, la LCJI prevé, de forma expresa, en su art. 33.3 la solución que podrán adoptar los órganos judiciales ante la ausencia de prueba. Concretamente establece: «*Con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español*».

La interpretación que realizan de este precepto algunos autores, en concreto MIQUEL GARDEÑES⁹⁸, es la siguiente: «*Esto no hace sino confirmar lo que es la jurisprudencia tradicional y mayoritaria en la materia, y la consecuencia es que se desestima la otra solución alternativa, es decir, la desestimación de la demanda en caso de falta de prueba del derecho extranjero*».

Por tanto, entienden que el legislador, ha plasmado en derecho positivo la práctica jurisprudencial que habitualmente se da, es decir, la aplicación del Derecho español ante la falta de prueba de la norma extranjera.

Ahora bien, el análisis real del art. 33.3 LCJI es más profundo y complicado de lo que parece a simple vista, por eso se va a analizar punto por punto todas las cuestiones problemáticas que engloba este novedoso artículo.

En primer lugar, no queda claro que el legislador haya optado por la solución de aplicar el Derecho del foro en defecto de prueba por las partes de la norma extranjera. Esto se entiende así, puesto que la literalidad del precepto establece que ‘podrá aplicarse el Derecho español’. Por tanto, esta previsión legal, faculta al juez a poder aplicar, no solamente el Derecho español (puesto que no existe una obligación, sino que utiliza el verbo ‘podrá’), sino, también, a plantearse otras opciones, que quizá resulten más justas, en el proceso.

⁹⁸ Intervención en el seminario: *El nou DIPr. després de les reformes de l'estiu de 2015*. (19 noviembre 2015). Universitat de Barcelona. Barcelona. Recuperado de: <http://www.aepdiri.org/index.php/actividades-aepdiri/comunicaciones/403-emision-en-streaming-del-seminario-aepdiri-sobre-temas-de-actualidad-el-nuevo-dipr-tras-las-reformas-del-verano-2015-barcelona-19-de-noviembre-de-2015>

En este sentido, el juez puede optar por aplicar un Derecho similar en sus soluciones, es decir, por ejemplo, ante un litigio donde se deba aplicar un Derecho de un Estado de nueva creación, es probable que, dicho Estado, todavía no tenga su propia legislación; por tanto, el juez para resolver el caso puede aplicar el Derecho del Estado al cual pertenecía antes.

Otra posibilidad sería la retroacción de las actuaciones procesales. Esta tesis, permite en virtud del art. 429 LEC, que, ante la falta de prueba del Derecho extranjero, se puedan retrotraer las actuaciones procesales de modo que la parte pueda presentar su demanda con sujeción al Derecho extranjero⁹⁹. Un ejemplo donde podría aplicarse tal solución sería en el caso que el Estado del cual se pretende probar el Derecho extranjero, sufra unas graves inundaciones que imposibiliten cualquier tipo de colaboración entre los organismos para facilitar la información de su Derecho. En este caso, al ser una situación temporal breve, el juez, una vez desaparezca tal circunstancia, puede ofrecer a las partes volver a presentar su demanda conforme a la norma extranjera, que en este caso sí, se podrá obtener información sobre el Derecho objeto de prueba.

También es posible que el juez aplique de oficio el Derecho foráneo. Esta tesis encaja a la perfección con el art. 12.6 CC, el carácter imperativo de las normas de conflicto, y con el art. 281.2 LEC, al prever que el tribunal podrá intervenir en su prueba. Por tanto, el Derecho aplicable al fondo del asunto nunca será distinto del designado por la norma de conflicto. Ahora bien, para poder llevar a cabo tal tesis en España, primero es necesario una predisposición por parte del juez, en ayudar en la investigación y alegación del Derecho extranjero, y por otra parte, un mejor y mayor uso de los mecanismos previstos actualmente, para conseguir tal fin¹⁰⁰. Hoy en día, si el juez opta por probar la norma extranjera de oficio, el tribunal debe imputar el coste de la prueba practicada, a la parte que la debió probar, pudiéndose originar, la renuncia de la acción por parte del actor, o su desistimiento.

