

## APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO EN ESPAÑA Y LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

A.-L. CALVO CARAVACA

Catedrático de Derecho internacional privado  
Universidad Carlos III de Madrid

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

Profesor Titular de Derecho internacional privado  
Universidad de Murcia

SUMARIO: I. Introducción. Precedentes históricos. II. La nueva regulación de la alegación y prueba del Derecho extranjero. 1. Imperatividad de la norma de conflicto, principio dispositivo del proceso civil, y textura abierta del sistema de prueba del Derecho extranjero. 2. Falta de alegación y prueba del Derecho extranjero por las partes. 3. Las partes alegan el Derecho extranjero pero no lo prueban. A) Supuestos generales. B) Necesaria intervención judicial. 4. Las partes alegan y prueban el Derecho extranjero. III. Prueba frustrada del Derecho extranjero. IV. Prueba del Derecho extranjero: momento procesal oportuno. V. Objeto de la prueba del Derecho extranjero. VI. Medios de prueba del Derecho extranjero. VII. La doctrina de los "hechos admitidos" y la prueba del Derecho extranjero. VIII. Recurso de casación por infracción del Derecho extranjero.

### I. INTRODUCCIÓN. PRECEDENTES HISTÓRICOS.

La aplicación del Derecho extranjero ha sido siempre un problema complicado en todos los sistemas estatales de Derecho internacional privado (DIPr.). Es uno de los *talones de Aquiles* del DIPr., pues un sistema que no garantiza una correcta aplicación del Derecho extranjero designado por sus normas de conflicto es un sistema de DIPr. que no funciona (R. DAVID).

El tema ha generado, en sus variados perfiles, toneladas de papel impreso y ríos de tinta que versan sobre la naturaleza fáctica o jurídica del Derecho extranjero, la justificación de la aplicación de un Derecho extranjero, y otros temas teóricos más o menos sofisticados.

El presente estudio trata de llamar la atención de los profesionales del Derecho sobre el cambio que ha experimentado la cuestión de la aplicación del Derecho extranjero tras la entrada en escena de la nueva LEC 1/2000, respondiendo a preguntas clave tales como: siendo aplicable un Derecho extranjero, ¿deben las partes probarlo o debe probarlo el juez? ¿Pueden las partes prescindir del Derecho extranjero y basar su demanda en el Derecho español?

El tratamiento jurídico procesal del Derecho extranjero ha atravesado diversas etapas en nuestro DIPr. El ordenamiento español careció de una regulación legal de esta importantísima cuestión hasta 1974. Hasta esa fecha, el TS mantuvo un tratamiento procesal del Derecho extranjero como “hecho procesal”. Esta postura no es un capricho o un desprecio por el sistema de DIPr. Responde a presupuestos históricos claros. En efecto, en un primer momento, desde la Estatutaria medieval hasta el siglo XX, todos los sistemas de DIPr. del mundo siguieron la misma postura: el Derecho extranjero se considera un *hecho procesal* y recibe el tratamiento procesal previsto para los *hechos procesales*.

La base teórica de esta tesis es muy sencilla: se parte de que el DIPr. es una rama jurídica que delimita el ejercicio de las competencias legislativas por los Estados: el DIPr. resuelve problemas de Soberanía legislativa de los Estados. Así las cosas, en ocasiones, debe aplicarse Derecho extranjero. Pero la aplicación de un Derecho extranjero en otro país debe respetar la Soberanía de ese país. Por ello, no es posible aplicar en un país un Derecho, –que es un producto de la Soberanía de un país extranjero–, en concepto de tal *Derecho*. Aplicar en España el Derecho extranjero y tratarlo como auténtico *Derecho* supondría un atentado insostenible contra nuestra Soberanía: aceptaríamos en España “mandatos legislativos extranjeros”. Solución al problema: se recurre al artificio de considerar que el Derecho extranjero es un *hecho procesal* (H. MUIR-WATT, J. DERRUPÉ).

Las consecuencias de esta tesis surgen con claridad: a) El Derecho extranjero se considera un *hecho procesal*, para no dañar la Soberanía del país que aplica Derecho extranjero. Como tal *hecho procesal*, corresponde a las *partes* su alegación y prueba; b) Los tribunales asisten como meros *espectadores* a la labor de las partes: la máxima *jura novit curia* no alcanza al Derecho extranjero. Sólo cubre el Derecho nacional del país al que pertenece el tribunal que conoce del asunto. Los tribunales no soportan el *coste* de la prueba del Derecho extranjero; c) Si las partes no alegan o no prueban el Derecho extranjero, éste no podrá aplicarse, –no consta en autos: es como si no se hubieran probado ciertos hechos–, y habrá que juzgar sobre la base del Derecho material del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*).

La mayor parte de los sistemas occidentales de DIPr. trataron procesalmente al Derecho extranjero como un mero *hecho*. Como tal, el Derecho extranjero debía ser alegado y probado por las *partes*. Este modelo es el que tradicionalmente han seguido los países anglosajones (Reino Unido: decisión de Lord Mansfield de 1774, caso *Mostyn vs. Frabrigas*; Estados Unidos: decisión del juez Marshall de 1804, caso *Church vs. Hubbard*), y el que el TS español acogió en el siglo XIX (STS 21 junio 1864, STS 13 enero 1885, STS 26 mayo 1887, STS 7 noviembre 1896).

Pero ya en el siglo XX este *sistema puro* (*Derecho extranjero = hechos procesales*) necesitó ciertas *correcciones*, porque se había convertido un nido de fraudes: bastaba no alegar ni probar el Derecho extranjero para evitar la aplicación del mismo y provocar la aplicación de la *Lex Fori* (J.DE YANGUAS MESSÍA, H.U. WALDER). De este modo, los sistemas de DIPr. evolucionaron de dos modos:

1º) Algunos sistemas siguieron afirmando que corresponde a las partes la alegación y prueba del Derecho extranjero pero admitieron que el tribunal pudiera *intervenir* en la prueba del Derecho extranjero. Este sistema se siguió en España por el TS sobre una particular interpretación del art.12.6.II Cc.; también fue el acogido en los países anglosajones (M. WOLFF). De todos modos, el citado art.12.6.II Cc. abordó el tema de modo tímido, resbaladizo y balbuceante: dio lugar a varias interpretaciones contradictorias posibles y así, mientras que parte de la jurisprudencia menor caminó en un sentido, –si las partes no probaban el Derecho extranjero, lo debería hacer el juez–, el TS siguió aplicando su centenaria jurisprudencia: el Derecho extranjero es un hecho, si no se prueba por las partes no se aplicará; el juez puede intervenir en la prueba pero no está obligado a ello.

2º) Otros sistemas cambiaron de principio-base y optaron por un sistema de aplicación de oficio del Derecho extranjero. En ciertos países se consideró que el Derecho extranjero era *Derecho* y la máxima *jura novit curia* era aplicable, también, al Derecho extranjero. El tribunal que conoce del caso debe acreditar *de oficio* el contenido del Derecho extranjero, todo ello, en homenaje a la *función* que desarrolla el Derecho extranjero, una función jurídica. Su base teórica es clara: a) El DIPr. no resuelve conflictos de Soberanías entre los Estados. Aplicar Derecho extranjero en un país no daña la Soberanía de dicho país. Así, el Derecho extranjero no está *vigente* en España, –la Soberanía está, pues, a salvo–, sino que simplemente es *aplicable* a un supuesto por mandato del mismo legislador español; b) Por tanto, no hay por qué tratar al Derecho extranjero como un *hecho procesal*. Puede ser tratado como lo que realmente es y de acuerdo con la función que desarrolla –una función jurídica: resolver el caso–. Por tanto, el Derecho extranjero es *Derecho*. Como tal, debe ser acreditado y aplicado *de oficio* por el tribunal que conoce del caso.

Las consecuencias de esta tesis son evidentes: a) Se evitan los *fraudes* en los que podrían incurrir las partes, evitando que la falta de prueba del Derecho extranjero por las mismas llevase a la aplicación del Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*); b) Elimina el *Forum Shopping*; c) Refuerza la *seguridad jurídica* en DIPr. y la *imperatividad* de sus normas. Coadyuva, pues, a un correcto funcionamiento del sistema de DIPr., pues se asegura la aplicación de las Leyes indicadas por las normas de conflicto (P. PICONE); d) No obstante, tiene el inconveniente de generar un *alto coste* para los tribunales. Sobre sus espaldas pesa la dura obligación de probar un Derecho extranjero; e) Otro inconveniente es que puede “sorprender” a las partes, que pueden no conocer el Derecho extranjero, –con lo que no pueden ajustar sus comportamientos al mismo–, o bien no esperaban ver aplicado un Derecho extranjero (I. ZAJTAY).

