



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Aplicación del Derecho extranjero por los tribunales españoles

Presentado por:

Anita Elisabeta Terfea

Tutelado por:

Diana Gluhaia

Valladolid, Julio de 2019

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo titulado “La aplicación del Derecho extranjero por los tribunales españoles” es el análisis de la prueba y aplicación del Derecho extranjero en los casos litigiosos que presentan uno o más elementos de extranjería. El modelo seguido en España es el modelo de aplicación del Derecho extranjero a instancia de parte. De esta manera, recae sobre la parte que invoca el Derecho extranjero la necesidad de probar su vigencia y contenido. Algunas cuestiones que se van a tratar en este trabajo hacen referencia a los cuerpos legales que regulan la aplicación y prueba del Derecho extranjero en España, la imposibilidad de prueba del Derecho extranjero y las diferentes soluciones para los casos concretos, etcétera. Todas estas cuestiones tienen un gran apoyo jurisprudencial. A lo largo de este trabajo se van a hacer menciones a varias sentencias que constituyen un gran apoyo para los jueces y tribunales que tienen que aplicar el Derecho extranjero en España.

ABSTRACT

The main objective of this paper-work entitled "The application of foreign law before Spanish courts" is the analysis of the proof and application of foreign law in litigious cases that have one or more international elements. The model that Spain follows is the application of foreign law at the request of a party. The party who invokes the foreign law has to prove its validity and content. Some of the questions that will be discussed in this work refers to the legal bodies that regulate the application and proof of foreign law in Spain, the impossibility of proof of foreign law and the different solutions for specific cases, etc. All of these questions have jurisprudential support. Throughout this work will be mentioned several sentences that represent a great support for judges and courts that have to apply foreign law in Spain.

PALABRAS CLAVE : Derecho, aplicación del Derecho Extranjero, elemento internacional, litigios, jurisprudencia.

KEY WORDS : Law, application of foreign law, international element, litigious cases, jurisprudence.

Tabla de contenido

| | |
|---|----|
| RESUMEN..... | 1 |
| ABSTRACT | 1 |
| 1. INTRODUCCIÓN..... | 4 |
| 2. LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO POR LOS TRIBUNALES JUDICIALES | 5 |
| 2.1 MODELOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO | 7 |
| 2.2 MODELO SEGUIDO EN ESPAÑA..... | 8 |
| 2.3 LA NORMA DE CONFLICTO | 9 |
| 2.3.1 <i>Concepto</i> | 9 |
| 2.3.2 <i>Imperatividad</i> | 11 |
| 3. LA ALEGACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO..... | 12 |
| 4. LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO | 13 |
| 4.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS..... | 13 |
| 4.2 REGULACIÓN ACTUAL DE LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO | 14 |
| 4.3 EL OBJETO DE PRUEBA..... | 16 |
| 4.4 LA REGLA GENERAL..... | 17 |
| 4.5 LAS REGLAS ESPECIALES..... | 18 |
| 4.6 MOMENTO PROCESAL OPORTUNO PARA PROBAR EL DERECHO EXTRANJERO | 20 |
| 4.7 LA DEMANDA Y LOS DOCUMENTOS QUE DEBEN PRESENTAR LAS PARTES..... | 21 |
| 4.8 MEDIOS DE PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO POR LAS PARTES | 22 |
| 5. LA FALTA DE PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO | 24 |
| 5.1 IMPOSIBILIDAD TOTAL DE PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO..... | 27 |
| 5.2 LA PRUEBA PARCIALMENTE IMPOSIBLE..... | 29 |
| 5.3 APLICACIÓN DE LEYES DE ESTADOS NO RECONOCIDOS POR ESPAÑA | 30 |
| 6. COOPERACIÓN INTERNACIONAL ACERCA DE LA INFORMACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO | 31 |
| 6.1. CARACTERÍSTICAS GENERALES | 31 |
| 6.1. LA RED JUDICIAL EUROPEA EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL | 32 |
| 6.2. RÉGIMEN MULTILATERAL..... | 33 |
| 6.1.1 <i>El Convenio europeo de Londres de 7 junio 1968</i> | 34 |
| 6.1.2 <i>Convención interamericana sobre prueba e información del Derecho extranjero hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979</i> | 35 |
| 6.3. RÉGIMEN BILATERAL | 37 |
| 6.4. PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES | 38 |
| 7. RÉGIMEN DE LOS RECURSOS..... | 40 |
| 7.1 RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL | 40 |
| 7.2 RECURSO DE CASACIÓN | 41 |
| 7.3 RECURSO DE AMPARO | 43 |

| | | |
|------------|---|-----------|
| 8. | IMPOSIBILIDAD DE APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO | 45 |
| 8.1 | IMPOSIBILIDAD LEGAL | 45 |
| 8.2 | IMPOSIBILIDAD MATERIAL | 46 |
| 9. | DERECHO COMPARADO Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO | 47 |
| 9.1 | DERECHO ANGLOSAJÓN..... | 47 |
| 9.2 | SISTEMA GERMÁNICO | 48 |
| 10. | CONCLUSIONES..... | 49 |
| | REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 52 |

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho Internacional Privado cumple una función social. Los cambios económicos, políticos y culturales de la sociedad afectan a la evolución del Derecho internacional privado y para comprender las normas de esta rama de Derecho resulta preciso enmarcarlas en un determinado contexto histórico. La cooperación internacional sigue siendo un elemento determinante del Derecho Internacional privado actual.¹

En el siglo XXI, cada Estado tiene su propio ordenamiento jurídico y los tribunales de cada Estado se rigen por sus propios ordenamientos jurídicos. La aplicación del Derecho extranjero es una cuestión que afecta a toda la sociedad. Ante esta situación, la aplicación del Derecho extranjero sigue planteando problemas porque no existe una regulación única que pueda solucionar todas las cuestiones que se suscitan a lo largo de un proceso que presenta elementos de extranjería. De esta manera, el objetivo de este trabajo es determinar de manera general las reglas por las que se rige un proceso que presenta elementos de extranjería, qué normas deben aplicar los tribunales para satisfacer las pretensiones de las partes implicadas y qué presupone la aplicación del Derecho extranjero.