La creación de un instituto de Derecho comparado (como existe en Suiza) o dedicar importantes recursos a la información del Derecho extranjero, serían una de las opciones que ayudarían sin duda, a que los jueces aplicaran de oficio el Derecho extranjero, con mayor frecuencia.

⁹⁹ Calvo, A. L., Carrascosa, J., (2006) *Op. cit.* (p. 87).

¹⁰⁰ *Vid.* punto 5.3 del presente trabajo.

En el caso que las partes obvien desde el inicio del proceso, el Derecho extranjero, y fundamenten su demanda en base al Derecho español, en este caso, el tribunal, en virtud del art. 282 LEC, podrá proponer, en la audiencia previa, o en el inicio de la fase verbal, que se practiquen determinadas pruebas¹⁰¹.

Finalmente, también cabe la posibilidad que los tribunales resuelvan en atención a ciertos principios generales del Derecho, así como, la desestimación de la demanda (como ya se ha explicado anteriormente).

Por tanto, el nuevo art. 33.3 LCJI ofrece una posibilidad abierta al operador jurídico, ante la falta de prueba del Derecho extranjero, siempre que esta falta de prueba sea consecuencia de una situación *excepcional*. Así pues, se debe analizar que se entiende por *excepcional*.

De esta forma, en segundo lugar, hay que pararse a estudiar qué ha querido decir el legislador cuando ha previsto la frase '*con carácter excepcional*'. Nada se dice sobre qué se entiende por *excepcional*; no se precisan los elementos o notas características para saber cuándo se está ante una situación excepcional que impide la prueba del Derecho extranjero. A pesar de esto, partiendo de un marco general, se puede entender que se dará tal situación, cuando sea imposible la prueba de la norma extranjera, por motivos no imputables a la voluntad de las partes; es decir, que, aunque poniendo todo el interés y diligencias exigidas, éste no pueda resultar probado, por diversas cuestiones. Un ejemplo podría darse cuando se trate de un Estado de nueva creación, o también, que dicho Estado del que se pretende la prueba de su Derecho, esté en una situación de guerra. Todas ellas, son situaciones, excepcionales, donde resulta muy complicado obtener elementos que permitan la prueba del Derecho extranjero.

La matización expresa del '*carácter excepcional*', al inicio del precepto 33.3 LCJI, conduce a diversas cuestiones, puesto que en sentido estricto, excluye todas aquellas situaciones '*normales*', es decir, no extraordinarias, en las que las partes no han probado el Derecho extranjero, o aun habiéndolo probado, no le resulta suficientemente probado al juez. Para este tipo de situaciones nada prevé el art. 33 LCJI, y en concreto su punto tercero. Por tanto, ¿se debe entender ese carácter excepcional a todas las situaciones

¹⁰¹ Fernández, J. C., Sánchez, S. (2013) *Op. cit.* (pp. 169-173); Virgós, M., Garcimartín F.J., (2007) *Op. cit.* (pp. 520-521); Calvo, A. L., Carrascosa, J., (2006) *Op. cit.* (pp. 87-91); Adan, F. (2011) *Op. cit.* (pp. 101-103).

normales donde por diversos motivos (ya sea por voluntad o no de las partes) no ha podido acreditarse la norma extranjera? ¿Qué ocurre en el supuesto de los abogados de oficio donde las partes no tiene los recursos suficientes para hacerse cargo del coste de la prueba del Derecho extranjero? ¿Se consideraría esta última situación, un caso excepcional?

Como se observa son múltiples las cuestiones que plantea el art. 33.3 LCJI, a las que todavía no hay una respuesta jurisprudencial. Sin embargo, ante la falta de explicación concreta sobre el carácter excepcional de la situación, ya hay autores como, SIXTO SÁNCHEZ¹⁰², que consideran que tal previsión excepcional, terminará, con toda seguridad, convirtiéndose en la regla general. Por tanto, se entiende que cabrían dentro de la excepcionalidad todas las situaciones normales donde las partes no alegan el Derecho extranjero, o no lo prueban suficientemente, o incluso cuando la parte por falta de recursos económicos no puede hacerse cargo de los costes que resultan de la prueba de la norma extranjera. De todos modos, serán los operadores jurídicos a través de su jurisprudencia quiénes interpreten en qué situaciones se da ese ‘carácter excepcional’.