No obstante, incluso en los países que aceptan este cambio de rumbo, la máxima

*jura novit curia* no se acepta con todo su rigor, pues existen varios datos que atenúan este principio: a) El Derecho extranjero puede no aplicarse si no es posible su “prueba”; b) Existen “medios de conocimiento” del Derecho extranjero distintos a los previstos para acreditar el Derecho nacional; c) Las partes pueden colaborar en la prueba del Derecho extranjero; d) No se exige de los jueces que conozcan el Derecho extranjero, sino que investiguen su contenido. Siguen este modelo el art.16 LDIPr. Suiza 1987, el art.14 LDIPr. Italia 1995, el art.5 DLDIPr. Hungría 1979, los arts.3 y 4 LDIPr. Austria 1978, el art.293 ZPO Alemana. Con particularidades muy señaladas, el DIPr. francés también parece acoger, en la actualidad, el sistema de aplicación *de oficio* del Derecho extranjero en aquellas materias que afectan a “derechos no disponibles por las partes” y en relación con normas de conflicto convencionales (Sents. *Cour Cassation* 11 junio 1996 y 14 mayo 1996), si bien esta posición es muy criticada por la doctrina de dicho país (B. AUDIT).

## II. LA NUEVA REGULACIÓN DE LA ALEGACIÓN Y PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO.

### 1. IMPERATIVIDAD DE LA NORMA DE CONFLICTO, PRINCIPIO DISPOSITIVO DEL PROCESO CIVIL, Y TEXTURA ABIERTA DEL SISTEMA DE PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO.

En DIPr. español, actualmente la cuestión ha entrado en una nueva dimensión con ocasión de la nueva regulación ofrecida sobre el tema por la LEC 1/2000 de 7 enero 2000 (BOE núm.7 de 8 enero 2000). El presente estudio se centra en responder a la siguiente pregunta: ¿cómo se *alega* y se *prueba* el Derecho extranjero en un proceso que se sigue ante tribunales españoles?

El art.12.6.II Cc. redactado en 1974, precepto que se ocupaba del régimen jurídico del tratamiento procesal del Derecho extranjero en España, ha sido derogado por la Disposición derogatoria única, núm.2, 1º de la LEC. En su lugar han visto la luz los arts.281.2 y 282 LEC 1/2000. El texto de estas disposiciones es el siguiente:

Artículo 281.2: “También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. 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. (...)”

Artículo 282. “*Iniciativa de la actividad probatoria*. Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley”.

Debe avanzarse que la resolución del problema de la alegación y prueba del Derecho extranjero en DIPr. español se construye sobre tres grandes principios: a) La *imperatividad* de las normas de conflicto; b) El *principio dispositivo* que vertebra el proceso civil; c) Un *sistema flexible* de prueba del Derecho extranjero, que a veces

corresponde a las partes y, a veces, al juez.

a) Un principio de DIPr.: las normas de conflicto son *imperativas*: el art.12.6.I Cc. sigue vigente: “*Los tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español*”. Si una Ley extranjera debe regir un caso, debe entonces, aplicarse dicha *Ley extranjera* y ninguna otra, incluida la española (STS 6 junio 1969, STS 5 noviembre 1971, SAP Barcelona 15 septiembre 1998). Las normas procesales no deben traicionar esta *idea-fuerza* del DIPr. (F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ).

b) Un principio propio del Derecho procesal civil: el *principio dispositivo*. Como avanza la Exposición de Motivos de la LEC: “*La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil sigue inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus razonables consecuencias (...) Es a quien cree necesitar tutela a quien se atribuyen las cargas de pedirla, determinarla con suficiente precisión, alegar y probar los hechos y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela*”. El demandante debe proporcionar al juez en su demanda un *petitum*, –lo que se pide: *ad ex.* pido tres millones de ptas.–, basada en una *causa petendi* –unos hechos (*ad ex.* fallecimiento de una persona y sucesión *mortis causa* de la misma) y una fundamentación jurídica concreta (*ad ex.* testamento válido que instituye heredero único al demandante y correspondientes preceptos de un Código que me facultan para ser declarado heredero)–. *Petitum* y *causa petendi*, así entendida, –y siguiendo en este punto, nada pacífico en la doctrina procesalista, las tesis de A. DE LA OLIVA e I. TAPIA FERNÁNDEZ–, conforman el “objeto del proceso”. La sentencia debe dar o no dar lo pedido (*petitum*) pero en base exclusiva a los *hechos materiales* y a la *fundamentación jurídica* proporcionada por los litigantes. No en base a otros hechos o en base a otros fundamentos jurídicos distintos a los que las partes han hecho valer. Eso sería vulnerar la *congruencia* de la sentencia. Por eso, las partes deben proporcionar al juez los *hechos* y la *fundamentación jurídica* en la que se basan. El art.218.1.II LEC así lo indica: “*El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes*”.

c) Un sistema particular de prueba del Derecho extranjero: en la actualidad, el sistema español, como se verá seguidamente, es un sistema de prueba del Derecho extranjero *de textura abierta* (F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, H. LAMBERTS). En efecto: en ocasiones, la prueba del Derecho extranjero corresponde a las partes, en otras ocasiones, corresponderá al juez. Así es: el Derecho extranjero hay que probarlo siempre, sí. La prueba debe constar en autos para que el juez sepa con arreglo a qué material normativo debe fallar y las partes sepan con arreglo a qué normas deben fundamentar sus pretensiones. Pero, ¿debe probar el Derecho extranjero el *juez* o deben hacerlo las *partes*? ¿Qué sistema es preferible?

Cuando un país cuenta con una sociedad fuertemente internacionalizada, los casos de aplicación del Derecho extranjero son muy frecuentes. De ello se beneficia toda la sociedad: abogados, particulares, empresas, etc. En tal caso, el Estado debe asumir el

coste de la prueba del Derecho extranjero: contar con un sistema de aplicación *ex officio* del Derecho extranjero simplifica las cosas y reduce costes (I. ZAJTAY, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ). Por eso, algunos países, como Alemania y Suiza, –que cuentan con millones de ciudadanos extranjeros que habitan y trabajan en su territorio–, disponen de Institutos oficiales de investigación que proporcionan al tribunal *informes* sobre el contenido del Derecho extranjero. La prueba del Derecho extranjero es, así, sencilla y veloz, y no supone una carga pesada sobre los hombros de la magistratura nacional.

Cuando en un país los casos de aplicación del Derecho extranjero son escasos, poner la carga de la acreditación del Derecho extranjero en manos de la judicatura no es razonable ni económico. Seamos realistas: ¿es razonable exigir al Sr. Juez de Primera Instancia de Quintanilla de Onésimo que pruebe *ex officio* el Derecho armenio aplicable a un divorcio entre armenios? ¿No implica ello un coste excesivo para la Administración de Justicia española, ya de por sí bastante cargada de asuntos que resolver?

En estos países, deben ser las partes las que proporcionen al juez el contenido del Derecho extranjero. Ésta debe ser la regla base. Pero dicha regla debe admitir *excepciones*, porque en ciertos casos, la aplicación del Derecho extranjero a instancia de parte puede comportar injusticias y entonces será necesario que intervenga el juez porque sólo la aplicación de un Derecho extranjero conduce a una solución justa.

Siguiendo lo afirmado por F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, en la actualidad, los arts.281 y 282 LEC dan cuerpo a un sistema de prueba del Derecho extranjero *de textura abierta*. El legislador no ha querido tomar partido por un *sistema rígido* de prueba del Derecho extranjero, de modo que sean siempre las partes o siempre el juez los que deban, en todos los casos, probar el Derecho extranjero. No todos los casos son iguales. Dos variables influyen:

1º) El *tipo de remisión* realizado por la norma de conflicto. Hay normas de conflicto que exigen, para su correcta aplicación, una acreditación de oficio del Derecho extranjero, como son, por ejemplo, las normas de conflicto materialmente orientadas. Otras normas de conflicto ofrecen tutela judicial al demandante siempre que éste pruebe el Derecho extranjero: no existe un interés general en que el caso se regule por un Derecho extranjero. En estos supuestos, la parte sabe que si quiere tutela judicial debe pedirla con base en un Derecho extranjero.