Para alcanzar este objetivo, las principales cuestiones planteadas en este trabajo son: cuándo se debe aplicar el Derecho extranjero por los tribunales, quién tiene que alegar y probar esas normas jurídicas extranjeras, la falta y la imposibilidad de prueba del Derecho extranjero, el control de constitucionalidad del Derecho extranjero, entre otras. Entre las cuestiones planteadas, existe una cuestión actual bastante polémica que esta relacionada con la falta de prueba del Derecho extranjero. ¿Qué ocurre si no se consigue probar el Derecho extranjero? A esta pregunta responde la jurisprudencia española de forma distinta: por un lado, algunos tribunales están a favor de la tesis de aplicación sustantiva del Derecho material español (sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Alicante de 18 de noviembre de 2003, STS de 10 de junio de 2005, STS 30 de abril de 2008, STS de 17 abril de 2015, STSJ Madrid Social 22 julio 2016, SAP de Zaragoza de 1 de marzo de 2016, la SAP de Melilla de 8 de enero de 2019, etcétera) y por otro lado, existen también tribunales que prefieren adoptar

¹ FERNANDEZ ROZAS, J.C., “Objeto y funciones del Derecho Internacional Privado”, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Aranzadi S.A., Novena Edición, marzo 2016, p. 29.

la tesis de la desestimación e la demanda ante la falta de prueba del Derecho extranjero (SAP Las Palmas de 13 junio 2008, SAP de Guipúzcoa, de 29 junio 2009, entre otros).

Ante esta situación y ante la dispersión normativa, la doctrina y la jurisprudencia juegan un papel fundamental. A lo largo de este trabajo se va a hacer referencia tanto a las sentencias dictadas por los tribunales españoles como a las opiniones de diferentes autores que tratan sobre la problemática de la aplicación del Derecho extranjero.

Para facilitar el trabajo de los tribunales se han creado una serie de instrumentos de determinación del Derecho extranjero mediante los Convenios, Tratados Bilaterales, Convenciones, Red Judicial Europea en materia civil y mercantil. En este trabajo se van a mencionar algunos de estos mecanismos previstos en instrumentos legales internacionales para la acreditación del Derecho extranjero.

Cada país tiene un modelo de aplicación del Derecho extranjero diferente, por eso es importante abordar en este trabajo un enfoque comparativo y analizar los diversos modelos de regulación. Así, cada modelo tendrá una concepción diferente del Derecho extranjero y de esta manera se aplicaran distintas soluciones a la cuestión de la aplicación judicial del Derecho extranjero.

No existe un tratamiento homogéneo en el contexto mundial, o incluso en el europeo, en cuanto a la aplicación del Derecho extranjero por eso es importante encontrar soluciones que garanticen a los particulares la correcta resolución de conflictos con elemento de extranjería.

2. LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO POR LOS TRIBUNALES JUDICIALES

La aplicación del Derecho extranjero sigue siendo una cuestión polémica a pesar de los avances de la sociedad del siglo XXI. Los antecedentes normativos del actual tratamiento normativo, doctrinal y jurisprudencial de la aplicación del Derecho extranjero en España se asientan en el Derecho romano y en los códigos antiguos. A mediados del siglo XIX, se comenzaron a sentar las bases jurisprudenciales y doctrinales de la aplicación del Derecho

extranjero en el proceso. Hoy en día, los tribunales deben aplicar de oficio las normas de conflicto.

El Derecho Internacional Privado español está formado por un gran número de normas de conflicto. Estas normas tienen como objeto localizar la relación jurídica o situación jurídica en un ordenamiento jurídico concreto para poder determinar el derecho aplicable a cada caso que presenta uno o más elementos de extranjería. Los jueces y autoridades españoles están obligados a aplicar las normas de conflicto, o bien aplicando el Derecho extranjero al caso concreto o bien aplicando el Derecho del foro. Este deber de los tribunales se recoge de forma expresa en el artículo 12. 6 del Código Civil².

Antiguamente, este artículo 12.6 del CC estaba compuesto por dos párrafos pero el segundo de ellos fue derogado por la Disposición Derogatoria Única de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. Ahora, el artículo 281.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil³ (en adelante LEC) recoge lo mismo que recogía el derogado párrafo segundo del artículo 12.6 del CC.

El Derecho Internacional Privado español es una rama del ordenamiento jurídico español, por lo cual el órgano judicial debe resolver el litigio con sometimiento al sistema de fuentes del ordenamiento jurídico español que recoge el artículo 1 del CC⁴. Además, las fuentes del Derecho Internacional Privado español son tanto las “fuentes internas” como “fuentes internacionales”, tales como tratados y convenios internacionales vigentes en España.⁵

² Artículo 12.6 del Código Civil aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889: “Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español”.

³ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, artículo 281.2: “(...) 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.”

⁴ El artículo 1.1 del Código Civil, aprobado por Real Decreto de 24 de Julio de 1889, establece que las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.

⁵ CALVO CARAVACA, A., y CARRASCOSA CONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado*. Granada. Editorial Comares.2017. p. 72.

