

Alumna: Atena – Mariana, CHIRPAC

Trabajo de fin de Máster

Máster de Acceso a la Abogacía

Año 2016-2018

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

DICTÁMEN: APLICACIÓN, ALEGACIÓN Y PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO



Universidad de Valladolid

Alumna: ATENA – MARIANA, CHIRPAC

Tutora: MARÍA DEL CARMEN, VAQUERO LÓPEZ

ÍNDICE

1. SUPUESTO DE HECHO.....	pág.4
2. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ESPAÑOL PARA CONOCER DEL ASUNTO.....	pág.5
2.1. NORMATIVA EUROPEA.....	pág.6
3. CUESTIONES RELATIVAS A LA DEMANDA.....	pág.9
3.1. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LAS PRETENSIONES....	pág.9
3.2. DOCUMENTOS A PRESENTAR CON LA DEMANDA.....	pág.11
4. LEY APLICABLE AL PROCEDIMIENTO.....	pág.13
5. ALEGACIÓN, PRUEBA Y APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO.....	pág.14
5.1. VALOR Y FUERZA PROBATORIA.....	pág.14
5.2. MEDIOS DE PRUEBA	pág.16
5.3. OBJETO DE LA PRUEBA.....	pág.20
5.4. CARGA DE LA PRUEBA.....	pág.21
5.5. AUSENCIA DE PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS.....	pág.23
6. CONCLUSIONES.....	pág. 26

Listado de ABREVIATURAS usadas en el Dictamen

1. CC = Código Civil Español
2. LEC = Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil
3. LOPJ = Ley 6/1985 Orgánica del Poder Judicial
4. LCJIMC = Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia mercantil y civil.
5. Reglamento 1259/2010 = Reglamento (UE) núm. 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
6. CE = Constitución Española de 1978
7. STS = Sentencia del Tribunal Supremo
8. STC = Sentencia del Tribunal Constitucional
9. SAP = Sentencia de la Audiencia Provincial
10. TSJ = Tribunal Superior de Justicia
11. CCRom = Código Civil Rumano, Ley 287/2009

APLICACIÓN, ALEGACIÓN Y PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO

1. SUPUESTO DE HECHO

Ante el despacho de la licenciada Marina Fernández se presenta Don Valentín, ciudadano rumano, alegando que se quiere divorciar de su esposa, Doña Maria.

Los conyugues celebraron matrimonio en julio de 2002 (hace más de quince años) en la ciudad natal de ambos, tanto por vía civil como religiosa.

Llevan viviendo en España desde febrero de 2008.

Los conyugues residen en la Calle Flores Verdes Nº 17 de Valladolid, donde están empadronados y están inscritos en el Registro Central de Extranjeros teniendo cada uno asignado su Número de Identificación del Extranjero (en adelante NIE).

Don Valentín menciona que no puede iniciar los trámites del procedimiento de divorcio en Rumania, pues en su puesto de trabajo que desempeña en España, no disfruta de sus vacaciones de forma continua; y por eso, no puede ir a Rumania e iniciar los trámites, sin poder estar presente en el siguiente procedimiento judicial.

Ante la Abogada presenta los siguientes documentos: el certificado de matrimonio expedido por el Registro Civil de Rumania debidamente legalizado y traducido juradamente, su DNI y su NIE, todo en original y copia.

El problema surge cuando D. Valentín le requiere a la Licenciada que alegue la aplicación del Derecho Extranjero Rumano en el procedimiento de divorcio. Don Valentín tiene una casa en Rumania, que compró antes de la celebración

del matrimonio y teme que la aplicación de la legislación española le impida su uso y disfrute. Considera que la Ley rumana protege más el derecho a la propiedad.

En este caso nos enfrentamos a un litigio con elemento extranjero. El mero hecho de que los conyugues no ostenten la nacionalidad española hace que los Letrados profesionales busquen la aplicación y alegación de otro Derecho, que no sea el común aplicable a los procedimientos de divorcio entre conyugues de nacionalidad española. Como veremos a lo largo de este Dictamen esto puede complicar un poco las cosas, pero no hacerlas imposibles en la práctica.

Ante este supuesto de hecho, contestaremos a las siguientes cuestiones:

2. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ESPAÑOL PARA CONOCER DEL ASUNTO

Antes de iniciar el análisis sobre la competencia o incompetencia de los Tribunales Españoles sobre el asunto, vamos a analizar brevemente el asunto.

En nuestro caso se presenta un asunto de divorcio. El divorcio es una figura jurídica reconocida en la Ley española. Se trata de una de las formas de disolución del matrimonio que reconoce en su artículo 85 del Código Civil (en adelante CC). El siguiente artículo, el 86 regula que el divorcio se decretara judicialmente a petición de ambos conyugues o de uno solo de ellos, por tanto, es un Juez el que tiene la potestad de declarar la disolución del matrimonio.

En la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante la LEC) en el Libro IV ° se regula todos los procesos especiales, siendo, según lo dispuesto en el artículo 748, apartado tercero también especiales *“Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio y los de modificación de medidas adoptadas en ellos.”*

Los procesos especiales de divorcio vienen regulados en los artículos 769 y siguientes de la LEC.