2º) La *actitud observada por las partes* a la hora de la prueba del Derecho extranjero. Existen supuestos en los que las partes pueden probar perfectamente el Derecho extranjero. Deberán, pues, hacerlo. En otros casos, las partes, por sí solas, no pueden probarlo y necesitan del auxilio del tribunal. Entonces, el tribunal *debe colaborar* en dicha prueba. Finalmente, visto que las normas de conflicto españolas son imperativas, no puede permitirse que una actitud de “brazos cruzados” de las partes tenga como resultado evitar la aplicación del Derecho extranjero designado por la norma de conflicto española y provocar la cómoda aplicación del Derecho español.

Resultado: en algunos casos, el Derecho extranjero será aplicable a *instancia de parte*; en otros, será aplicable *de oficio*. Es criticable, ciertamente, que el art.281 LEC no haya fijado de modo expreso en qué casos debe probarse *de oficio* y qué casos debe

probarse a instancia de parte el Derecho extranjero. De nuevo el legislador se muestra pacato y corto de miras, dejando la cuestión a la práctica, terreno deslizante en el que la inercia de más de cien años de jurisprudencia del TS puede jugar en contra de una correcta aplicación del sistema español de DIPr.

Combinando los tres grandes principios antes citados, *–imperatividad de la norma de conflicto, dispositividad del proceso civil y sistema de textura abierta de la prueba del Derecho extranjero–*, pueden solventarse los diferentes supuestos de alegación y prueba del Derecho extranjero. Para ello habrán de distinguirse, *–y siguiendo el esquema propuesto por F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ en su excelente ensayo titulado “Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial”–*, varios casos posibles.

## 2. FALTA DE ALEGACIÓN Y PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO POR LAS PARTES.

El supuesto problemático más frecuente es aquél en el que las partes plantean la demanda y la contestación a la misma basándose en el *Derecho español*, haciendo caso omiso del hecho de que, por mandato de la norma de conflicto española, el pleito se rige por un *Derecho extranjero*. Dos marroquíes presentan de mutuo acuerdo una demanda de divorcio argumentada sobre el Código civil español, cuando es sabido que el divorcio entre dos marroquíes se rige por la Ley marroquí, Ley nacional común de los cónyuges (art.107.I Cc.). Pero el supuesto tiene fácil arreglo.

Cuando un juez resuelve un caso de DIPr. debe atenerse a lo que las partes piden (*petitum*) y a los *hechos y razonamientos jurídicos* en los que se basan las partes (*causa petendi*). Si los hechos aportados no son suficientes para sustentar la petición o si la argumentación jurídica de la parte no es la correcta el juez debe desestimar la demanda.

El trabajo de las partes y de sus abogados es proporcionar al juez los hechos y la *fundamentación jurídica* que quieren hacer valer. Si el abogado de la parte reclama en base al *Derecho español* los derechos hereditarios de su cliente en el caso de una sucesión de sujeto italiano, no está haciendo bien su trabajo (art.9.8 Cc.: la Ley aplicable es la italiana, no la española). El juez no tiene por qué aplicar el Derecho italiano y hacer el trabajo que corresponde realizar al abogado y por que el que cobra. El juez no puede acudir a *fundamentos jurídicos*, *–el Derecho italiano–*, distintos a los que las partes hicieron valer *–el Derecho material español–* (art.218.1.II LEC). Además, la parte demandada debe saber qué fundamentación jurídica emplea la parte demandante para defenderse contra dicha fundamentación, no contra otra que pudiera introducir *ex officio* el juez competente.

Así las cosas, puede suceder que, siendo aplicable un *Derecho extranjero* por designación de nuestras normas de conflicto, las partes argumenten exclusivamente, sobre el *Derecho español*. Es un caso bastante frecuente. Pues bien: en nuestro sistema las normas de conflicto son *imperativas*. Si debe aplicarse un Derecho extranjero, éste, *–y no otro Derecho–*, resolverá la controversia (art.12.6.I Cc.). Por ello, las partes deben pedir lo que procede al tribunal fundándose en el *Derecho extranjero*. Ésta es la argumentación jurídica correcta. Si se fundan en el *Derecho español*, el tribunal no puede

acudir a “fundamentos de Derecho distintos a los que las partes han querido hacer valer” (art.218.1.II LEC) y aplicar el *Derecho extranjero* al que remite la norma de conflicto española. El juez, por tanto, está obligado a dictar una sentencia que desestime la demanda.

¿Qué efectos tiene esa sentencia desestimatoria? Varios y de gran importancia:

1º) Esta sentencia no comporta “denegación de Justicia” ni supone un “*non liquet*”. Significa, simplemente, que la demanda no ha sido correctamente planteada desde un prisma jurídico: debía haberse argumentado con arreglo al Derecho extranjero y se argumentó, erróneamente, con base en el Derecho español. A demanda mal planteada jurídicamente se responde con desestimación de la misma. Lógico y razonable.

2º) Produce un efecto de cosa juzgada, por así llamarlo, “limitado”. En efecto, desestimada la demanda, –en la que realmente no se entra en el *fondo del asunto*–, el actor puede volver a instar su pretensión alterando la “causa de pedir”, esto es: fundándose en el *Derecho extranjero* aplicable según nuestras normas de conflicto y no en el Derecho español. Alterada la “causa de pedir”, la cosa juzgada del primer pleito no impide el segundo pleito, cuya “causa de pedir” es diferente (F.F. GARAU SOBRINO, I. TAPIA FERNÁNDEZ). Lo que el juez dice a la parte es: “El *Derecho extranjero* es la base de la fundamentación jurídica correcta: base usted su demanda en el Derecho extranjero y pruébelo, y entonces tendrá opciones para ganar su pleito, pero no me cargue a mí con el peso de buscarle la argumentación correcta de su petición, ése es su trabajo, no el mío, y para eso le paga su cliente”. Esta regla sirve también, pues, para responsabilizar al abogado, –le incita a hacer bien su trabajo–, y para que la parte busque un abogado competente o cambie de abogado si el primero que eligió no basó su demanda en el Derecho extranjero debiendo haberlo hecho.

3º) Se respeta escrupulosamente la *imperatividad* de la norma de conflicto: si el Derecho extranjero era aplicable, no se puede resolver con arreglo al Derecho español.

Hay que decir que esta postura venía siendo seguida, en pleitos de DIPr., por cierta jurisprudencia ya antes del art.281.2 LEC: STS 19 diciembre 1977, SAP Bilbao 31 junio 1991, SAP Alicante, Sec.4ª, 4 octubre 1995, SAP Murcia 11 diciembre 1995, SAP Málaga 17 mayo 1995, STSJ Madrid (Social) 7 julio 1997, SAP Barcelona 15 septiembre 1998. El art.218.1.II y 281.2 LEC recogen esta línea jurisprudencial.

Así las cosas, véanse dos ejemplos:

1º) Dos portugueses solicitan el divorcio ante juez español. La cuestión se rige por la Ley portuguesa: art.107.I Cc., pero las partes no alegan ni prueban la Ley extranjera: argumentan según el Derecho español. Según el art.12.6.I Cc. y el art.107.I Cc., el Derecho aplicable es el portugués y no el español. Pero el juez debe atenerse a las fundamentaciones jurídicas de las partes: si éstas se basan en el Derecho español y no en el portugués, no tendrá más salida que desestimar la demanda: art.218.2 LEC. Los abogados hicieron mal su trabajo, y el juez no les va a solventar algo que corresponde hacer bien a los abogados. Si el juez aplicara *de oficio* el Derecho portugués, vulneraría el *principio dispositivo* y la *congruencia* de la sentencia. Por eso, al modesto juicio de quienes esto escriben, se equivocó la SAP Oviedo, Sec.4ª, 13 marzo 1990, en la que el

juez aplicó de oficio la Ley portuguesa ante la pasividad de las partes, que fundamentaron sus posiciones en el Derecho español. Debió, simplemente, desestimar la demanda y no cargar con un trabajo que no era el suyo, sino de los abogados de las partes. Por supuesto, queda abierta la vía para un correcto planteamiento del proceso de divorcio en base al Derecho portugués: basta alterar la fundamentación jurídica de la *causa petendi* y ya tenemos un objeto del proceso nuevo que nos permite litigar ahora correctamente.

Por tanto, si el juez aplica de oficio el Derecho extranjero cuando las partes no se basan en tal Derecho extranjero, –debiendo hacerlo por mandato de nuestras normas de conflicto–, vulnera el *principio dispositivo* que rige el proceso civil (art.218 LEC).