En este orden de cosas interesa hablar también del principio *iura novit curia*. Según este principio, los jueces tienen la obligación de conocer el ordenamiento jurídico español, pero no tienen el mismo deber en cuanto al Derecho extranjero. Por eso, las partes tendrán que probar la vigencia y contenido del Derecho extranjero para que el órgano jurisdiccional pueda tomar en consideración y aplicar el Derecho de otro país. El juez aplicará el Derecho extranjero si las partes consiguen probar dicho Derecho.

2.1 Modelos de aplicación del derecho extranjero

Existen varios modelos teóricos sobre la aplicación del Derecho extranjero según la doctrina. Los modelos de aplicación del Derecho extranjero se pueden clasificar en tres: el modelo de aplicación del Derecho extranjero a instancia de parte, el modelo de aplicación del Derecho extranjero de oficio por el tribunal y el modelo mixto de colaboración entre tribunal y las partes.

El modelo de aplicación del Derecho extranjero a instancia de parte, hace referencia a la prueba que deben realizar las partes ante los tribunales para probar el Derecho extranjero. Este primer modelo se sigue en distintos países, pero con ciertas diferencias: Argentina, Reino Unido, Estados Unidos, Francia, Brasil, España, etcétera.

Otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, según la doctrina, apoyan el segundo modelo de aplicación del Derecho extranjero de oficio por el tribunal. En este caso, los tribunales deben tratar igual el Derecho extranjero y el Derecho del país cuyos tribunales conocen del litigio. Es decir, conforme al principio *iura novit curia*, son los tribunales los que tienen que probar y acreditar el Derecho extranjero. Este modelo se sigue por: Austria, Turquía, Italia, Suiza, Alemania, Japón, etcétera.

En cuanto al modelo mixto de colaboración entre tribunal y partes es considerado por los autores Calvo Caravaca y González Carrascosa como el modelo preferible. Se trata de una colaboración entre el tribunal y las partes porque de esta manera el Derecho extranjero tendrá más oportunidades de ser acreditado.⁶ Estos autores aconsejan establecer un sistema de colaboración estructurado en el cual los tribunales deberían probar el Derecho extranjero de

⁶ CALVO CARAVACA, A., y CARRASCOSA CONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*. Granada. Editorial Comares. 2017. p. 541.

oficio y así disminuir el coste de la prueba que recae sobre los particulares. Asimismo, si el tribunal lo considera necesario las partes podrían colaborar en la prueba del Derecho extranjero. Por otra parte, se permite que las partes prueben el Derecho extranjero por propia iniciativa si resulta mas conveniente para sus intereses y lo pueden hacer con menor coste.

2.2 Modelo seguido en España

El modelo de aplicación del derecho extranjero a instancia de parte es el modelo seguido en España. Este modelo se fundamenta en tres ideas básicas.

Por un lado, el Derecho extranjero no es un mero “hecho procesal”, sino un conjunto de normas jurídicas destinadas a solventar el fondo del asunto. Hoy en día, se entiende que el Derecho extranjero es sólo un Derecho que aplican los jueces y tribunales en otro país y no es Derecho en vigor en el país que lo aplica. De esta manera, no se lesiona la integridad del país de donde procede el Derecho extranjero.

Por otro lado, los jueces españoles no están obligados a conocer el Derecho extranjero. La doctrina entiende que el principio *iura novit curia* solo alcanza al Derecho nacional, de manera que el juez nacional no tiene el deber de conocer los ordenamientos jurídicos de otros países.

La ultima idea básica, pero no la menos importante, trata sobre la motivación económica del modelo de aplicación del Derecho extranjero a instancia de parte. La aplicación del Derecho extranjero beneficia a intereses particulares y no a los intereses sociedad en general, por eso, el coste de la prueba la deben soportar las partes interesadas en probar dicho Derecho. En la STS de 10 de junio de 2005⁷ se refleja la idea anterior. Esta sentencia trata sobre un litigio sobre la sociedad de gananciales que presenta elementos de extranjería. La demandante (Doña Flora) es de nacionalidad belga al igual que Don Oscar, quien había sido su cónyuge. La parte demandada es Doña Ángeles que ha contraído un ulterior matrimonio con Don Oscar. La parte actora solicita la condena de la demandada a cesar en la posesión de la finca “X” situada en España, hasta la liquidación de la sociedad de gananciales que afirmó

⁷ STS (Sala de lo Civil) de 10 de junio de 2005, Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel, CENDOJ nº 28079110012005100486.

constituida sobre ella por la titularidad de la propia demandante y la de sus hijos, en cuanto sucesores *mortis causa* de quien sabia sido su cónyuge.

Los fundamentos de derecho de esta sentencia afirman que para poder aplicar el Derecho extranjero se necesita probar su contenido por la parte recurrente. El Tribunal no tiene la obligación de conocer dicho Derecho extranjero conforme a la regla *iura novit curia*. Los hechos tienen que ser aportados por las partes, pero el Tribunal puede valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para la aplicación del Derecho extranjero.

El Tribunal debe aplicar la norma de conflicto de foro, que es una norma imperativa regulada en el artículo 12.6 del CC. Por un lado, las partes no tienen que alegar en el proceso la aplicación del Derecho extranjero porque el Juez debe aplicar de forma imperativa la norma de conflicto. Por otra parte, lo que tienen que alegar las partes son los hechos.

En la sentencia citada, en casación, el Tribunal desestima la pretensión de la demandante por dos motivos: por no haberse probado por la parte actora el contenido y la vigencia del Derecho belga sobre el régimen económico conyugal de comunidad de bienes, al que remiten las normas españolas de conflicto y por la inexistencia de un título que legitimase a la demandante la reivindicación de la finca de quien la poseía.

En este caso, no se logra probar el Derecho extranjero por la actora. De esta forma, resulta de aplicación la *lex fori* como norma subsidiariamente competente, en concreto las normas sobre la sociedad de gananciales. Doña Flora sería titular de una mera expectativa que no le facultaba para reivindicar.