Es evidente que con la elaboración de la LCJI, el legislador no podía pasar por alto regular en uno de sus títulos el régimen de la prueba del Derecho extranjero. Sin embargo, no se entiende muy bien por qué el legislador ha optado por redactar de esta forma el art. 33.3 LCJI. Si lo que quería era aportar una nueva regulación de la prueba del Derecho extranjero, y con ello unificar los criterios doctrinales y jurisprudenciales, no lo ha conseguido al dificultar y complicar todavía más, la cuestión objeto de estudio. Ahora bien, si por el contrario, era consciente de la divergencia interpretativa en este ámbito y no quería pronunciarse sobre una línea concreta, hubiese sido mejor, optar por hacer una remisión plena a las disposiciones que regulan la materia en la LEC, y así evitar, encontrarnos ante tal situación.

Con la reciente Ley de cooperación jurídica internacional, muchos investigadores internacional privatistas, pero también, procesalistas, anhelaban una solución a la prueba de la norma extranjera, que venían esperando desde hacía tiempo. Sin embargo, pese a tener la oportunidad de legislar hacia la armonización, tan necesaria en este campo del

¹⁰² Intervención en el seminario: *El nou DIPr. després de les reformes de l'estiu de 2015*. (19 noviembre 2015). Universitat de Barcelona. Barcelona. Recuperado de: <http://www.aepdiri.org/index.php/actividades-aepdiri/comunicaciones/403-emision-en-streaming-del-seminario-aepdiri-sobre-temas-de-actualidad-el-nuevo-dipr-tras-las-reformas-del-verano-2015-barcelona-19-de-noviembre-de-2015>

Derecho internacional privado, ha optado, por hacer todo lo contrario: indeterminar aun más el régimen de prueba del Derecho extranjero.

7. CONCLUSIONES

PRIMERA- El art. 33.3 LCJI, ha supuesto un cambio en cuanto a la consideración del Derecho extranjero en el procedimiento judicial. Con anterioridad al nuevo artículo, la doctrina mayoritaria defendía el carácter híbrido de la norma extranjera al considerarla como un *tertium genus* entre el Derecho y los hechos procesales, a tenor del art. 281.2 LEC, puesto que no especifica en concreto a quién corresponde probar el Derecho extranjero, abriendo la posibilidad tanto a las partes (hecho) como a los órganos judiciales (Derecho). En cambio, la jurisprudencia del TS, salvo alguna excepción, ha optado por considerarlo como un hecho procesal, al interpretar el art. 281.2 LEC en el sentido del derogado art. 12.6.II CC, el cual atribuía de forma expresa la carga probatoria a las partes.

Ahora bien, con el nuevo redactado el legislador se ha decantado por atribuir al Derecho extranjero la naturaleza de hecho procesal, al concretar de forma expresa que la carga de la prueba de la norma foránea recae sobre las partes. Por tanto, rompe con la consideración del art. 281.2 LEC de despersonalizarla. Si la intención del legislador hubiese sido la de mantener el carácter híbrido del Derecho extranjero, hubiera optado por omitir en la redacción del art. 33.3 LCJI ‘por las partes’, dejando así, una regulación abierta, indefinida en consonancia con el art. 281.2 LEC. En efecto, la consecuencia, es una contradicción entre dos preceptos que regulan una misma cuestión, empeorando así la situación existente, al no haber un criterio uniforme sobre tal cuestión.

SEGUNDA- Otro de los aspectos que regula el art. 33.3 LCJI, es la carga de la prueba. El legislador, se ha desvinculado del carácter indefinido y abierto del art. 281.2 LEC, que prevé la posibilidad que el juez participe en la investigación del Derecho extranjero. Tal situación ha estado matizada por el TC, aclarando que la facultad que tiene el juez de ayudar en la prueba de la norma extranjera, se circunscribe, cuando existe una mínima diligencia probatoria por la parte. Sin embargo, el art. 33 LCJI, en ninguno de sus apartados, hace referencia al rol que pueda jugar el juez en la prueba del Derecho extranjero –a diferencia del art. 281.2 LEC-, afirmando así, la naturaleza de hecho procesal del Derecho foráneo.