Igualmente, también se equivocan todas aquellas sentencias en las que los jueces, –ante la pasividad de las partes, que ni alegan ni prueban el Derecho extranjero–, se arrojan plácidamente en los cómodos brazos de la Ley española y fallan en base a la misma (STS 15 marzo 1984 y STS 7 septiembre 1990, por ejemplo). Eso es vulnerar el *carácter imperativo* de la norma de conflicto: si es aplicable un *Derecho extranjero* significa que no lo es el Derecho español. Y no es excusa refugiarse en la falsa afirmación de que, si no se prueba el Derecho extranjero, “se presume” que su contenido es igual al del Derecho español (P.R.H. WEBB / F.M. AUBURN).

2º) Dos marroquíes solicitan el divorcio ante juez español y lo hacen basándose exclusivamente en el Derecho español. Solución correcta: desestimar la demanda porque la argumentación justa debe basarse en el Derecho marroquí y no en el Derecho español: art.107.I Cc. y art.12.6.I Cc. Así lo hace la SAP Barcelona 15 septiembre 1998 (Aranz.Civil 1564), que se expresa en términos muy claros: “*En los litigios sobre estado civil entre personas extranjeras la ley material aplicable, tanto en lo que se refiere a las causas de la separación como a sus efectos, cuando la nacionalidad de los esposos sea común, es la Ley de la nacionalidad de los mismos, por imperativo de lo que establece el art.107 CC. (...) La invocación por la parte actora, y la aplicación por el juez de instancia de la ley española, viola los principios y normas de DIPr. vigentes en España, ya que debió alegarse y probarse por la parte demandante el Derecho vigente sobre la materia en el Reino de Marruecos (...) puesto que la elección de la ley aplicable constituye materia de orden público, y no puede renunciarse por las partes a la misma, ni ser subsanada por el Tribunal español, su falta de alegación mediante el mecanismo de la aplicación de la ley española (...).*”

Con este sistema basado en las raíces del *principio dispositivo* del proceso civil y en el *carácter imperativo* de la norma de conflicto se cumplen varios objetivos: 1º) Nunca un pleito regido por una Ley extranjera se resolverá con arreglo a la Ley española por el hecho de que así lo pidan las partes; 2º) Se acaban los fraudes que consistían en no alegar Derecho extranjero y provocar que los jueces acabaran aplicando Derecho material español; 3º) Se respeta escrupulosamente el *carácter imperativo* de la norma de conflicto: si una Ley extranjera debe regir el litigio, así será. Las partes deben basar en dicha Ley sus peticiones y si no lo hacen, perderán el pleito; 4º) Se respeta el *principio dispositivo* y la *congruencia* de la sentencia: no se concederá lo que se pide en base a

fundamentaciones jurídicas correctas (*Derecho extranjero*), distintas a las fundamentaciones jurídicas incorrectas en las que se basan las partes (*Derecho español*). El juez no debe hacer el trabajo que corresponde realizar a los abogados: plantear correctamente, desde un punto de vista jurídico, sus pretensiones de tutela judicial en los casos litigiosos de DIPr.

### 3. LAS PARTES ALEGAN EL DERECHO EXTRANJERO PERO NO LO PRUEBAN.

#### A) SUPUESTOS GENERALES.

En ciertos casos en los que se aplica Derecho extranjero, ello procede en virtud de normas de conflicto que designan el Derecho extranjero aplicable con independencia, *a priori*, de su *contenido material*: divorcio (art.107.I Cc.), sucesiones (art.9.8 Cc.), tutela (art.9.6 Cc.), capacidad de la persona (art.9.1 Cc.), efectos del matrimonio (art.9.2 Cc.), etc.

Pues bien, en estos casos, sobre la parte interesada en la aplicación del Derecho extranjero, recae una “doble carga”: 1º) Debe fundamentar su demanda en el Derecho extranjero, como ya se ha visto –porque si no lo hace, el juez desestimarà la demanda para no incurrir en incongruencia–; 2º) Debe probar el Derecho extranjero.

El *tipo de remisión* “neutral” de la norma de conflicto hace recaer en *las partes* esta “doble carga”. De ese modo, la parte interesada en la aplicación de un determinado *Derecho extranjero material*, deberá basar en tal Derecho su demanda y, posteriormente, deberá probarlo; aquella parte interesada, por el contrario, en que opere el *reenvío de retorno* (art.12.2 Cc.), deberá fundamentar su defensa en el Derecho internacional privado extranjero, –en la norma de conflicto extranjera–, y probar dicha *norma de conflicto extranjera*, –que es también una norma de Derecho extranjero–: STS 15 noviembre 1996. El demandante debe fundamentar su demanda en el Derecho extranjero y probarlo si basa en él su demanda y su pretensión; el demandado debe fundamentar en el Derecho extranjero y probarlo si basa en él su excepción o reconvencción.

Las partes asumen el *coste* de la prueba del Derecho extranjero: es lo justo, pues no existe un *interés general primordial* en aplicar uno u otro Derecho, es un *interés de parte*.

Será raro el caso en el que las partes argumentan en base al *Derecho extranjero* pero no lo prueban. En efecto, si las partes argumentan sobre un Derecho extranjero será porque lo conocen y disponen de él. Pero, en fin, podría suceder. El tribunal debe realizar dos operaciones: a) En la audiencia previa al juicio, advertirá a las partes en este sentido: éstas deben proponer la práctica de la prueba del Derecho extranjero. El tribunal advertirá a las partes de las consecuencias que tendrá el no hacerlo (art.429.1.II LEC); b) Si pese a ello, las partes no prueban el Derecho extranjero, éste no podrá aplicarse y el tribunal tampoco debe probarlo. Dictará sentencia y desestimarà las pretensiones de las partes. Aquí las consecuencias procesales son muy fuertes: la sentencia producirà efectos de cosa juzgada –*petitum* y *causa petendi* no variarán en el futuro–: el pleito no podrá repetirse. No es cuestión de repetir el proceso en múltiples ocasiones hasta que los

abogados hagan bien su trabajo: fundar en el Derecho extranjero las pretensiones y proporcionar la prueba del Derecho extranjero para que conste en autos.

*B) NECESARIA INTERVENCIÓN JUDICIAL.*

No obstante, existen supuestos en los que concurre un claro *interés del legislador* en que se aplique el Derecho extranjero. Ese interés debe, en tal caso, prevalecer. La situación se produce en cuatro casos:

1º) En las normas de conflicto que conducen a uno u otro determinado *Derecho extranjero* según el *contenido material* de éste, *–normas de conflicto materialmente orientadas–*, pues el legislador persigue un determinado resultado que puede necesitar forzosamente la prueba del Derecho extranjero *–protección del menor, defensa del consumidor, del trabajador o del acreedor de alimentos, etc.–* (F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ).

2º) En las normas de conflicto contenidas en *Convenios internacionales*, es fundamental que el Derecho designado por dichas normas sea el mismo con independencia del tribunal, español o extranjero, que conozca del asunto. Por ello, *–y para garantizar la uniformidad de soluciones propia del Convenio–*, si el Derecho aplicable es un Derecho extranjero, éste deberá aplicarse de oficio (P. MAYER, M.L. NIBOYET-HOEGY, Y. LEQUETTE). La obligación de aplicar de oficio el Derecho extranjero debe extenderse, por el mismo motivo, al Derecho extranjero designado por normas de *Derecho comunitario* o normas nacionales dictadas en desarrollo del Derecho comunitario *–ad ex. Leyes que transponen Directivas comunitarias–*.

3º) También deben ser aplicadas de oficio las *normas internacionalmente imperativas del Derecho extranjero (Eingriffsnormen)*, cuya aplicación al caso esté prevista por normas de extensión extranjeras y permitida por el DIPr. del país cuyos tribunales conocen del asunto (F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ).