2.3 La norma de conflicto

2.3.1 Concepto

La norma de conflicto es una técnica indirecta de reglamentación, no ofrece una solución directa a los litigios internacionales de carácter privado que tienen lugar entre los particulares.

Los profesores, Calvo Caravaca, Rodríguez Benot, José Carlos Fernández Rozas y Sixto Sánchez Lorenzo definen la norma de conflicto como un método indirecto de solucionar los conflictos internacionales. El primero de ellos, opina que la norma de conflicto es una norma que ubica la situación privada internacional en un concreto Estado. Si la situación privada

internacional se localiza en España, el ordenamiento jurídico de este Estado debe regular dicha situación privada internacional. Esta norma emplea un método de reglamentación “indirecto”. El litigio deberá ser resuelto con arreglo a las normas sustantivas del Derecho de dicho Estado.⁸ El segundo autor, Rodríguez Benot coincide con la opinión de Calvo Caravaca y subraya que una vez localizada la relación en un concreto ordenamiento jurídico, habrá que ver, en segundo paso, que disposiciones de ese ordenamiento solucionan la controversia.⁹

Además, los autores mencionados con anterioridad exponen también que la norma de conflicto se integra por tres elementos: supuesto de hecho, punto de conexión y consecuencia jurídica. El supuesto de hecho de la norma de conflicto es una categoría o una institución jurídica en la que se recoge una situación privada internacional. El elemento específico es el punto de conexión y a través de él se localiza la relación jurídica en un determinado Estado, cuya ley es aplicable al caso concreto. En cuanto al último elemento, la consecuencia jurídica se determina indirectamente y designa la aplicabilidad de un determinado Derecho estatal.

La norma de conflicto tiene su origen en F.K.V. Savigny, que propuso regular las situaciones de Derecho Internacional Privado en su obra *System des heutigen römischen Rechts*. En concreto, Savigny propuso que todos los Estados tengan normas de conflicto idénticas o parecidas para solucionar de manera eficaz los conflictos que se dan a nivel internacional.

En la actualidad, se sigue el método localizador que propuso Savigny en el siglo XIX. La norma de conflicto sigue manteniendo los mismos caracteres: es general, multilateral, neutra y automática. Pero hay que subrayar que la norma de conflicto ha evolucionado y ha modificado sus características a través de la especialización, la materialización y la flexibilización de la norma de conflicto.¹⁰

⁸ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional Privado*. Tipos de normas en derecho internacional Privado, Ed. Comares, Granada, 2017, p. 424.

⁹ RODRÍGUEZ BENOT, CAMPUZANO DÍAS, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ e YBARRA BORES: “Norma de conflicto”, en *Manual de Derecho Internacional Privado*. Madrid, Segunda edición 2015. Ed. Tecnos, p. 136.

¹⁰ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado. Técnicas de reglamentación y normas del Derecho Internacional Privado*, Ed. Comares, Granada, 2017, p.p. 433.

2.3.2 Imperatividad

Las normas de conflicto del ordenamiento jurídico español tienen carácter imperativo, es decir son normas de *ius cogens*. En la doctrina, autores como Calvo Caravaca¹¹ y Fernández Rozas, junto con Sánchez Lorenzo,¹² subrayan la imperatividad de la norma de conflicto. Además, el artículo 12.6 del CC¹³ recoge de forma expresa su carácter imperativo.

La jurisprudencia defiende también el carácter imperativo de las normas de conflicto, los tribunales y autoridades españoles están vinculados a estas normas. La STS (Sala de lo Civil) de 23 de marzo de 2010¹⁴ evidencia que las partes no pueden prescindir de la aplicación de la norma de conflicto. En esta sentencia que trata sobre un accidente de tráfico y cobertura del seguro de responsabilidad civil, el tribunal afirma que una cosa es la prueba y alegación del Derecho suizo y, otra distinta, es la aplicación de la norma de conflicto. Además, subraya que el Derecho extranjero se “aplica no porque lo haya alegado una parte, sino porque lo exige la norma de conflicto, como precisa la STS 4 de julio 2006, con independencia de la prueba posterior de su contenido a instancia de parte”.

Así, el artículo 12.6 del CC obliga a los tribunales y autoridades españoles a aplicar de oficio las normas de conflicto pero no les obliga a probar de oficio el Derecho extranjero al que puede remitir la norma de conflicto española. De esta forma, la prueba del Derecho extranjero a la que se refiere la norma de conflicto es una carga que recae sobre las partes en el litigio y no sobre las autoridades españolas. A la cuestión de quien debe probar el Derecho

¹¹ De sus obras sobre el Derecho extranjero, en la que más se aprecia el carácter imperativo de la norma de conflicto es su destacado: *Derecho Internacional Privado. Técnicas de reglamentación y normas del Derecho Internacional Privado*, Volumen I, Comares, Granada, 2017, pp. 450 a 455.

¹² FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO: *Derecho Internacional Privado. Derecho aplicable*, Novena edición, 2016, Thomson Reuters, pp. 143-144.

¹³ Artículo 12.6 del Código Civil, aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889: “Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español”.