En cuanto a la competencia, el apartado primero del artículo 769, dicta como regla general que: *“Salvo que expresamente se disponga otra cosa, será tribunal competente para conocer de los procedimientos a que se refiere este capítulo el Juzgado de Primera Instancia del lugar del domicilio conyugal.”*

2.1. NORMATIVA EUROPEA

En el ámbito de la Unión Europea y en su afán de proteger a los ciudadanos europeos que residen en un Estado miembro que no es el de su nacionalidad, nos encontramos con el Reglamento (CE) N° 1259/2010 del Consejo, de 2º de diciembre de 2010¹. En su artículo primero el Reglamento indica que éste se aplicara *“en situaciones que impliquen un conflicto de leyes, al divorcio y a la separación judicial”*. No se aplicará por tanto a otras figuras jurídicas como la nulidad matrimonial o al divorcio privado o al divorcio unilateral concedido en terceros Estados². Importante destacar esta Sentencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pues consideramos que es importante para nuestro caso.

¹ Reglamento (UE) núm. 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

² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017, asunto C-372/16, caso Sahyouni

En el Fundamento Jurídico 41º se alega que el Reglamento entiende por “resolución judicial” como *“todas las resoluciones de divorcio [...] dictadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, independientemente de cómo se denomine dicha resolución, incluidos los términos de sentencia o auto”*.

Es importante mencionar este aspecto porque en el ordenamiento jurídico español casi todos los conflictos se acaban a través de una sentencia firme e irrevocable. En sistema jurídico rumano los conflictos se acaban a través de lo que se conoce como “decisión” que también necesita entre quince o veinte días, según el Tribunal que la dicta, para cobrar firmeza. Es muy frecuente encontrar este tipo de resolución, hasta en las más altas Cortes.

Volviendo a lo dispuesto en el Reglamento, éste brevemente resuelve las dudas. Parte primero, en su artículo 5 desde el principio de libertad de elección de las partes, a través de un Convenio que se podrá modificar a más tardar antes de interponer la demanda. Dicho Convenio, según el artículo 7, para que tenga validez formal deberá cumplir los requisitos formales de la ley, bien del Estado donde se tenga residencia habitual, bien del Estado de la nacionalidad común. Para suerte en nuestro caso, si existiría entre los conyugues un convenio matrimonial este tendría que estar redactado en escritura pública, para cumplir con validez legal, bien porque así lo dispone el artículo 1327 del Código Civil, bien porque lo dispone el artículo 2591 del Código civil rumano.

Pero en nuestro caso, y como pasa en la mayoría, no se dispone de un convenio matrimonial regulados sobre la ley aplicable en caso de divorcio. Por tanto, habrá que acudir a lo siguiente regulado en el Reglamento. El artículo 8 de la norma europea ofrece unos puntos de conexión subsidiarios: *“en defecto”* de uno se aplicará otro. Es importante tener en cuenta esta subsidiariedad entre los puntos, pues prevalece siempre el principio de residencia habitual. Si los conyugues tienen más de un año de residencia en un Estado miembro, o al menos uno de ellos, es competente para conocer del asunto dicho Estado. Al no existir una residencia habitual será competente el Tribunal de la nacionalidad común de los conyugues. Así pues, en nuestro caso, pasarían a

ser competentes para conocer de la demanda de divorcio los Tribunales rumanos si los conyugues llevarían menos de un año residiendo en España, pues la nacionalidad común es la rumana. Al faltar tanto la residencia habitual como la nacionalidad común, se podrá interponer la demanda ante cualquier órgano jurisdiccional que pueda conocer del asunto. Tal y como decíamos se trata de unos puntos subordinados unos a los otros, y al existir el primero, no se podrán aplicar los siguientes. Imaginemos, por ejemplo, que nuestro matrimonio se encuentra de vacaciones en Grecia, y al tener una fuerte discusión, la mujer decide interponer la demanda de divorcio ante los órganos jurisdiccionales griegos. Estos, deberán de oficio, inadmitir la demanda, pues tienen competencia exclusiva para conocer del asunto los Tribunales españoles, que es donde los conyugues tienen su residencia habitual.

En palabras de los Doctores Profesores Alfonso – Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González³ esto se debe al principio de proximidad, que se traduce en reducir los costes conflictuales del divorcio y en la seguridad jurídica conflictual que utiliza criterios de vinculación de las personas con los órganos jurisdiccionales más cercanos.

³ ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA Y JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ – *DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO* (VOL II), Décimo séptima Edición, Ed. COMARES, Granada, 2017

3. CUESTIONES RELATIVAS A LA DEMANDA

El procedimiento de solicitud de divorcio o de separación judicial ante los órganos jurisdiccionales españoles se hace a través de la demanda. El solicitante deberá comparecer con la asistencia letrada de un Abogado y con la defensa de un Procurador, pues así lo indican las normas imperativas españolas, artículos 23 y 31 respectivamente de la LEC.

Importante tener en cuenta, que una vez encontrada la ley aplicable al procedimiento, que en nuestro caso es el Reglamento 1259/2010, habrá que atenerse a lo que esta norma regula. De tal manera que, en la demanda solo se podrá invocar la aplicación de esta norma solo para los supuestos de conflicto de leyes, divorcio y separación judicial, tal y como se menciona en su articulado primero. Quedando excluido de su ámbito supuestos como: la nulidad matrimonial, nombre y apellidos de los conyugues, alimentos, responsabilidad parental...mencionados en el artículo segundo.