4º) El tribunal *debe intervenir* para probar el Derecho extranjero cuando las partes intentan probar el Derecho extranjero, pero a pesar de intentar dicha prueba de buena fe, *–las partes tienen la carga subjetiva de realizar dicha prueba: deben intentarlo–*, no consiguen hacerlo. En tal caso, el tribunal *está obligado* a intervenir en la prueba del Derecho extranjero y a completarla (STC 17 enero 2000). La facultad de intervención del juez está revestida, en este caso, de trascendencia constitucional: su no intervención causaría una lesión de la tutela judicial efectiva (art.24 CE), y podría incluso recurrirse en amparo ante el TC. Además, el papel del tribunal en la prueba del Derecho extranjero es *reglado*, *–ayuda a las partes a probar el Derecho extranjero o, en casos específicos, incluso lo debe probar de oficio–*, y no *discrecional* y mucho menos *arbitrario*. Las partes tienen la *carga subjetiva* de la prueba del Derecho extranjero, *–lo deben intentar de buena fe–*, no una *carga objetiva*, de modo que si no lo consiguen, el tribunal *debe* colaborar en ello. Debe ayudar a las partes a conseguir la tutela judicial efectiva y la Ley le faculta a ello (art.281.2 LEC), luego *debe* hacerlo.

En estos cuatro casos, para garantizar la prueba y aplicación del Derecho

extranjero, las partes pueden probarlo, pero si no lo hacen, el tribunal estará obligado a probar, *de oficio*, el Derecho extranjero. El *coste* de probar el Derecho extranjero lo asume el tribunal y es justo que así sea: un *interés esencial* así lo exige, el juez debe cumplir una misión reforzada consistente en defender dicho *interés esencial* (P. MAYER). El tribunal no desarrolla una actividad necesariamente “complementaria” a la actividad de las partes cuando se trata de probar el Derecho extranjero. El art.281.2 LEC ha suprimido dicho *carácter complementario*, –presente en el anterior art.12.6.II Cc. mediante la utilización del adverbio “además”–. Es más: la intervención del tribunal al respecto no puede ser arbitraria, sino *razonable*, de modo que debe tender a favorecer la tutela judicial efectiva de las partes, como ha indicado la STC 10/2000 de 17 enero.

Así, por ejemplo, el art.9.3 Cc. es una norma de conflicto con puntos de conexión *alternativos*: se aplica, en su caso, el Derecho que conduce a la validez de las capitulaciones matrimoniales. La aplicación de uno u otro Derecho depende de su *contenido*. Por ello, si la prueba del Derecho extranjero se confía exclusivamente a las partes, y no al juez, podría frustrarse el objetivo perseguido por el legislador. Por tanto, en dicho caso, si las partes no prueban el Derecho extranjero, lo hará, de oficio, el tribunal que conoce del caso. Objetivo: salvar la validez de las capitulaciones matrimoniales.

¿Qué medios puede utilizar el tribunal para probar el Derecho extranjero? Dos datos deben dejarse claros:

1º) El tribunal no puede realizar o completar la prueba del Derecho extranjero mediante su conocimiento privado (*private Wissen*) de la Ley extranjera. El Derecho extranjero debe ser siempre “objeto de prueba” y dicha prueba debe constar en los autos. Ello es lógico: así las partes saben a qué atenerse, ya que éstas no tiene obligación de conocer el Derecho extranjero como sí tiene la obligación de conocer el Derecho nacional.

2º) Cuando el tribunal prueba o completa la prueba del Derecho extranjero, puede valerse de “de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación” (art.281.2 LEC). Podrá, pues, emplear *cualquier mecanismo técnico* previsto legalmente y que resulte adecuado para acreditar el Derecho extranjero: consulta a Notario, consulta a diplomáticos españoles y extranjeros, etc. El art.281.2 LEC faculta al tribunal para utilizar también los mecanismos de acreditación del Derecho extranjero previstos en ciertos Convenios internacionales que se ocupan de la cuestión, como el Convenio europeo hecho en Londres, de 7 junio 1968 sobre información del Derecho extranjero, completado por el Protocolo adicional hecho en Estrasburgo el 15 marzo 1978 y la Convención interamericana sobre prueba e información del Derecho extranjero, hecha en Montevideo el 8 mayo 1979 o ciertos Convenios bilaterales que obligan a España y prevén determinadas medidas de intercambio de información sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados parte. Debe decirse que en la práctica, los tribunales suelen solicitar información a la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia: en 1998, se cursaron más de 600 peticiones de información sobre contenido de Leyes extranjeras (A. AZPARREN LUCAS). Los Convenios internacionales citados pertenecen a ese oscuro

grupo de Convenios de DIPr. vigentes pero de escasa o nula aplicación práctica.

#### 4. LAS PARTES ALEGAN Y PRUEBAN EL DERECHO EXTRANJERO.

En los casos, antes examinados, en los que se aplica Derecho extranjero en virtud de normas de conflicto que designan el Derecho extranjero aplicable con independencia, *a priori*, de su *contenido material*, las partes deben alegar el Derecho extranjero y deben probarlo. Es lo que el legislador espera que hagan. Por tanto, lo más normal es que cuando las partes basan su demanda o contestación a la demanda en un Derecho extranjero, es porque disponen de dicho material jurídico y por tanto, las partes van a probar el Derecho extranjero. Nada que objetar: es la voluntad del legislador. Si la parte logra probar suficientemente el Derecho extranjero, éste se aplicará al caso y zanjará la controversia.

Aunque el TS afirma que la prueba del Derecho extranjero no debe suscitar “la menor duda razonable a los tribunales españoles” (STS 11 mayo 1989, STS 25 enero 1999), ello es, sin duda, exagerado. Basta con que el juez español quede convencido *razonablemente* del contenido y sentido del Derecho extranjero (F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ).

### III. PRUEBA FRUSTRADA DEL DERECHO EXTRANJERO.

Hay casos en los que la prueba del Derecho extranjero puede resultar *imposible*, –Estado de reciente creación, países envueltos en conflictos bélicos, etc.–. En dichos supuestos, el art.281.2 LEC guarda, injustificadamente, silencio. Ante la laguna, dos soluciones son posibles (I. ZAJTAY, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ): 1º) Se puede presumir la voluntad del legislador de, en tal caso, acudir al Derecho designado por el siguiente punto de conexión de la norma de conflicto, si lo hay; 2º) En caso contrario, –*ad ex*. norma de conflicto con punto de conexión único–, se aplicará el Derecho español.

El TS ha sido menos sutil. Ante la *prueba frustrada* del Derecho extranjero, la jurisprudencia suele acudir directamente al *Derecho español*. Es ésta una postura ya antigua defendida por el TS (STS 13 febrero 1974; STS 12 marzo 1970; STS 19 septiembre 1961; STS 16 octubre 1940; STS 11 mayo 1989; STS 21 junio 1989; STS 23 marzo 1994; STS 7 septiembre 1990; STS 25 enero 1999; también SAP Málaga, Civil, 11 julio 1996). La justificación de la aplicación de la Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*) ha sido variada:

1º) La *Lex Fori* presenta una *competencia general y residual* para regular todo supuesto de Derecho privado (E. BARTIN, H. BATIFFOL). Por ello, ante la falta de la regla especial, –aplicación del Derecho extranjero–, se vuelve a la *regla general* –aplicación del Derecho interno español–. Esta solución refleja una concepción territorialista: cada Estado es Soberano sobre su territorio, por lo que, siendo imposible la aplicación de un Derecho extranjero, aplicará sus propias Leyes.

2º) Es, simplemente, la última *ratio* para solventar el caso, la solución más sencilla

y la única posible (E. VITTA, J.M. BISCHOFF). No es la solución óptima, pero funciona en ausencia de otra “regla mejor”.

La doctrina ha propuesto otras soluciones: rechazar la demanda, aplicar el Derecho que más se aproxime al Derecho extranjero inaplicable (*Mutterrecht*), aplicar un “Derecho uniforme” (*Ersatzrecht*) surgido de una síntesis entre los ordenamientos jurídicos en presencia (P. SCHLESINGER) o la resolución judicial del caso. Pero estas soluciones no tienen cabida en nuestro DIPr.

#### IV. PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO: MOMENTO PROCESAL OPORTUNO

El Derecho extranjero debe ser *siempre* probado. Lo exige expresamente el art.281 LEC. No hay excepciones a este principio. Así lo había ya confirmado el TS en abundante jurisprudencia: *vid.* entre otras, STS 7 noviembre 1896, STS 9 enero 1936, STS 6 junio 1969; STS 12 noviembre 1976; STS 19 diciembre 1977; STS 23 octubre 1992, STS 18 febrero 1993, STS 10 marzo 1993.

Esta exigencia es consecuencia del *carácter extranjero* del Derecho que resolverá la pretensión: el tribunal y las partes están obligados a conocer las normas jurídicas *españolas* (art.6.1 Cc.), pero no las normas jurídicas *extranjeras* (I. ZAJTAY). Mediante la prueba del Derecho extranjero, éste queda fijado en el proceso: las partes pueden adaptar sus comportamientos jurídicos al mismo y el juez puede fallar con arreglo al mismo.