¹⁴ STS (Sala de lo Civil) de 23 de marzo de 2010, Ponente José Antonio Seijas Quintana, CENDOJ nº 28079110012010100428, en particular su Fundamento Primero.

extranjero responde la STS de 31 de diciembre de 1994¹⁵, ya que deja bien sentada la obligación de las partes de probar el derecho que consideran aplicable al caso además de aclarar la diferencia entre normas de conflicto y derecho material extranjero. En este litigio, la Sala de instancia afirma que: “el derecho extranjero deberá ser acreditado -en lo que a su contenido y vigencia se refiere- por los medios de prueba admitidos por la ley española, por la parte que pretende su aplicación; extremo este que no se ha realizado en forma alguna, ya que la demandante, en sustento de su derecho ha alegado una legislación "inaplicable al caso"". Además, la Sala del Tribunal Supremo subraya que el recurso confunde las normas de conflicto que se aplicarán de oficio con el derecho material extranjero que en modo alguno puede ser determinado por el Tribunal conforme el artículo 12.6 del CC.

3. LA ALEGACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

Teniendo en cuenta que el Derecho extranjero no es un hecho, como se ha mencionado a lo largo de este trabajo, el artículo 281.2 de la LEC¹⁶ distingue con claridad los “hechos” del “Derecho extranjero”. Actualmente, la aplicación del Derecho extranjero no depende de que las partes lo aleguen o no en el proceso, sino que deriva directamente de la norma de conflicto española. Es decir, el Derecho extranjero no debe ser alegado por las partes como un hecho procesal.

De forma contraria, durante el siglo XIX, el Tribunal Supremo sostuvo que son las partes las que tienen que alegar el Derecho extranjero. Además, el Tribunal afirmó que la no alegación del Derecho extranjero por las partes supone la no aplicación del Derecho extranjero. Hoy en día, el Tribunal Supremo ya no sigue la misma línea que seguía en el siglo XIX. En efecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2005,¹⁷ a la que se ha hecho referencia a lo largo de las páginas anteriores, es una de las sentencias en las que se pone de relieve el abandono de la línea jurisprudencial del siglo XIX. El Tribunal Supremo

¹⁵ STS (Sala de lo Civil) de 31 de diciembre de 1994, Ponente Jaime Santos Briz, CENDOJ n° 28079110011994101069.

¹⁶ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 08/01/2000).

¹⁷ STS (Sala de lo Civil) de 10 de junio de 2005, Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel, CENDOJ n° 28079110012005100486.

sostiene de manera expresa en esta sentencia que: “el derecho extranjero no tiene que ser alegado en el proceso por las partes para que el Juez deba tener en cuenta la designación que de él efectúa la norma de conflicto, por más que ello sea para darle el tratamiento procesal que corresponda”.

Las partes no deben alegar el Derecho extranjero para que los tribunales y los jueces lo apliquen si así lo establece la norma de conflicto, quieran o no las partes. De esta manera, antes de desestimar una petición ante la falta de pruebas, el asunto se tiene que resolver conforme al derecho nacional. Así, en la sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Alicante de 18 de noviembre de 2003¹⁸ se establece que: “cuando a los Tribunales españoles no les es posible fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero, habrán de juzgar y fallar según el Derecho patrio” (Sentencia del TS de 7 de septiembre de 1990, con cita de las sentencias del mismo Tribunal de 28 de octubre de 1968, 4 de octubre de 1982, 15 de marzo de 1984, 12 de enero y 11 de mayo de 1989)”.

De esta manera, la aplicación del Derecho extranjero no depende de que las partes lo aleguen o no. El Derecho extranjero se aplica por los jueces porque así lo ordena la norma de conflicto española. Si las partes en un litigio con elemento de extranjería no alegan el Derecho extranjero eso no significa que no se aplicará sino que seguirá siendo Derecho aplicable al caso, ya que la norma de conflicto tiene carácter imperativo.

4. LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO

4.1 Antecedentes históricos

Antes de la promulgación del Código Civil en 1889, el tratamiento procesal del Derecho extranjero quedó subordinado a las reglas del Tribunal Supremo por la Sala Primera. Las reglas elaboradas por el Tribunal Supremo se pueden dividir en tres proposiciones: la primera proposición subraya que el Derecho extranjero no es un Derecho porque España no puede aceptar “mandatos soberanos extranjeros”. De esta manera, el Derecho extranjero debe ser

¹⁸ SAP de 18 de noviembre de 2003, Ponente: Luis Antonio Soler Pascual, CENDOJ n° 03014370052003100512.

considerado como un “hecho procesal”. En la segunda proposición se establece que el juez tiene la facultad pero no la obligación de “intervenir” en la prueba del Derecho extranjero. Y en la última proposición hace mención a la prueba del Derecho extranjero: si la prueba no se consigue acreditar por la parte interesada, el tribunal español debe aplicar el Derecho material español.¹⁹

El Tribunal Supremo utilizó estas reglas durante el siglo XIX y todo el siglo XX porque el Código Civil de 1889 no regulaba el “tratamiento procesal del Derecho extranjero” y aunque a partir de 1974 se regulaba la cuestión en el artículo 12.6.II del CC, su texto era confuso e impreciso.

4.2 Regulación actual de la prueba del Derecho extranjero

En el Derecho español la regulación de la prueba y alegación del Derecho extranjero se regula en tres cuerpos legales distintos.

En el primer lugar, la primera regulación en cuanto a la aplicación del Derecho extranjero se introdujo con la reforma del Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil de 1974. El artículo 12.6 del CC regula la alegación y prueba del Derecho extranjero, utilizando normas de conflicto de carácter imperativo.

En el segundo lugar, el artículo 281.2 de la LEC establece la necesidad de prueba del Derecho extranjero, el objeto de prueba cuando se tiene que acreditar el Derecho extranjero y la posible averiguación por parte del tribunal, a través de los medios necesarios, del Derecho extranjero aplicable.