El legislador, en este caso, ha obviado algo fundamental, puesto que para garantizar el carácter imperativo de las normas de conflicto (art. 12.6 CC), es esencial que el juez aplique de oficio tal Derecho y por tanto, es necesaria, aunque sea mínima, una referencia a la función que deben o pueden desempeñar los operadores jurídicos en este ámbito.

Hubiera podido hacer una remisión a lo que prevé el art. 281.2 *in fine* LEC, puesto que ahora, parece ser que cierra la participación a los jueces en este ámbito.

TERCERA- El art. 33.1 LCJI, se limita a hacer una remisión genérica –sin especificar los preceptos concretos– a las normas de la LEC reguladoras de la prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero. La única novedad que prevé, es la aplicación de las disposiciones que sean aplicables en la materia, es decir, el legislador no ha querido que las normas de la LEC sean la únicas en regular el objeto de la prueba del Derecho extranjero, por eso, ha previsto, mediante una redacción abierta, la posibilidad de que los órganos judiciales apliquen todas aquellas normas que crean oportunas para regir tal cuestión. Sin embargo, el legislador, hubiera podido aprovechar y explicar en el nuevo art. 33.1 LCJI que se entiende por el contenido y vigencia del Derecho extranjero, puesto que en el art. 34 LCJI sí que ha definido lo que se entiende por la información del Derecho extranjero, que en realidad viene a ser lo mismo que la jurisprudencia entiende por el contenido y vigencia del Derecho extranjero.

CUARTA- El art. 33.2 LCJI recoge expresamente (a diferencia del art. 281.2 LEC) que los jueces deberán aplicar las ‘reglas de la sana crítica’ para determinar el valor probatorio de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero. Esta mención expresa, no soluciona la situación de inseguridad jurídica al no saber con exactitud la intensidad probatoria que el juez exige para dar por probado un Derecho extranjero. En la actualidad no existe, ningún marco legal que sirva de referencia a los jueces para saber el valor probatorio que tiene cada medio de prueba. En efecto, se rige por la subjetividad del juez; no hay ningún criterio objetivo, y por eso, según el caso concreto, un determinado medio probatorio servirá para probar el Derecho extranjero y en cambio, el mismo no resultará útil en otro procedimiento. Por tanto, el art. 33.2 LCJI no soluciona la situación actual en este ámbito.

QUINTA- Hasta la entrada en vigor de la LCJI, el dictamen pericial, según la jurisprudencia del TS, debía ser elaborado por dos jurisperitos de nacionalidad del Estado cuyo Derecho es objeto de prueba. Con el artículo 33.4 LCJI, se abre la posibilidad a todos aquellos informes o dictámenes realizados por un experto, con independencia de su nacionalidad, es decir, sin tener en cuenta la nacionalidad de quién los emite. Además, a diferencia del art. 281.2 LEC, el art. 33.4 LCJI, recoge que ningún informe, ya sea nacional o internacional, tendrá carácter vinculante para los operadores jurídicos. No

hacía falta una mención expresa al reafirmar una cosa que ya estaba clara: el juez no está vinculado por las pruebas y datos proporcionados por las partes.

SEXTA- Ante la falta de prueba del Derecho extranjero, los jueces adoptan dos soluciones distintas: o bien, aplican el Derecho del foro, o bien, desestiman la demanda. El art. 33.3 LCJI, regula por primera vez (puesto que el art. 281.2 LEC no lo hacía), qué hacer ante la falta de prueba del Derecho extranjero por las partes. En este sentido, prevé que podrá aplicarse el Derecho español, cuando con carácter excepcional no haya podido acreditarse la norma extranjera. Sin embargo, la lectura que se desprende de este precepto va más allá, al facultar al juez para poder aplicar, no solamente el Derecho del foro (puesto que no existe una obligación, sino que utiliza el verbo ‘podrá’), sino, también, a plantearse otras opciones, que quizá resulten más justas, en el proceso, como la aplicación de un Derecho similar en sus soluciones, la retroacción de las actuaciones, aplicación de oficio del Derecho extranjero, o la de ciertos principios generales del Derecho, así como, la desestimación de la demanda.