Sin embargo, probar *Derecho extranjero* no es probar *hechos procesales*. El régimen de prueba del Derecho extranjero es *sui generis*. La prueba del Derecho extranjero podrá practicarse en los momentos en los que procede la *práctica documental y pericial* –por ser éstos los medios habituales de prueba del Derecho extranjero–.

Ahora bien: no tratándose de hechos procesales, la práctica de la prueba del Derecho extranjero debería admitirse también en *apelación y casación*, en contra de la praxis seguida hasta ahora por el TS.

En efecto, el TS ha venido sosteniendo que la prueba del derecho extranjero debe hacerse en *primera instancia* y no en apelación ni tampoco en casación. La explicación, para el TS, era lógica y sencilla. El Derecho extranjero se comporta, procesalmente, como un *hecho*: si no se alega y prueba en primera instancia, dicha posibilidad *precluye*. Así lo ha señalado constantemente el TS. El TS ha remarcado, además, que no cabe probar el Derecho extranjero en los llamados *escritos de conclusiones* (art.433.3 LEC: STS 10 julio 1934 y STS 21 febrero 1935). Pero esta postura debe estimarse superada, pues la ecuación “Derecho extranjero = hecho procesal” no es cierta en el contexto del art.281.2 LEC.

#### V. OBJETO DE LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO.

Debe probarse el *Derecho extranjero*. El art.281 LEC sólo indica que hay que probar el *contenido* y la *vigencia* del Derecho extranjero. No ha estado fino el legislador, ciertamente, pues el mero *contenido* y la mera *vigencia* de las normas extranjeras no son

datos suficientes para que un juez español falle del modo más aproximado a como lo haría un órgano jurisdiccional de dicho Estado extranjero, que es de lo que se trata, como bien ha remarcado el TS (STS 30 junio 1962, STS 5 noviembre 1971). El legislador se ha limitado a copiar, con escasa inteligencia, lo que a este respecto, decía el ya trasnochado art.12.6.II Cc., que se refería, igualmente, a la prueba del *contenido* y de la *vigencia* del Derecho extranjero.

El Derecho extranjero debe ser objeto de una *prueba más detallada* y esto no es un capricho. Es preciso acreditar, con la mayor exactitud posible, el material jurídico que resuelve las pretensiones de las partes. Por eso el TS exige que se prueben varios extremos (STS 11 mayo 1989, STS 12 diciembre 1935, STS 23 octubre 1992, STS 25 enero 1999, STS 12 enero 1989, STS 10 julio 1900, STS 7 septiembre 1990, STS 16 julio 1991, STS 13 enero 1887, STS 12 mayo 1887, STS 12 julio 1904, STS 19 noviembre 1904, STS 30 junio 1962): a) *Contenido* del Derecho extranjero: el tenor literal de las normas extranjeras; b) *Vigencia* del Derecho extranjero: su condición de Derecho positivo vigente; c) *Existencia* del Derecho extranjero: piénsese en países de reciente creación, que pueden carecer de un ordenamiento jurídico propio o que prolongan la vigencia del Derecho del país del que se han separado; d) *Interpretación concreta* de los preceptos aplicables del Derecho extranjero: ello incluye, en su caso, la prueba del criterio jurisprudencial seguido en el Estado cuya Ley es aplicable; e) *Aplicabilidad* del Derecho extranjero al caso concreto.

¿Qué tendencia prevalecerá? ¿Bastará probar *contenido* y *vigencia* del Derecho extranjero o se impondrá la *prueba detallada* que exige el TS? Esta última postura, pese al criterio legal, es preferible, de modo que puede estimarse que el legislador ha sufrido un *lapsus calami* al asimilar la doctrina jurisprudencial del TS sobre esta materia en el art.281.2 LEC o que su postura es muy general y que requiere una precisión jurisprudencial ulterior. En todo caso, estimar bastante la prueba del *contenido* y *vigencia* del Derecho extranjero produciría resultados perniciosos: se podría aplicar erróneamente el Derecho extranjero, por ejemplo siguiendo una línea interpretativa que no siguen los tribunales del país cuyo Derecho se trata de aplicar.

Cuando debe aplicarse un Derecho extranjero por el juez español, éste debe fallar del modo más aproximado a como lo haría un tribunal de dicho Estado (STS 30 junio 1962, STS 5 noviembre 1971). Ello supone asumir cuatro datos:

1º) En principio, *todas* las normas jurídicas del Derecho extranjero son, pues, de aplicación. La remisión que la norma de conflicto hace al Derecho extranjero es *íntegra*. Ello incluye no sólo las normas extranjeras de *Derecho interno* (Civil, Mercantil), sino también las *normas materiales especiales del Derecho extranjero* y las *normas de extensión del Derecho extranjero*. Este principio sufre una excepción: el juez español no aplicará las *normas de conflicto extranjeras*, salvo en los casos en los que se admite el reenvío de retorno (art.12.2 Cc.) y el reenvío de segundo grado (arts.98 y 162 LCCh.).

2º) Como se ha dicho, deben aplicarse *todas las normas extranjeras* que sean de aplicación al caso, sean del tipo que sean –normas escritas, costumbre, equidad, jurisprudencia, etc.–. Así, la SAP Barcelona 12 noviembre 1999 aplicó los preceptos

legales ingleses correspondientes que la parte había probado, pero también aplicó la *Equity* como fuente normativa propia del Derecho inglés.

3º) El Derecho extranjero debe ser aplicado en sintonía con la *interpretación* que del mismo se hace en el país extranjero en cuestión.

4º) Por otro lado, el juez español aplicará las normas del Derecho extranjero, ya sean de Derecho público o privado, siempre que afecten a relaciones de Derecho privado –entre particulares o entes que actúan en calidad de tales–.

## VI. MEDIOS DE PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO.

La prueba del Derecho extranjero es una *cuestión procesal*. Su práctica se rige por la Ley que regula el proceso que se sigue ante los tribunales españoles (art.3 LEC). Por tanto, sólo pueden admitirse los *medios de prueba contemplados en la Ley española*.

Algunos países, como Alemania y Suiza, –pero no es el caso español, como es sabido–, disponen de Institutos oficiales de investigación que proporcionan al tribunal *informes* sobre el contenido del Derecho extranjero.

Otros países admiten medios de prueba del Derecho extranjero desconocidos en España. Es el caso del “testigo experto en Derecho extranjero” (*Expert Witness*), admitido en ciertos *States* de los Estados Unidos de América.

El art.281.2 LEC no especifica *qué medios de prueba* deben emplearse para probar el Derecho extranjero. Otra laguna reprochable a la escasa técnica legislativa del precepto.

Sin embargo, no *todos* los medios de prueba previstos en la Ley española (art.299 LEC) son apropiados al efecto. Piénsese en el reconocimiento judicial o en la prueba testifical. Por ello, se aprecia una *flexibilización general* de los medios que se utilizan para concretar el contenido del Derecho extranjero. Como dice la STS 3 marzo 1997, el Derecho extranjero, más que *probarlo*, hay que *acreditarlo*. En este punto, dos posturas son sostenibles:

1º) Podría probarse el Derecho extranjero, *exclusivamente*, mediante la prueba de *documentos públicos*. Nada en el art.281.2 LEC lo impide. Curiosamente, algunos pronunciamientos del TS anteriores a este precepto se han manifestado en este sentido: STS 6 abril 1979, STS 12 enero 1989, STS 17 diciembre 1991, STS 16 julio 1991, STS 17 marzo 1992, STS 15 noviembre 1996, que han dado por probado el Derecho extranjero mediante la sola prueba documental, entendiendo que con ello quedaba satisfecha la necesidad de conocer su contenido, vigencia e interpretación.

2º) No obstante, el TS ha forjado una *línea jurisprudencial dominante* y rígida sobre la cuestión. Aunque en un primer momento el TS se mostró muy liberal en la determinación de los *medios de prueba* del Derecho extranjero (*vid.* STS 21 junio 1864, STS 22 octubre 1867, STS 18 marzo 1875, STS 20 marzo 1877 y STS 27 mayo 1913), a partir de la STS 13 enero 1885 se abre una *línea exigente* en materia de medios de prueba del Derecho extranjero. Y pronto el TS acabará exigiendo la práctica de la *prueba documental* y la *prueba pericial*, cumulativamente: STS 13 enero 1885, STS 19 noviembre 1904, STS 25 febrero 1926, STS 30 marzo 1928, STS 12 diciembre 1935,

STS 6 diciembre 1961, STS 29 septiembre 1961, STS 30 junio 1962, STS 28 octubre 1968, STS 6 junio 1969, STS 5 noviembre 1971, STS 12 marzo 1973, STS 3 febrero 1975, STS 12 noviembre 1976, STS 27 abril 1978, STS 9 noviembre 1984, STS 23 octubre 1992. Ésta es la línea jurisprudencial dominante.