En el tercer lugar, la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (en adelante, LCJIMC) regula los aspectos procedimentales de la prueba de Derecho extranjero. Estos preceptos regulan, por un lado, el valor probatorio de la prueba practicada para acreditar la vigencia y contenido del Derecho extranjero (art. 33.2 y 4 LCJIMC). Por otro lado, se recoge también la solución para los casos en los que las partes

¹⁹ CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ: “La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles”, *Revista Estudios de Deusto*, Vol. 54/2, Bilbao, julio-diciembre 2006, pp. 61-109.

no han podido probar el Derecho extranjero (art. 33.3 LCJIMC) y el régimen jurídico de la “información del Derecho extranjero”.²⁰

La doctrina y la jurisprudencia no se ponen de acuerdo en cuanto a la naturaleza del Derecho extranjero. La gran mayoría consideran que es un derecho²¹, otros lo ven como un hecho y últimamente se piensa que es un *tertium genus*. Además, esta naturaleza es muy importante a la hora de probar el Derecho extranjero porque la prueba se rige por unas u otras reglas dependiendo de la naturaleza del Derecho extranjero.

Si se considera que el Derecho extranjero es un hecho, se deberían aplicar las reglas de la actividad probatoria: alegación de los hechos y carga de la prueba. En cambio si el Derecho extranjero tiene la naturaleza de derecho, el órgano jurisdiccional debería aplicar la norma jurídica correspondiente al caso concreto. Asimismo, podemos encontrarnos con la figura del *tertium genus* que es una combinación de ambas regulaciones.²²

En mi opinión, el Derecho extranjero debe ser considerado como un derecho porque se integra por normas jurídicas que constituyen el ordenamiento jurídico de un país concreto. El Derecho extranjero es Derecho vigente en un determinado país que se tiene que aplicar por los jueces y autoridades de otro país. De esta manera, el Derecho extranjero es un Derecho que se aplica por los tribunales y autoridades españolas, aunque las normas que resultan aplicables al caso concreto son normas extranjeras. Es verdad que en el caso del Derecho extranjero no rige el principio de *iura novit curia* y, como consecuencia, las partes tienen que probar la vigencia y aplicabilidad de dicho derecho. También considero que en un futuro las autoridades y jueces españoles deberían seguir aplicando de oficio las normas de conflicto.

²⁰ CALVO CARAVACA, A.-L. “Aplicación judicial del derecho extranjero en España. Consideraciones críticas”. *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. 68/2, julio-diciembre 2016, p. 140.

²¹ MIRALLES SANGRO, P., *Aplicación del Derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, Madrid, Ed. Dykinson, 2007, de manera expresa p. 183; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *Las normas jurídicas como objeto de prueba*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 35-60; CALVO CARAVACA, A.-L., *Derecho internacional privado. Aplicación del Derecho extranjero*, Granada, 2017, sostiene, dentro del Modelo de aplicación del Derecho extranjero a instancia de parte, que el Derecho extranjero es un Derecho que “se aplica” en otro país (p. 540).

²² MIRALLES SANGRO P., *Aplicación del Derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, pp. 181-182.

4.3 El objeto de prueba

El artículo 281.1 de la LEC²³ establece de forma expresa que los hechos constituyen el objeto de prueba. También en el artículo 281.2 de la LEC se determina como objeto de prueba la costumbre y el Derecho extranjero. En cuanto al Derecho extranjero, deberá ser probado su contenido y vigencia y, además, los tribunales pueden utilizar cuantos medios estimen oportunos para averiguar su aplicación.

Los dos párrafos del artículo citado reflejan las reglas básicas del derecho probatorio español. Por un lado, los hechos objeto de prueba son los aportados por las partes y excepcionalmente el juez puede introducir hechos en el proceso. Por otro lado, la tutela judicial que se pretende en el proceso está conectada con los hechos que son objeto de prueba, mientras que el principio dispositivo limita el objeto de la prueba. Finalmente, los hechos declarados notorios están exentos de prueba. El principio tradicional que rige los hechos notorios exime de prueba a estos. Así, los autores P. Calamandrei y E. Allorioque defienden el aforismo *notoria non eget probatione*. La actual Ley de Enjuiciamiento Civil exime de prueba a los hechos que gocen de notoriedad general y absoluta.²⁴

La jurisprudencia, en cuanto a este supuesto, señala la necesidad de probar la interpretación y aplicabilidad al caso del Derecho extranjero. Así, la STS (Sala 6ª) de 9 de mayo de 1988²⁵, que trata sobre un contrato de embargo que contiene clausula garantizadora para el riesgo de accidente, subraya la necesidad de probar el Derecho extranjero. El demandante era un trabajador español que prestaba sus servicios en un buque no abanderado en España (en concreto prestaba sus servicios en Panamá). En este caso se excluía, en principio, la aplicación de la legislación española. Esto conducirá a la aplicación del Derecho extranjero

²³ Artículo 281.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso”.

²⁴ MIRALLES SANGRO P., *Aplicación del Derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, p. 191.

²⁵ STS (Sala de lo Social) de 9 de mayo de 1988, Ponente Rafael Martínez Emperador, CENDOJ nº 28079140011988102978.

por los Tribunales españoles. Tal aplicación requiere que la parte que invoca tal Derecho alegue y pruebe la legislación extranjera. También, señala esta Sala de forma expresa, en el cuarto fundamento de derecho, que se deben aportar incluso los criterios interpretativos establecidos por los tribunales del Estado cuyo derecho se quiere aplicar.

4.4 La regla general

Cuando en un litigio se debe aplicar el Derecho extranjero tiene que probarse en el proceso concreto ese Derecho. El caso más común es que el tribunal no conozca el Derecho extranjero aplicable y de ahí deriva la exigencia de prueba. Así, la prueba del Derecho extranjero la deben realizar las partes. Esta regla general se justifica por dos razones: por un lado, lo justo es que las partes asuman los costes de la prueba del Derecho extranjero porque, como lo hemos visto, la aplicación del Derecho extranjero afecta a un interés particular. Por otro lado, las partes pueden probar el Derecho extranjero soportando un coste más reducido porque conocen mejor que el juez las normas extranjeras. Tanto el demandante como el demandado pueden probar el Derecho extranjero.