3.1. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LAS PRETENSIONES

Los fundamentos jurídicos de la demanda, la contestación y la reconvencción deben extraerse del Derecho extranjero que regula el litigio. Las partes deben fundar sus pretensiones materiales en el Derecho estatal que rige la situación privada internacional objeto del proceso. Todo esto por el imperativo legal del artículo 399 apartado cuatro de la LEC. Si las partes no fundamentan sus pretensiones en dicho Derecho, estas pretensiones pueden ser desestimadas.

Así lo reconoce la mayoría de la Jurisprudencia, entre la cual la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de enero de 2007 cuando dice que “; *dada la común nacionalidad de los litigantes, debió apoyarse la demanda en el derecho vigente sobre el divorcio en el Reino de Marruecos, normativa que además debe ser acreditada por las partes, sin perjuicio de la colaboración*

que, al respecto, han de prestar los tribunales, según lo prevenido en el artículo 281.2º LEC.” De tal manera que, continua la resolución “...el tribunal no puede basar su decisión en fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer. ⁴”

No obstante, *“si la parte demandante no funda su demanda en la legislación extranjera aplicable, no es posible inadmitir su demanda, pues ello no constituye causa de inadmisión de la misma, aunque posteriormente sus pretensiones resulten desestimadas en cuanto al fondo del asunto” ⁵.* Así pues, en nuestro caso, el demandante de nacionalidad rumana debe fundamentar, correctamente, su demanda en el Derecho rumano.

El artículo 9 apartado segundo del Código Civil, viene a decir lo mismo cuando indica que *“los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los conyugues al tiempo de contraerlo”*. Es importante, por tanto, localizar la Ley extranjera que regula los efectos del matrimonio, con el propósito de poder conseguir una resolución judicial española similar a la rumana. Había que aportar junto con la demanda el contenido y la vigencia de los artículos 37 a 44 (ambos inclusive) del Código de Familia rumano que regula las causas de disolución del matrimonio. También los artículos 914 a 934 (ambos inclusive) del Código de Procedimiento Civil que regula el procedimiento de divorcio; y fundamentar las pretensiones según lo dispuesto por la normativa extranjera.

⁴ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) Auto núm. 1/2007 de 12 enero AC/2007/1056

⁵ ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA Y JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ – *DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (VOL II)*, Décimo séptima Edición, Ed. COMARES, Granada, 2017, págs. 323-350

Cuando tratamos el procedimiento civil de divorcio tenemos que tener en cuenta una de sus consecuencias, que es la disolución del régimen económico matrimonial. Da la casualidad que el ordenamiento jurídico rumano se aplica algo muy similar al español: a falta de capitulaciones matrimoniales el régimen económico matrimonial es el de gananciales.

Puede que los conyugues tengan celebradas unas capitulaciones matrimoniales que se habían realizado en Rumania según el Derecho rumano. Este ordenamiento, al igual que el español requiere que dichas capitulaciones a las que muchas veces llama “contrato” requiere que se suscriban ante Notario en escritura pública y antes de la celebración del matrimonio, pudiendo ser modificadas después las veces que se quiera – artículos 329 y siguientes del CCRum. El artículo 9 apartado tercero del CC español requiere que dichas capitulaciones, para que puedan ser aplicadas por los Tribunales españoles, tienen que estar conformes bien con la ley que rija los efectos del matrimonio bien con la ley de la nacionalidad común o de la residencia habitual de los conyugues. Por tanto, si existen capitulaciones matrimoniales que no estén redactas en escritura pública o que vulneren el orden público español, no se aplicaran por el Tribunal español, porque no cumplen con la Ley española.

En resumen, como representante legal de su cliente, deberá presentar ante el Tribunal, con el fin de obtener una resolución similar a la extranjera, todos aquellos documentos que se consideren necesarios e importantes para formar el convencimiento del Tribunal sobre el asunto que se le plantee.

3.2. DOCUMENTOS A PRESENTAR CON LA DEMANDA

Partimos desde el principio general de la carga de la prueba, así quien inicia el procedimiento y presenta la demanda, deberá presentar todos aquellos documentos que se necesiten y en los que fundamentan sus pretensiones. En nuestro caso, con la demanda se deberán aportar: el certificado de matrimonio

junto con su legalización y traducción (original y copia), Documento Nacional de Identidad, NIE y empadronamiento (el NIE y el empadronamiento serán los documentos públicos, emitidos por autoridades españolas que demostrarán la residencia habitual en España de las partes en el litigio) y los documentos que acrediten el tenor del Derecho extranjero. También viceversa, si quien contesta a la demanda invoca la aplicación del Derecho extranjero, deberá aportar y probar dicho Derecho. Ya decíamos antes que la falta de aportación de estos documentos no constituye causa de inadmisión, pero sí que la aportación de estos documentos precluye, es decir, que no se podrán aportar posteriormente. En la práctica conseguir estos documentos suele llevar mucho tiempo, por eso, en base al principio de colaboración de la Administración de Justicia, el Juez puede incluir por Decreto esta cláusula: *“Hágase saber a la parte demandante que deberá aportar a los Autos copia de la legislación aplicable entre las partes para el (divorcio o el objeto del pelito que se trate), bajo apercibimiento de poder desestimarle la demanda”*⁶. Se trata de acordar un tiempo razonable a la parte demandante para que aporte los documentos requeridos, de tal manera que:

- Los documentos que acreditan el tenor del Derecho extranjero se pueden presentar en la audiencia previa si la oportunidad de presentar tales documentos ha sido puesta de manifiesto tras las alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación de la demanda. Así lo dicta el apartado tercero, del artículo 265 de la LEC: *“No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, el actor podrá presentar en la audiencia previa al juicio, o en la vista del juicio verbal, los documentos,*

⁶ = Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 12 de enero de 2011; Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra, núm. 3, de 24 de junio de 2011. AC 2011/2020

medios, instrumentos, dictámenes e informes, relativos al fondo del asunto, cuyo interés o relevancia sólo se ponga de manifiesto a consecuencia de alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación a la demanda.”