La solución a la polémica debe ser, sin embargo, flexible:

1º) Si el juez queda convencido del contenido, vigencia, existencia, interpretación concreta y aplicabilidad del Derecho extranjero al caso concreto, no exigirá otra prueba más que la *documental*. Puede tratarse de un completo “informe consular” sobre la Ley extranjera que no necesita de más precisiones.

2º) Si el juez considera insuficiente dicha prueba para ilustrar los anteriores extremos, puede pedir a las partes una *prueba pericial* del Derecho extranjero que complemente la mera prueba documental.

## VII. LA DOCTRINA DE LOS “HECHOS ADMITIDOS” Y LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO.

En el régimen general del proceso civil, están exentos de prueba los *hechos admitidos*, esto es, los hechos no controvertidos por las partes en los procesos regidos por el *principio dispositivo* (art.281.3 LEC). Pero tal disposición no alcanza al Derecho extranjero: sólo alcanza a los hechos procesales.

Por otro lado, en ningún caso el Derecho extranjero puede ser calificado como *hecho notorio* que lo eximiría de prueba. Ello sólo vale para los hechos procesales *stricto sensu*. “No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general”, dice el art.281.4 LEC. El precepto tampoco alcanza al Derecho extranjero.

Debe por tanto considerarse superada y totalmente fuera de la legalidad la extensa etapa en la que el TS, llevado por el aforismo *Derecho extranjero = hecho procesal*, admitió esta tesis de los hechos admitidos en relación con el Derecho extranjero, de forma que era posible eximir de prueba al Derecho extranjero: STS 9 julio 1885, STS 9 enero 1936, STS 1 febrero 1934, STS 27 abril 1978 y STS 4 octubre 1982; también SAT Baleares 17 julio 1984. La STS 5 noviembre 1971 abandonó esta línea jurisprudencial, si bien de modo poco claro y contundente, dejando claro que el Derecho extranjero debe ser *siempre* probado y que el hecho de que las partes admitan como “no controvertido” el contenido del Derecho extranjero, no exime a éste de prueba procesal. La *necesaria prueba* del Derecho extranjero garantiza que éste cumpla con su función jurídica, permite que la norma de conflicto despliegue correctamente su misión, evita que se aplique como Derecho extranjero algo que no es tal y así elimina también la posibilidad de fraudes.

## VIII. RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO.

Cuando un supuesto de DIPr. se rige por un *Derecho extranjero*, ¿cabe recurrir en casación ante el TS por el hecho de que el tribunal de instancia aplicó incorrectamente

dicho *Derecho extranjero*? Hoy día, el recurso de casación es, en España y otros países, un recurso establecido para que el TS controle la correcta aplicación del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia. Los errores relativos a la prueba de los *hechos* no se controlan por el TS en casación. Dicho en otros términos, el recurso de casación es hoy un recurso *por motivos jurídicos* (art.477.1 LEC). Sobre el estado de la cuestión, actualmente, deben destacarse tres datos:

1º) La línea tradicional de la jurisprudencia del TS ha negado la posibilidad de casación por incorrecta aplicación del Derecho extranjero. Esta posición se basa en tres motivos: a) Si se considera que el Derecho extranjero es un “hecho procesal”, no puede caber su revisión en casación; b) Se ha dicho que el objetivo del recurso de casación es mantener una “uniformidad de la jurisprudencia del TS” sobre el *Derecho español*. Por tanto, la interpretación del Derecho extranjero no apunta a dicho objetivo (STS 15 julio 1983, STS 20 marzo 1877, STS 21 junio 1864, STS 9 julio 1895); c) De aceptarse el recurso de casación por infracción del Derecho *extranjero*, podrían producirse contradicciones entre la interpretación dada por el TS español y la sostenida por los jueces extranjeros sobre el Derecho extranjero.

Este modelo de “no-casación” por infracción del Derecho extranjero es seguido, también, tradicionalmente, en Francia (H. LEWALD, A. PONSARD, I. ZAJTAY), Alemania, –aunque con excepciones aisladas (J. KROPHOLLER, G. KEGEL, P. GOTTWALD)–, y Rusia (L.A. LUNZ).

2º) Sin embargo, curiosamente, en la práctica, el mismo TS español admite el recurso de casación por infracción del Derecho extranjero y “revisa” la correcta aplicación de éste, corrigiendo las sentencias de instancia cuando advierte una incorrecta aplicación del Derecho extranjero: STS 19 noviembre 1992, STS 12 noviembre 1976, STS 4 noviembre 1991. Por tanto, una cosa es lo que el TS *dice*, –no cabe recurso de casación por infracción del Derecho extranjero–, y otra muy diferente lo que el TS *hace*, –pues en ocasiones *controla* la correcta aplicación del Derecho extranjero al caso concreto–.

3º) Los ordenamientos de ciertos países admiten un recurso de casación por la incorrecta aplicación del Derecho extranjero. Así, se ha admitido, aunque dentro de límites procesales estrictos, en Bélgica (F. RIGAUX), Italia (T. BALLARINO) y Suiza (I. SCHWANDER). Se admite, de forma plenamente abierta en Grecia (K.D. KERAMEUS), Turquía y Túnez, entre otros países.

En DIPr. español, existen al menos, cuatro motivos razonables que justifican la viabilidad de un recurso de casación por infracción del Derecho extranjero.

1º) El art.477.1 LEC permite recurrir en casación por “*la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso*”. El precepto no indica si es posible el recurso de casación por infracción de un Derecho extranjero aplicable a un caso concreto. Ni lo permite ni lo prohíbe de modo expreso. Pues bien, la *dicción general* del precepto, –se refiere a las “normas aplicables”–, invita a admitir, sin duda, el recurso de casación por infracción del Derecho extranjero, pues el citado precepto no distingue si se trata de infracción de normas aplicables “españolas” o “extranjeras”: *ubi Lex non distinguit nec nostrum est distinguere*.

2º) El Derecho extranjero desarrolla la *misma función* que el Derecho español despliega cuando es aplicable: resolver la controversia. Por lo tanto, la infracción de un Derecho extranjero supone un *error jurídico* y puede desembocar en una *solución antijurídica*. El TS debe restablecer la correcta aplicación del Derecho aplicable, sea español o extranjero.

3º) Aplicar incorrectamente el Derecho extranjero es aplicar incorrectamente la *norma de conflicto española* (J. GARDE CASTILLO, E. PECOURT GARCÍA), lo que justificaría el recurso de casación basado en la infracción de una norma del Derecho español.

4º) Si se admite un recurso de casación por infracción del Derecho español, también debe admitirse cuando sea aplicable el Derecho extranjero. Lo contrario sería contrario a la *tutela judicial efectiva* (art.24 CE) y supondría una *discriminación* penosa e injustificada para los individuos cuyos derechos subjetivos quedan regulados, por voluntad del legislador español, por un *Derecho extranjero* y no por el *Derecho español*.

Como es lógico, la infracción de una norma de conflicto supone la infracción de una norma del Derecho español. Ello abre la vía a un eventual recurso de casación articulable a través del art.477.1 LEC. En tal supuesto, el TS debe aplicar la norma de conflicto pertinente y dejar a las partes la posibilidad de probar el Derecho extranjero, actuando en consecuencia según los casos descritos.

Por otro lado, el art.477.2.3º LEC permite recurrir en casación por haberse infringido la doctrina jurisprudencial del TS en materia de alegación y prueba del Derecho extranjero –la *línea dura* de la jurisprudencia del TS sobre el art.12.6 Cc.–, pues el recurso presentaría “interés casacional”.