Según reiterada jurisprudencia, son las partes las que debe soportar el coste de la prueba del Derecho extranjero.²⁶ Así, de la STSJ Madrid Social 22 julio 2016²⁷, que trata sobre un despido de una italiana residente en España que trabajaba en un centro docente privado extranjero en España, se deduce que la vigencia y el contenido del Derecho extranjero debe ser probada por la parte que invoca tal derecho. Si no se consigue probar el Derecho italiano, el tribunal aplicará de forma supletoria la legislación laboral española. Igualmente, en la SAP de Zaragoza de 1 de marzo de 2016²⁸, que trata sobre un matrimonio entre cónyuges búlgaros, la demandante no ha conseguido probar el contenido y vigencia del Derecho búlgaro; como consecuencia, si “el Tribunal no se considere debidamente instruido sobre el contenido del derecho extranjero aplicable, procederá a resolver la cuestión debatida conforme a las normas de nuestro propio ordenamiento jurídico”.

²⁶ CALVO CARAVANCA, A.-L., “Aplicación judicial del derecho extranjero en España. Consideraciones críticas”. *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. 68/2, julio-diciembre 2016, p. 141.

²⁷ STSJ (Sala de lo Social) de 22 de julio de 2016, Ponente Concepción Rosario Ureste García, CENDOJ nº 28079340042016100665.

²⁸ SAP (Zaragoza) de 1 de marzo de 2016, Ponente Francisco Acín Garos, CENDOJ nº 50297370022016100117.

Ante esta situación, donde son las partes las que deben probar el Derecho extranjero, cabría preguntarse si el órgano jurisdiccional que conoce de la causa puede realizar actividades probatorias.

La doctrina italiana se muestra contraria a la posibilidad de que el juez realice actividades investigadoras. En concreto, Carnelutti afirma que si el juez desciende de su puesto y se acerca a las partes a través de la investigación se convierte en menos juez. Y de otra parte, Chiovenda considera que las esferas del defensor y del juez deben estar separadas porque existe una incompatibilidad entre juzgar y buscar los elementos de defensa de las partes.²⁹

En la doctrina española existen posturas situadas a favor y en contra de la posibilidad de que el juez realice actividades investigadoras. Las diferentes opiniones entre diversos autores han aumentado con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en concreto con el artículo 429.1, párrafo segundo, de la LEC³⁰. Por un lado, los autores J. Etxeberria Guridi y M. Serrano Masip no están a favor de la posibilidad de que el juez realice actividades investigadoras porque consideran que es peligroso el aumento de iniciativa probatoria del juez. Por otro lado, los que están a favor de que el juez pueda realizar actividades investigadoras son los autores J.C. Barbosa Moreira, V. Fairen Guillen o Y. Ríos López. pero advierten que la iniciativa probatoria del juez no debe afectar a la imparcialidad.³¹

4.5 Las reglas especiales

Existen varias excepciones a la regla general. En el primer lugar, si el tribunal que conoce del caso litigioso con elemento de extranjería tiene ya un conocimiento del Derecho extranjero,

²⁹ MIRALLES SANGRO P., *Aplicación del derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, DYKINSON, Madrid, 2007 p. 197.

³⁰ Artículo 429.1, segundo párrafo, LEC: “Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.”

³¹ MIRALLES SANGRO P., *Aplicación del derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, DYKINSON, Madrid, 2007 p. 198.

las partes no tendrán que probar dicho Derecho extranjero. Un ejemplo práctico de esta regla especial se recoge en la SAP Barcelona de 15 de julio 2014³², que trata sobre un divorcio entre cónyuges marroquíes. En esta sentencia, se establece de forma expresa que en el caso de una “norma de notorio conocimiento en la jurisdicción española, publicada y plenamente accesible en el portal del CGPJ”, como es el caso del artículo 98 de la Moudawana marroquí, las partes no tendrán que probar el Derecho extranjero. Otro ejemplo igual es la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 17 de septiembre 2008³³, que trata sobre Derecho laboral estadounidense notorio, en la que Magistrada *a quo* concluye que el Derecho estadounidense aplicable a la relación laboral habida entre las partes no tendrá que ser probado por las mismas, porque se trata de una norma notoria. En esta sentencia se establece que “la normativa estadounidense admite la libre resolución del contrato de trabajo, o, en otras palabras, el despido libre, sin exigencia de formalidades ni de causa y sin derecho a indemnización, salvo que así se hubiera pactado, lo que no se ha acreditado por el demandante a quien correspondería en este caso la prueba”.

En el segundo lugar, tampoco es necesario probar el Derecho extranjero cuando una parte invoca el Derecho extranjero, pero no para que el tribunal lo aplique, sino como un apoyo a sus pretensiones o como un ejemplo. Así, la SAP Madrid de 20 febrero 2014³⁴, que trata sobre la reclamación de honorarios profesionales y Derecho de Hong-Kong (en concreto, la demandante es *Clyde & Co Hong Kong* y la parte demandada es *Fiesta S.A.*); la demandante, invoca el Derecho extranjero como apoyo a sus pretensiones, pero no tenía como propósito que el tribunal lo aplicara. Del mismo modo, el tribunal subraya que “cuando el Tribunal español no puede fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del derecho extranjero, habrá de estar y fallar con sujeción al derecho español”.

³² SAP (Barcelona) de 15 de julio de 2014, Ponente José Pascual Ortuño Muñoz, CENDOJ n° 08019370122014100517.