Excepcionalmente los documentos que prueben el Derecho extranjero se pueden aportar en cualquier momento del proceso, si: se trata de documentos de difícil obtención, artículo 270, apartado primero, párrafo tercero de la LEC. Pero nunca después de la vista o juicio, artículo 271, apartado primero de la LEC

4. LEY APLICABLE AL PROCEDIMIENTO

Todos los Estados parten del principio “lex fori regit processum” que viene a significar más o menos que “la ley del foro rige el proceso”. En otras palabras, esto quiere decir que el proceso se regirá por la ley territorial donde se desarrolla. En el caso del proceso desarrollado en España este principio viene sostenido por norma jurídica, en el art. 3 LEC que viene a decir lo siguiente:

“Con las solas excepciones que puedan prever los Tratados y Convenios internacionales, los procesos civiles que se sigan en el territorio nacional se regirán únicamente por las normas procesales españolas”.

Importante destacar un aspecto sobre lo regulado en esta norma –art. 3 LEC⁸. La Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS) de 20 de julio de 1992 viene a especificar que es importante diferenciar en la ley aplicable al fondo del asunto y las cuestiones procesales.

⁸ FRANCISO JAVIER GARCIMARTIN ALFÉREZ, *DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO* – Ed. ARAZANDI, 2016, págs. 217-250

Así, por ejemplo, si las partes deciden por mutuo acuerdo que se les aplique un derecho extranjero, éste Derecho, una vez demostrado por las partes, será de aplicación al fondo del asunto.

Como ejemplo, pensemos en nuestro cliente rumano que pide a las autoridades judiciales que le declare el divorcio y por ello, pues le es más beneficioso, pide la aplicación del derecho rumano, pues el matrimonio se celebró según dicho Derecho. En el proceso el juez deberá aplicar el Derecho rumano una vez que las partes le hayan alegado correctamente.

Pero, esto no significa que a las cuestiones procesales no se va a aplicar el Derecho español. Si el Derecho territorial nacional regula el pago de una tasa judicial para el desarrollo de dicho proceso civil, el matrimonio, o el menos el demandante, deberá pagarla. Esto es, en breve la ley aplicable a los actos procesales. El pago de la tasa judicial es parte del acto procesal, pues sin ella no se puede iniciar el proceso. (Hay excepciones como en los casos de asistencia jurídica gratuita en los que el demandante no debe pagar dicha tasa para que se abra el proceso).

5. ALEGACIÓN, PRUEBA Y APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

5.1. VALOR Y FUERZA PROBATORIA

La prueba del Derecho Extranjero es una cuestión procesal. Por tanto, para acreditar dicho Derecho se podrá acceder a todos los medios de prueba que vienen recogidos en la Ley española y no se podrá aplicar los medios de prueba recogidos en el Derecho extranjero. No obstante, en los artículos 281.2º de la LEC y en los artículos 33 a 36 de la Ley de Cooperación Jurídica

Internacional⁹ (en adelante la LCJIMC) contienen una laguna legal en cuanto a los medios de prueba que se puedan utilizar. Esto da lugar, que en la práctica que las partes tengan más facilidad en cuanto a la acreditación del Derecho extranjero. Pueden emplearse todos los medios, instrumentos y herramientas técnicas que, por su propia naturaleza, sean adecuadas para acreditar el contenido y la vigencia del Derecho extranjero, ya sean o no “medios probatorios” de los admitidos por la LEC (art. 299.3º por analogía) o simplemente con el interrogatorio o un dictamen de un “experto en Derecho extranjero”. La SAP Murcia de 10 de julio de 2009 admitió un informe del Dr. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ sobre el régimen económico matrimonial existente en el Derecho del State de Ohio¹⁰. Una vez que con la acreditación del Derecho extranjero se consigue convencer al Tribunal del contenido de éste, el Tribunal puede y debe aplicar el Derecho extranjero y dar una solución al litigio. La regulación del valor probatorio del Derecho extranjero se contiene en el artículo 33 de la LCJIMC en sus párrafos segundo y cuatro y se concreta en las siguientes proposiciones¹¹:

El Tribunal valorara la fuerza probatoria de los diferentes medios de prueba con arreglo a las “reglas de la sana crítica”. Por ello, no existe “prueba tasada” en la prueba del Derecho extranjero ante Tribunales españoles.