Por tanto, el nuevo art. 33.3 LCJI ofrece una posibilidad abierta al operador jurídico, ante la falta de prueba del Derecho extranjero, siempre que esta falta de prueba sea consecuencia de una situación *excepcional*. Así pues, se debe analizar que se entiende por *excepcional*.

Nada se dice sobre qué se entiende por *excepcional*. Sin embargo, puede interpretarse que se dará tal situación, cuando sea imposible la prueba de la norma extranjera, por motivos no imputables a la voluntad de las partes; por ejemplo, en situaciones donde el Estado del que se pretende la prueba de su Derecho, esté en una situación de guerra, o se trate de un Estado de nueva creación. No obstante, el art. 33.3 LCJI, parece no englobar en la situación de ‘carácter excepcional’ a aquellos supuestos en los que las partes, sin que concurra ninguna circunstancia extraordinaria, no prueben la norma extranjera, o no le resulte suficientemente probada al juez. De igual manera, los supuestos de los abogados de oficio donde las partes no tiene los recursos suficientes para hacerse cargo del coste de la prueba del Derecho extranjero. Lo más probable es que para dar respuesta a todo tipo de situaciones, tal previsión excepcional, terminará, con toda seguridad, convirtiéndose en la regla general.

SÉPTIMA- Es evidente que existen numerosas contradicciones entre los dos artículos (281.2 LEC y 33.3 LCJI) que regulan la prueba del Derecho extranjero. En efecto, puesto

que los dos preceptos son susceptibles de ser aplicados sin prevalecer uno por encima del otro, la cuestión que se plantea aquí, es ¿cómo aplicarán los jueces los dos artículos sin entrar en contradicciones? Resultará muy complicado, puesto que ni la LCJI ni la LEC, establecen nada al respecto. Solamente cabe esperar a la interpretación jurisprudencial.

OCTAVA- La introducción del art. 33 LCJI, no ha supuesto la solución, que gran parte de la doctrina esperaba, en cuanto al régimen de la prueba del Derecho extranjero. Su redacción, como ha quedado de manifiesto a lo largo de todo el trabajo, comporta más dudas y dificulta todavía más, la interpretación que abarca todo el tema de la prueba del Derecho extranjero, pudiéndose calificar la situación actual de ‘caótica’, al no haber una uniformidad interpretativa.

En este sentido, solo son posibles dos desenlaces: o bien, optar por cambiar la naturaleza imperativa de las normas de conflicto, y establecer un sistema facultativo, o bien, facilitar a los órganos judiciales la investigación del Derecho extranjero, mediante una estructura pública, por ejemplo, un Instituto de Derecho comparado, como existe en otros países de la UE (Alemania, Suiza, etc.). Ante la situación económica de España, la opción más factible hoy en día, sería optar por un sistema facultativo, puesto que la creación de un organismo público es inviable al no tener suficientes recursos económicos.

NOVENA- La Unión Europea ha llevado a cabo un proceso activo y amplio de unificación del Derecho internacional privado, hasta el punto que hoy día, existe un creciente conjunto de normas comunes, que regulan la Ley aplicable a supuestos privados con elementos de extranjería. Para garantizar el esfuerzo realizado por el legislador europeo, es necesario abordar, de una vez por todas, la cuestión de la prueba del Derecho extranjero.

El análisis de los diferentes sistemas jurídicos que coexisten en la UE (sistema imperativo y el sistema facultativo), pone de manifiesto las soluciones distintas que cada ordenamiento aporta ante esta cuestión, originando una incoherencia con la tendencia existente hacia la armonización del Derecho internacional privado. Tal divergencia, está poniendo en peligro la consecución del objetivo final: garantizar el acceso pleno a la justicia a todos los ciudadanos europeos en la Unión Europea. Por este motivo, lo más idóneo sería la adopción de instrumentos legislativos para la armonización y creación de un único Derecho Procesal Internacional, puesto que, si no es así, atrás quedarían los objetivos que prevén los Reglamentos sobre Ley aplicable, siendo estos ineficaces en su

finalidad, al no existir una garantía de que el Derecho extranjero designado por la norma de conflicto comunitarizada se vaya a aplicar.

8. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Adan, F. (2011) Consecuencias de la falta de prueba del Derecho extranjero. En Picó, J. (ed.), *Práctica de la prueba del Derecho extranjero* (pp.93-114) Madrid: La Ley.

Alonso-Cuevillas, J. (2007) *Las normas jurídicas como objeto de prueba. Tratamiento del derecho extranjero y de la costumbre en el proceso civil*. Valencia: Tirant lo Blanch (pp. 27-113 y 155-162).

Álvarez, S. (2002). La aplicación judicial del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional. *Anuario español de derecho internacional privado*. Vol. 54, nº 1, p. 206.

- (2005) Aplicación judicial del derecho extranjero: la desconcertante práctica judicial, los esfuerzos doctrinales y la necesaria reforma legislativa, *Diario La Ley*. Nº 6287, pp. 1-3.

Calvo, A. L., Carrascosa, J. (2010). *Derecho internacional privado*. Granada: Comares. (pp. 243-245).

- (2006). La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles. *Anuario español de derecho internacional privado*. Vol. 54, nº2, pp. 61-109.
- (2005). El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo ante la falta de alegación y prueba del derecho extranjero, *Diario La Ley*. Nº 6238, pp. 1-26.
- (2005). La Prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley española de Enjuiciamiento Civil 1/2000. *Diario La Ley*. Nº 6178, pp. 1-15.
- (2000). Aplicación del Derecho extranjero en España y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. *Tribunales de Justicia*. Nº 11, pp. 1.155-1.170.

Carballo, L. (2001). El carácter imperativo de la norma de conflicto y la prueba del derecho extranjero. Una relectura en clave procesal y constitucional. *Anuario español de derecho internacional privado*. Nº 1, pp. 485-504.

Carrascosa, J. (2006). Cinco años después de la LEC 1/2000: Algunos interrogantes en torno a la prueba del Derecho extranjero. *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*. Vol. 1, nº1, pp. 1-16.

Carrillo, L. (2003). Una doctrina constitucional sobre alegación y prueba de la Ley extranjera. *Aranzadi Social*. Nº 7-8, pp. 53-84.

- (2002). Alegación y prueba del Derecho extranjero en el ámbito laboral y tutela judicial efectiva. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Nº 111, pp. 451-473.

Cerrato, E. (2011) El onus probandi del Derecho. En Picó, J. (ed.), *Práctica de la prueba del Derecho extranjero*. (pp.75-92) Madrid: La Ley.

Crawford, E., Carruthers, J. (2011). United Kingdom. En Esplugues, C., Iglesias, J. L., Buhigues, Palao G. (ed.), *Application of foreing law*. (pp. 75- 82). Múnich: Sellier.

De Miguel Asensio, P. A. (2001). El Derecho internacional privado ante la globalización. *Anuario español de Derecho internacional privado*. Nº 1, pp. 37-88.

Esplugues, C., Iglesias, J. L., Buhigues, Palao G. (2014). *Derecho Internacional Privado*. Valencia: Tirant lo Blanch. (pp. 23-27; 75- 82; 271-277; 294-296).

Fernández, J. C. (1995). Artículo 12. En Fernández, J. C. (ed.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (p. 991). Madrid: Edersa.

Fernández, J. C., Sánchez S. (2013). *Derecho Internacional Privado*. Pamplona: Civitas. (pp. 23-27 y 127-179).

Font, M. (2011). La aplicación del Derecho extranjero resultante de la remisión de las normas de conflicto europeas en el contexto de los sistemas imperativos *sui generis* como el español o el facultativo inglés. En Picó i Junoy, J. (ed.), *Práctica de la prueba del Derecho extranjero*. (pp. 44-74). Madrid: La Ley.