#### BIBLIOGRAFÍA:

##### A) *Doctrina española.*

- A. AZPARREN LUCAS, “Nuevas perspectivas del papel del juez frente a la aplicación judicial del Derecho extranjero”, *Problemas actuales de aplicación del DIPr. por los jueces españoles*, CGPJ, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 1998, pp. 199-230.
- M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “La ausencia de prueba del Derecho extranjero”, *Justicia*, 1989, pp. 73-139.
- Id., “La prueba del Derecho extranjero ante los Tribunales españoles”, *RGD*, n.541-542, 1989, pp. 6247-6314.
- M. DE ANGULO RODRÍGUEZ, *Lecciones de Derecho procesal internacional*, Granada, Gráficas del Sur, 1974, pp. 55-67.
- J.A. CARRILLO SALCEDO, “¿Alegación del Derecho extranjero por las partes o aplicación de oficio por el juez español de la norma de conflicto española?”, *REDI*, 1961, vol.XIV, pp. 585-601.

- J.A. CORRIENTE CÓRDOBA, "En torno a la aplicación de la ley extranjera en el Derecho español", *RGLJ*, 1974, pp. 9-37.
- V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal civil internacional. Ordenamiento español*. Madrid, Edersa, 1981, pp. 59-76.
- F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Sobre la norma de conflicto y su aplicación procesal (cinco cuestiones clásicas)*, Madrid, Tecnos, 1994.
- ID., "Nota a STS 17 diciembre 1991", *REDI*, 1992, vol.XLIV, pp. 239-243.
- F. GARAU SOBRINO, "Nota a SAT Baleares 17 julio 1984", *REDI*, 1986, vol.XXXVIII, pp. 296-302.
- J. GARDE CASTILLO, "Los problemas del recurso de casación en el Derecho internacional privado", *REDI*, 1951, pp. 409-467 y 861-951.
- E. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, "Tratamiento procesal del Derecho extranjero en el Título Preliminar del Código civil", *ADI*, vol.II, 1975, pp. 43-83.
- A. HERRERO RUBIO, "Problemática de la aplicación del Derecho extranjero", *ADI*, 1977-78, vol.IV, pp. 137-182.
- C. MIGUEL Y ALONSO, "La problemática de la aplicación del Derecho extranjero en el proceso", *Homenaje al Profesor C.Barcia Trelles*, Santiago de Compostela, 1958, pp. 503-519.
- R. MONZÓN, "¿Procede el recurso de casación por infracción de la ley extranjera?", *RGD*, 1947, pp. 271-274.
- A. DE LA OLIVA, "Sobre la congruencia de la sentencia", *La Ley*, 1982, pp.890 ss.
- E. PECOURT GARCIA, "Naturaleza y condición del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto", *RGD*, 1962, vol.XVIII, pp. 783-791 y 894-909.
- J. PUENTE EGIDO, "¿Un punto de inflexión en la jurisprudencia del TS en materia de aplicación y prueba de ley extranjera?", *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor A.Polo*, Madrid, Edersa, 1981, pp. 899-919.
- F. RAMOS MÉNDEZ, "La prueba del Derecho extranjero", *RJC*, 1980, pp. 659-675.
- I. TAPIA FERNÁNDEZ, *El objeto del proceso. Alegaciones, Sentencia. Cosa juzgada*, La Ley ed., Madrid, 2000.
- J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, "El conocimiento del Derecho extranjero y la adhesión de España al Convenio de Londres de 7 junio 1968", *RGLJ*, 1972, vol.LXIV, núm.232, pp. 721-738.
- M.L. TRINIDAD GARCÍA, "Reflexiones en torno a la aplicación del Derecho extranjero", *RDP*, marzo, 1989, pp. 210-220.

#### B) *Doctrina extranjera.*

- AA.VV. (TABLE RONDE AVEC RAPPORT INTRODUCTIF DE J.M. BISCHOFF), "Le régime de la loi étrangère en France après les arrêts des 11 et 18 octobre 1991", *TCFDIP*, 1990/1991, pp. 17-28.
- AA.VV., "Les problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères (Actes du colloque franco-germano-suisse de droit international privé comparé des 22 et 23 mai 1986)", *Anales Faculté Droit Strasbourg*, París, LGDJ, 1988.

- B. ANCEL, "La connaissance de la loi étrangère applicable", *Droit international et droit communautaire*, París, Centre culturel portugais, 1991, pp. 87-95.
- D. BUREAU, "L'application d'office de la loi étrangère. Essai de synthèse", *JDI Clunet*, 1990, vol.117, pp. 317-364.
- ID., "L'accord procédural à l'épreuve", *RCDIP*, 1996, pp. 587-620.
- S.M. CARBONE, "Sul controllo di costituzionalità nella norma straniera richiamata", *RDIPP*, 1963, pp. 685-696.
- ID., "Il diritto straniero ed il giudice italiano: presente e prospettive di sviluppo", *RDI*, 1991, vol.LXXIV, pp. 838-849.
- H. DÖLLE, "De l'application du droit étranger par le juge interne", *RCDIP*, 1955, vol.XLIV, pp. 233-250.
- R. DAVID, *La loi étrangère devant le juge du fond. Étude comparative*, París, 1964.
- B. FAUVARQUE-COSSON, "Nota a la Sent. Cour Cassation 6 mayo 1997 (accord procédural)", *RCDIP*, 1997, pp. 514-526.
- A. FUCHS, "Die Ermittlung ausländischen Rechts durch Sachverständige", *RIW*, 1995, pp. 807-809.
- M. GIULIANO, "Le traitement du droit étranger dans le proces civil dans le systemes juridiques continentaux", *RIDC*, 1962, vol.XIV, pp. 6-32.
- G. KEGEL, "Zur Organisation der Ermittlung ausländischen Privatrechts", *Festschrift H. C. Nipperdey*, I, München, Berlin, 1965, pp. 453-470.
- W. KRAUSE, *Ausländisches Rechts und deutscher Zivilprozess*, Constanza, 1990.
- U. KÜSTER, *Die Ermittlung ausländischen Rechts im deutschen Zivilprozess und ihre Kostenfragen. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Hannover, Diss. 1995.
- H. LAMBERTS, "Le statut du droit étranger en droit international privé belge. Vers un nouvel équilibre?", *Mélanges R. Vander Elst*, II, Bruselas, 1986, pp. 529-542.
- Y. LEQUETTE, "L'abandon de la jurisprudence Bisbal (a propos des arrêts de la Première Chambre Civile des 11 et 18 octobre 1988)", *RCDIP*, 1989, pp. 277-339.
- H. LEWALD, "Le controle des cours supremes sur l'application des lois étrangères", *RCADI*, 1936, vol.57, pp. 201-324.
- F. MAGANZA, "La rilevanza processuale della norma straniera richiamata: un raffronto tra la giurisprudenza italiana e quella francese", *RDIPP*, 1990, pp. 941-950.
- P. MAYER, "L'office du juge dans le reglement des conflits de lois", *TCFDIP*, 1975-1977, pp. 233-244.
- ID., "La convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères", *RCDIP*, 1991, vol.LXXX, pp. 651-665.
- ID., "Le juge et la loi étrangère", *RSDIDE*, 1991, pp. 481-501.
- H. MOTULSKY, "L'office du juge et la loi étrangère", *Mélanges J. Maury*, I, Paris, 1960, pp. 337-375.
- H. MUIR-WATT, "Loi étrangère", *E.Dalloz DI*, 2<sup>a</sup> ed., 1998.
- A. PONSARD, "Loi étrangère", *E.Dalloz DI*, II, 1969, pp. 263-272.
- M. RUBINO-SAMMARTANO, "Il giudice nazionale di fronte alla legge straniera", *RDIPP*, 1991, pp. 315-344.

- T. VARADY, "Foreign Law before Domestic Authorities. Realities and Gestures", en *Festschrift I. Zajtay*, Tübingen, 1982, pp. 489-508.
- H.U. WALDER, "Passivität = lex fori?", *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 1975, pp. 105-109.
- P.R.H. WEBB / F.M. AUBURN, "La presumption d'identité de la loi étrangère et de la loi du for en l'absence de preuve", *JDI Clunet*, 1978, vol.105, pp. 272-300.
- W. WENGLER, "Fragen der Faktizität und Legitimität bei der Anwendung fremden Rechts", en *Festschrift H. Lewald*, Basel, 1953, pp. 615-632.
- I. ZAJTAY, *Contribution à l'étude de la condition de la loi étrangère en droit international privé français*, Paris, 1958.
- ID., "L'application du droit étranger: science et fictions", *RIDC*, 23, 1971, pp. 49-61.
- ID., "The Application of Foreign Law", *IECL*, vol.2, Chapter 14, Tübingen, Den Haag, Paris, New York, 1972.