⁹ Ley 29/2015, de 30 de Julio, de cooperación jurídica internacional en materia mercantil y civil

¹⁰ ALFONSO –LUIS CALVO CARAVACA Y JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*, Ed. COMARES, 2017

¹¹ FERNANDO PEDRO MÉNDEZ GONZÁLEZ Y GUILLERMO PALAO MORENO – *COMENTARIOS A LA LEY DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL* – Ed. TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2017 págs. 390 a 400

El Tribunal deberá analizar los datos aportados en su conjunto de tal forma que pueda formar su convencimiento futura resolución judicial en base al Derecho extranjero que fue alegado por la parte interesada, sin que existan dudas. El artículo 33.4º LCJI – *“Ningún informe o dictamen, nacional o internacional, sobre Derecho extranjero, tendrá carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles.”* Este artículo de esta novedosa Ley ofrece respuesta a algunos problemas que surgieron en la práctica. La primera consiste en la costumbre que venía imponiendo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en el siglo XX al requerir dos informes sobre Derecho extranjero. Hoy en día, a través de este artículo ya no es necesario. La segunda, y puede que la mas importe, es la protección siempre del orden público español y el interés de las partes en el procedimiento. Cualquier Tribunal competente para conocer de un asunto con elemento extranjero, debe siempre velar y actuar en cumplimiento de la Constitución Española (en adelante CE), de los derechos y libertades fundamentales que en ella viene reconocidos. La AAP Madrid de 3 de marzo de 2014 (Derecho luxemburgués) viene a decir que *“como es natural, no existe mejor prueba del contenido de derecho extranjero que la interpretación que del mismo se haga en una resolución judicial dictada por el Tribunal del Estado que aplica su propio Derecho.”* Un solo medio de prueba es suficiente. Es suficiente con un documento público expedido por autoridad competente, con un dictamen pericial o con una resolución judicial interpretativa del Derecho extranjero.

5.2. MEDIOS DE PRUEBA

A. Prueba mediante documentos públicos u oficiales

Es el medio de prueba más utilizado por los particulares y el más eficiente. En virtud del artículo 317 de la LEC son documentos públicos

1º Las certificaciones expedidas por la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia español sobre el contenido del Derecho extranjero. Estas certificaciones solo pueden ser solicitadas por los Tribunales y habrá que poner en marcha el mecanismo regulado en los artículos 9 a 15 de la LCJI.

2º Las certificaciones expedidas por funcionarios extranjeros, normalmente funcionarios diplomáticos extranjeros acreditados en España, que deben presentarse legalizados y traducidos a idioma oficial español (arts. 323.3º y 144 de la LEC).

3º Las certificaciones expedidas por funcionarios diplomáticos o consulares españoles acreditados en el Estado cuyo ordenamiento jurídico se trata de probar.

4º Las copias veraces de los textos legales extranjeros originales (SAP Madrid 30 de junio de 2014 [contrato internacional de transporte aéreo y Derecho venezolano]).

A. Páginas web

En el marco europeo existen diferentes páginas web oficiales que permite a los órganos jurisdiccionales poder acceder al contenido vigente del Derecho extranjero de otros Estados miembros de la Unión Europea.

www.e-justice.europa.eu

www.europa.eu

Fuera de la Unión Europea, en cuanto al Derecho extranjero de terceros Estados encontramos las siguientes páginas web, aunque la más fiable es la página del Ministerio de Justicia.

<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/inicio>

www.tirantoline.com

B. Documentos privados

Es muy frecuente en la práctica que se alegue ante el Tribunal el Derecho extranjero a través de simples fotocopias de la legislación extranjera junto con una traducción que no es jurada. Ante estos supuestos no hay que olvidar el artículo 33.2º de la LCJl que alega la interpretación del Derecho extranjero se hará de arreglo con “las reglas de la sana crítica”. Tampoco el artículo 281 de la LEC se opone a la aportación de los documentos privados como medio de prueba. Ha sido el Tribunal Supremo el que ha sido más reacio en admitir estos documentos como medios de prueba – STS de 30 de noviembre de 2016 sobre el divorcio y el Derecho polaco.

C. Prueba pericial

En base a lo dispuesto en el artículo 335 de la LEC se puede aportar un informe de un experto en Derecho extranjero. La Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales aceptan con facilidad este tipo de prueba, pero imponen unos requisitos que se deben cumplir:¹¹

- No debe ser un “informe de parte”
- Fijación exacta y concisa del problema al que se va a responder
- Transcripción exacta de las normas principales y complementarias y el rango de cada una
- Resoluciones de los organismo públicos aplicadores de las normas
- En caso de criterios dispares a que argumentos responden
- Citación de Doctrina

Mecanismos no apropiados para acreditar el Derecho Extranjero

- Pruebas contradictorias sobre el Derecho extranjero. Es posible que las partes aleguen pruebas sobre el Derecho extranjero que se contradigan. Ante este supuesto el Tribunal podrá bien decidir libremente sobre qué medio de acreditación le parece más fiables o bien tener el Derecho extranjero “por no probado”.
- Presentar los documentos sin la traducción adecuada. El Tribunal no tiene la obligación ni de traducir los documentos aportados ni de conocer el idioma extranjero del Derecho que se alega.
- Presentar simples fotocopias de las páginas web o de los textos legales. Estos actos no alegan el contenido y la vigencia del Derecho extranjero.
- Los “hechos admitidos” no son operativos. En general, los hechos admitidos, en el proceso civil, por las partes no deben ser probados. No obstante, en este supuesto este principio no funciona. Primero, porque el Derecho extranjero no es un “hecho” y segundo¹², “la tesis de los hechos admitidos false la norma de conflicto española, porque conduce a aplicar como si fuera Derecho extranjero, algo que no ha quedado acreditado que sea, realmente, el Derecho extranjero, como indica la STS de 5 de noviembre de 1971 y la SAP de Barcelona de 14 de octubre de 2010 – divorcio de conyugues marroquíes con residencia habitual en España).