- (2011). El artículo 12.6 CC y la imperativa aplicación de la norma de conflicto por parte de los jueces españoles. En Abel, X., Picó, J., Richard, M. (ed.), *La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*. (p. 500-519). Madrid: La Ley.

Garcimartín, F. J. (1994). *Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial: cinco cuestiones clásicas*. Madrid: Tecnos. (pp. 15-16).

Marín, A. (2001). La prueba de la ley extranjera en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. *Anuario español de derecho internacional privado*. Nº 1, pp. 405-424.

Martínez Rivas, F. (2010). *La prueba del Derecho extranjero en la Jurisprudencia Española*. Tesis doctoral no publicada. Universidad Católica San Antonio de Murcia. Departamento de Ciencias Sociales Jurídicas y de la Empresa. Murcia.

Monserrat, P. E. (2007). Comentario jurisprudencial del art. 281 de la LEC. La aplicación del derecho extranjero por nuestros Tribunales. *Práctica de Tribunales*. Nº 43. pp. 44-55.

Montero, J. (2002) *La prueba en el proceso civil*. Madrid: Civitas (pp. 278-279).

Odrizola Mariscal, C. E. (2015). Aplicación del Derecho extranjero a la luz de la globalización: referencia al modelo europeo. *La Ley Unión Europea*. Nº 31, pp. 1-13.

Orejudo. P. (2011). Imperatividad de la norma de conflicto y prueba del Derecho extranjero en los reglamentos sobre ley aplicable a las situaciones privadas internacionales. En Abel, X., Picó, J., Richard, M. (ed.), *La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, laboral y contencioso-administrativa*. (pp. 479-490). Madrid: La Ley.

Pérez, A. (2001). La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la aplicación del derecho extranjero. *Anuario español de derecho internacional privado*. Nº 1, pp. 435-444.

Picó, J. (2011) La prueba del Derecho extranjero: ¿Dónde está el problema? En Picó, J. (ed.) *Práctica de la prueba del Derecho extranjero*. (pp. 17-39 y 182-189) Madrid: La Ley.

Virgós, M., Garcimartín, F. (2007). *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*. Pamplona: Civitas. (pp. 517-533).

Recursos electrónicos

Seminario: *El nou DIPr. després de les reformes de l'estiu de 2015*. (19 noviembre 2015). Universitat de Barcelona. Barcelona. Recuperado de: <http://www.aepdiri.org/index.php/actividades-aepdiri/comunicaciones/403-emision-en-streaming-del-seminario-aepdiri-sobre-temas-de-actualidad-el-nuevo-dipr-tras-las-reformas-del-verano-2015-barcelona-19-de-noviembre-de-2015>

Carrascosa, J. (8 septiembre 2015) Orden público internacional y contrato de trabajo por tiempo indefinido a favor del Estado. [Post en un Blog]. Recuperado de: <http://accursio.com/blog/?p=423>

Carrascosa, J., (13 junio 2015) Breves reflexiones sobre la STS 17 abril 2015. Principio de adquisición procesal y prueba del Derecho extranjero y muchas cosas más. [Post en un Blog]. Recuperado de: <http://accursio.com/blog/?p=423>;

Base de datos. Aranzadi Westlaw. Recuperado de: <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/search/template?stnew=true&stid=jurisprudencia>.

Legislación

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (BOE [en línea], núm. 206, de 25-07-1889, pág. 249-259).

<<https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>>. [Consulta: 13 noviembre 2015].

Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. (BOE [en línea], núm. 182, 31-7-2015, pág. 65906-65942).

<<http://www.boe.es/boe/dias/2015/07/31/pdfs/BOE-A-2015-8564.pdf>>. [Consulta: 13 noviembre 2015].

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (BOE [en línea], núm. 7, 08-01-2000, pág. 575-728).

<<https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-323-consolidado.pdf>>. [Consulta: 13 noviembre 2015].

Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. (BOE [en línea], núm. 296, 11-12-1958, pág. 10977-11004).

<<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1958-18486>>. [Consulta: 19 diciembre 2015].

Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia

matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000. (DO núm. L 338, de 23-12-2003).

Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. (DO núm. L 343, de 29-12-2010).