-

¹¹ = SAP Núm. 168/2011Tarragona de 13 de abril de 2011 JUR 2011\260610; Auto de J. Merc. de Madrid núm. 8 de Madrid de 5 de febrero de 2013, JUR 2013\41855

¹² ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA Y JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*, Ed. COMARES, 2017, págs. 540-600

5.3 OBJETO DE LA PRUEBA

El objeto de la prueba del Derecho extranjero incluye todo tipo de normas jurídicas que o integren y que sean aplicables al caso concreto y cuya acreditación tiene que ser precisa para aplicar correctamente el Derecho Extranjero. Para nuestro supuesto, se deberán acreditar los artículos 37 a 44 del Código de Familia rumano (modificado por la Ley 202/2010 en cuanto a procedimientos más rápidos de disolución del vínculo matrimonial) junto con otros documentos como actas notariales en las que se concede el divorcio por vía notarial, resoluciones judiciales y otros tantos necesarios para formar el convencimiento del Juez español.

Una vez que el Derecho extranjero quede correctamente acreditado, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 4 de julio de 2006, explica a través de un razonamiento como el Derecho extranjero debe ser considerado:

“Cuando se ha demostrado al Juez cual es el Derecho aplicable, este no puede ser tratado como un mero hecho, porque es un conjunto de normas jurídicas y el Juez está obligado a emplear las técnicas jurídicas apropiadas para su interpretación y aplicación...”

El artículo 281.2º LEC indica que hay que probar el “contenido” y la “vigencia” del Derecho extranjero y en base a esto la Doctrina se reparte entre:

- La tesis de la prueba mínima¹³ en la que es suficiente con la aportación de un solo medio de prueba
- Y la tesis de la prueba exhaustiva¹⁴ en la que se afirma que el Derecho

¹³ FLORA CALVO BABÍO - *APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO EXTRANJERO EN MATERIA DE FAMILIA* – Ed. TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2010, págs. 25-30

¹⁴ ALFONSO –LUIS CALVO CARAVACA Y JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*, Ed. COMARES, 2017

extranjero debe ser probado por todos los medios, de tal manera que solo así se puede conseguir que el Tribunal español dicte una resolución lo más parecida a como lo haría el Tribunal extranjero.

En resumen podemos decir que el objeto de la prueba del Derecho extranjero, incluye como mínimo los siguientes aspectos:

- El contenido literal del Derecho material extranjero
- La vigencia y existencial del Derecho extranjero
- La interpretación concreta de las normas del Derecho extranjero
- La aplicabilidad del Derecho extranjero al caso concreto.

5.4 CARGA DE LA PRUEBA

En virtud de lo expuesto en los artículos 281.2º y 282 de la LEC la carga de la prueba del Derecho extranjero corresponde a las partes o a los sujetos particulares que fundamentan su pretensión en el Derecho extranjero¹⁵. Este principio también lo reconoce el Preámbulo de la LCJl cuando dice que *“nuestro sistema se caracteriza por un sistema mixto que combina el principio de alegación y prueba a instancia de parte con la posibilidad de que el tribunal complete dicha prueba, valiéndose de cuantos medios de averiguación estime necesarios”*.

¹⁵ ALFONSO YBARRA BORES y ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT “Las nuevas reglas sobre información del Derecho extranjero en el Sistema español de Derecho Internacional Privado”, BJV, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2017

Dentro del ámbito de la Unión Europea puede que en la práctica sea más fácil para las partes conseguir medios de prueba sobre el Derecho extranjero, incluso para ciudadanos brasileños¹⁶ o marroquíes¹⁷, que gracias a Convenios bilaterales pueden solicitar a sus Consulados o Embajadas la aplicación de dicha norma. No obstante, en la práctica la alegación y aportación de la prueba del Derecho extranjero puede llegar a ser muy difícil o casi imposible si se trata de Estados que se encuentran en grandes crisis o en conflictos bélicos. Ante esta gran dificultad a la que se pueden enfrentar las partes, el Tribunal está obligado a emplear “los medios de averiguación que estime necesarios” y colaborar con las partes en la alegación y aportación del Derecho extranjero, con el fin de no vulnerar el derecho fundamental a la Justicia, reconocido en el artículo 24 de la CE¹⁸.

¹⁶ “*Convenio de cooperación jurídica en materia civil entre España y Brasil*” firmado en Madrid el 13 de abril de 1989, publicado en el BOE el 10 de julio de 1991. Ref. BOE-A-1991-1779

¹⁷ “*Convenio de cooperación en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos*” de 30 de mayo de 1997, publicado en el BOE el 25 de junio de 1997. Ref. BOE-A-1997-1392

¹⁸ = STC 10/2000, de 17 de enero de 2000. Recurso de amparo 3.130/1997. En este caso una ciudadana armenia solicita al Juzgado de Primera Instancia de Bilbao la disolución de su matrimonio por divorcio con otro ciudadano armenio. La única prueba que puede aportar son las copias del Código de Familia vigente en URSS y también en Armenia en aquel entonces. El Juzgado desestima la demanda al considerar que no se alegó el Derecho extranjero debidamente. La Audiencia Provincial requiere a través del Ministerio de Justicia el Derecho extranjero y su traducción jurada, pero estas tardan en llegar y desestima la demanda. El Tribunal Constitucional considero en su fallo que se violó el derecho fundamental reconocido en el artículo 24 de la CE, primero: al desestimarse la demanda y no colaborar los órganos judiciales en la aportación del Derecho extranjero; y segundo: al estar Armenia en un conflicto bélico y suponiendo que era imposible la prueba del Derecho extranjero, se debió de aplicar subsidiariamente el Derecho español.

5.5 AUSENCIA DE PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Como mencionábamos en apartados anteriores, puede que en la práctica las partes interesadas en la aplicación del Derecho extranjero no lleguen a aportar correctamente este Derecho o que no lo hagan en absoluto. Ante estos supuestos la Jurisprudencia ha adoptado diferentes posiciones:

A. Soluciones jurisprudenciales

a) Aplicación subsidiaria de la Ley española

Esta postura es la más aplicada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Si el Derecho extranjero no se alega y prueba convenientemente por las partes o se prueba de forma insuficiente por la parte que interesa su aplicación, el juez deberá fallar con arreglo a la ley material española. Así lo viene reconociendo el Tribunal Supremo en sus resoluciones: SSTS de 25 de enero de 1999, de 9 de febrero de 1999, de 5 de junio de 2000, de 13 de diciembre de 2000, de 5 de marzo de 2002, 4 de noviembre de 2004, 10 de junio de 2005, 27 de diciembre de 2006, 30 de abril de 2008, 10 de junio de 2005. Y las Sentencias del Tribunal Constitucional STC 155/2001, STC 33/2002 y STC 172/2004.

b) Desestimación de la demanda

Esta postura se aplica más en materia de Derecho de familia por la jurisprudencia menor:

- SAP de las Palmas de 13 de junio de 2008 → se desestima la demanda por inactividad de las partes. Alega el Tribunal que dicha inactividad no puede ser sustituida por el Juez.
- SAP de Castellón de 16 de enero de 2007 → determinar la ley aplicable a la sucesión de un nacional marroquí. Al no alegarse ningún medio de prueba el Tribunal desestima la demanda pues desconoce el Derecho extranjero aplicable al caso

- SAP de Castellón de 15 de julio de 2009 → divorcio contencioso entre dos nacionales marroquíes. Se desestima la demanda por inactividad o desidia de las partes y no por imposibilidad o dificultad de alegación de prueba, pues lo que alegan en la demanda es la aplicación del Derecho español, que no es el aplicable al caso.

c) Retroacción de las actuaciones procesales

Esta resolución se adoptó en la SAP de Baleares de 9 de octubre de 2002 y por el Tribunal Superior de Justicia (en adelante TSJ) de Cataluña de 25 de mayo de 2007 en las que se acordaba: *“declarar y declaramos la nulidad de actuaciones desde el momento anterior a dictarse la sentencia de instancia, para que sea dictada una nueva resolución que resuelva sobre el fondo de la pretensión ejercitada en el proceso para que, con absoluta libertad de criterio, resuelva sobre las cuestiones planteadas en el pleito, pero partiendo de la necesidad de aplicar el Derecho español ante la falta de prueba de la existencia y vigencia del Derecho de la Federación Rusa.”*

d) Aplicación de oficio del Derecho extranjero

Hay casos en la práctica en los que pueden llegar a ocurrir que el Juez conozca el Derecho extranjero, aunque no esté obligado a ello, por su propia experiencia y lo aplique a los conflictos que se le plantean. La STS de 10 de junio de 2005 indica que si el Derecho extranjero es conocido suficientemente por el Juez y por las partes, no sería necesario que estas lo probaran, bastaría con que lo alegase. Así sucede en la SAP de Cádiz de 15 de septiembre de 2007 (Auto núm. 93/2007) y en la SAP de Burgos de 30 de julio de 2007.

La aplicación de oficio del Derecho extranjero si puede llevarse a cabo, en cambio, con mucha más flexibilidad, por otras autoridades públicas que no ejerzan funciones jurisdiccionales, tal y como se manifiesta en la Resolución de la DGRN de 5 de febrero de 2005.

e) Inadmisión de la demanda

Esta postura se aplicaba por los Tribunales antes de las resoluciones del Tribunal Constitucional, la STC 10/2000 de 31 de enero y la STC 33/2002 de 11 de febrero de 2002, argumentando la última lo siguiente: “...En efecto, ante la falta de prueba del Derecho extranjero (que era la normativa que ambos órganos judiciales consideraban aplicable al caso) se optó por no resolver sobre la pretensión deducida por la actora (calificación de su despido), evitando, además, hacerlo a través de la aplicación subsidiaria de la *lex fori*, es decir de la legislación española...es obvio, pues, que a la parte actora le fue denegada de forma no razonable una resolución sobre el fondo de su pretensión... En consecuencia, no sabe más que concluir que ambas resoluciones judiciales lesionaron el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente en amparo”¹⁹.

¹⁹ STC 22/2002 de 11 de febrero de 2002, Sentencia 39/2002, de 14 de febrero de 2002. Cuestión de inconstitucionalidad 1724/95. Se trata de un caso en el que la parte actora solicita del Juzgado de lo Social que se califique su despido. La parte contraria alega que se debería aplicar el Derecho extranjero inglés. El Juzgado requiere a la actora, y no a la parte que alega el Derecho extranjero, que pruebe el Derecho extranjero y al no hacerlo desestima la demanda, igual que lo hace el Tribunal superior.

6. CONCLUSIONES

En este apartado hay dos cuestiones que me gustaría abordar.

La primera de ellas, trataría sobre el principio "*lex fori regit processum*" - la ley del foro rige el proceso. Como intentaba decir en el apartado cuatro, es importante para los juristas que tengan en cuenta este principio. En la práctica esto se traduciría en todos aquellos actos que se tienen que llevar a cabo antes del comienzo del procedimiento. De tal manera que, si se requiere el pago de una tasa judicial para poder acceder al proceso, según la ley del foro, en nuestro caso la ley española, ésta se tendrá que pagar. También incluye otras cuestiones previas como la redacción y contestación de la demanda. Se tendrá que hacer según regula la LEC y no la ley procesal rumana. Aprovechare, dado en pequeño conocimiento que tengo en el Derecho rumano, para aclarar otro supuesto que puede inducir en error a los ciudadanos rumanos ante la jurisdicción española. Cuando iniciamos un procedimiento civil ante los órganos jurisdiccionales españoles, en la mayoría de las ocasiones se requiere la presencia de Abogado y Procurador y, si se trata de menores estará también presente el Ministerio Fiscal. Pues bien, el Ministerio Fiscal no existe en el ordenamiento jurídico rumano como tal. Su figura análoga es el Procurador. Resumiendo, el Procurador rumano cumple con las funciones del Fiscal español. Es importante mencionar esto al cliente, no sea que confunda las figuras y caiga en error. Por tanto, es conveniente acudir a un especialista en Derecho extranjero o por lo menos informarse acerca de este (se puede hacer también a través de las traducciones jurídicas solicitando la definición de los conceptos) antes de iniciar un procedimiento. Otro pequeño consejo sería también en analizar bien el Derecho extranjero que vamos a alegar y probar ante los Tribunales españoles. Si dicho Derecho vulnera el orden público español (tal como derechos y libertades fundamentales) estaría bien

mencionarlo en la demanda o en la contestación y pedir a los Tribunales la aplicación supletoria del Derecho español.

La segunda trataría sobre el principio de colaboración que alegan tanto la Jurisprudencia como la Doctrina²⁰.

En mi humilde opinión, no se trata para nada de una colaboración entre la parte interesada en alegar y probar el Derecho extranjero y los Órganos Jurisdiccionales. Más bien, se trata de un principio de auxilio. Si analizamos las respuestas de las Altas Cortes, como la famosa Sentencia del Tribunal Constitucional STC 10/2000 lo que se viene pidiendo es que la parte interesada agote las vías, para que después los Tribunales pongan en marcha los mecanismos necesarios para la obtención del Derecho extranjero. Considero que, si se te pide hasta lo imposible, no es colaborar, sino ayudar en última instancia.

En la práctica sería mucho más fácil permitir a todo el sistema jurídico, a Abogados y/o Procuradores poder acceder a dichos mecanismos, pues son ellos, especialmente los Abogados, los que tienen que analizar la Ley que piden que se les aplique, porque es la que mejor les conviene. Poder conseguir los documentos necesarios que conduzcan a la prueba del Derecho extranjero, antes de iniciar el procedimiento, es claro una ventaja para la parte y también para el Abogado, al cual facilitara mucho más su trabajo. Esta idea ayudaría también en la agilización de los procedimientos, lo que conduciría a un mejor acceso a la Justicia de los ciudadanos.

²⁰ PATRICIA OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS “Imperatividad de la norma de conflicto y prueba del Derecho extranjero en los Reglamentos sobre la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales”, 2017, <http://eprints.ucm.es>

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FLORA CALVO BABÍO “APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO EXTRANJERO EN MATERIA DE FAMILIA” – Ed. TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2010, págs. 25-30

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA Y JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ – DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (VOL II), Décimo séptima Edición, Ed. COMARES, Granada, 2017

FRANCISO JAVIER GARCIMARTIN ALFÉREZ, “DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO” – Ed. ARAZANDI, 2016, págs. 217-250

FERNANDO PEDRO MÉNDEZ GONZÁLEZ Y GUILLERMO PALAO MORENO – “COMENTARIOS A LA LEY DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL” – Ed. TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2017, págs. 390-400

PATRICIA OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS “*Imperatividad de la norma de conflicto y prueba del Derecho extranjero en los Reglamentos sobre la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales*”, 2017, <http://eprints.ucm.es>

ALFONSO YBARRA BORES y ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT “*Las nuevas reglas sobre información del Derecho extranjero en el Sistema español de Derecho Internacional Privado*”, BJV, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2017

JURISPRUDENCIA CITADA

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017, asunto C-372/16, caso Sahyouni

STC 10/2000, de 17 de enero de 2000. Recurso de amparo 3.130/1997

STC 22/2002 de 11 de febrero de 2002, Sentencia 39/2002, de 14 de febrero de 2002. Cuestión de inconstitucionalidad 1724/95

SAP Núm. 168/2011Tarragona de 13 de abril de 2011 JUR 2011\260610;

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) Auto núm. 1/20 *
Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 12 de enero de 2011;

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra, núm. 3, de 24 de junio de 2011. AC 2011/202007 de 12 enero AC/2007/1056

Auto de J. Merc. de Madrid núm. 8 de Madrid de 5 de febrero de 2013, JUR 2013\41855