³³ STSJ (Com. Madrid Social) de 17 septiembre 2008, Ponente María Virginia García Alarcón, CENDOJ n° 28079340022008100326.

³⁴ SAP (Madrid) de 20 de febrero de 2014, Ponente María Almudena Cánovas Del Castillo Pascual, CENDOJ n° 28079370212014100097.

4.6 Momento procesal oportuno para probar el Derecho extranjero

En cuanto al momento procesal oportuno para proponer y practicar la prueba del Derecho extranjero, la postura doctrinal está dividida entre los que consideran que la prueba del Derecho extranjero se puede realizar tanto en la primera instancia, como en apelación y casación, y otros autores que opinan que no se debería admitir esa posibilidad.

Por un lado, los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa consideran que la prueba del Derecho extranjero no es la prueba de un hecho sino de un derecho que los jueces no tienen el deber de conocer, su prueba es *sui generis* y por tanto el Derecho extranjero puede y se debe probar en primera instancia, en apelación y en casación³⁵.

Según la profesora F. Calvo Babío, esta postura no es la que admite la jurisprudencia y un ejemplo es la SAP de Castellón de 16 de enero de 2009³⁶ donde se establece que “la alegación del derecho extranjero deberá realizarse en los escritos de instancia. En concreto, en los fundamentos de derecho de la demanda, del escrito de contestación de la demanda, la reconvencción y en el escrito de contestación a la reconvencción” y también afirma que la alegación se debe hacer en Primera Instancia no siendo posible alegar en Segunda Instancia. Del mismo modo, en la SAP de Tarragona de 25 de abril de 2005³⁷ no admite la prueba del derecho extranjero en segunda instancia.³⁸

Por otro lado, siguiendo la misma línea con la profesora F. Calvo Babío, los autores M. Virgós Soriano y F. Garciamartín Alférez³⁹ sostienen que si se permitiera invocar el Derecho

³⁵CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles”, *Revista Estudios de Deusto*, Vol. 54/2, Bilbao, julio-diciembre 2006, pp. 61-109.

³⁶ SAP (Castellón) de 16 de enero de 2009, Ponente: Aurora De Diego Gonzales, CENDOJ n°12040370012009100017.

³⁷ SAP (Tarragona) de 25 de abril de 2005, Ponente: Antonio Carril Pan, CENDOJ n° 43148370012005100189.

³⁸ CALVO BABÍO, F., *Aplicación judicial del derecho extranjero en materia de familia*, Ed. TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2010, pp. 51 y 52.

³⁹ SORIANO VIRGÓS M. y GARCIAMARTÍN ALFÉREZ, F., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Pamplona, Civitas, 2007 pp. 533 y 534.

extranjero en el recurso se produciría una inseguridad jurídica para las partes, que no sabrían qué se les pide en primera instancia.

Tengo que coincidir con la opinión de Calvo Caravaca y Carrascosa y, por tanto, considero que el Derecho extranjero se debería probar en primera instancia, en apelación y en casación para ofrecer a las partes más oportunidades para poder probar la vigencia y contenido de las normas extranjeras, ya que no es una tarea fácil. De esta manera, las partes tendrían más tiempo para realizar la actividad probatoria.

4.7 La demanda y los documentos que deben presentar las partes

Tratándose de un litigio con elemento de extranjería, cuando el demandante interpone la demanda debe presentar a la vez los documentos que acreditan el Derecho extranjero en que fundamenta sus pretensiones. En el caso de la parte demandada, esta parte deberá presentar los documentos que acrediten el Derecho extranjero junto con la contestación a la demanda.

En general, si la parte demandante no aporta los documentos que acreditan el Derecho extranjero, la demanda no se inadmite según lo recoge el artículo 403 de la LEC, sino que sigue su curso. Los documentos que no se han aportado al presentarse la demanda no se podrán aportar posteriormente porque precluye el plazo de presentarlos, tal y como dispone el artículo, 269.1 de la LEC. La falta de diligencia de la parte puede dar lugar a que se tenga por no probado el Derecho extranjero.

Existen varias excepciones a esta regla general. Estas excepciones son:

1. La subsanación de actos procesales: en este caso, el tribunal puede ofrecer a las partes un plazo para que aporten los documentos necesarios que acreditan el Derecho extranjero.
2. Documentos que pueden presentarse en la audiencia previa: en el juicio ordinario se pueden aportar los documentos en la audiencia previa si la parte demandante ha puesto de manifiesto tras las alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación de la demanda, conforme al artículo 265.3 de la LEC.
3. Documentos que pueden presentarse en cualquier momento procesal: según el Artículo 270.1.3 LEC sólo en el caso de los documentos de difícil obtención (nunca después del juicio o de la vista).

4. Derecho aplicable incierto: cuando al inicio del proceso, el Derecho que debe regir el litigio no queda fijado, el demandante no sabe qué Derecho rige el litigio y de esta manera puede aportar los documentos que prueban el Derecho extranjero una vez que conoce el Derecho aplicable.⁴⁰

4.8 Medios de prueba del Derecho extranjero por las partes

En cuanto a los medios de prueba del Derecho extranjero tenemos que tomar en consideración los medios de prueba admitidos en España por el Código Civil y por la Ley de Enjuiciamiento Civil. Además, la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil tiene un carácter flexible en cuanto a los medios de acreditación del Derecho extranjero. Esa flexibilidad se refleja en el criterio de sana crítica que tienen los jueces y tribunales a la hora de valorar la prueba del Derecho extranjero.

Dentro de los instrumentos probatorios (disposición abierta) destaca la prueba documental y la prueba pericial. La prueba documental es imprescindible y solo es admisible si se trata de documentos públicos o intervenidos por fedatario público y puede aportarse al proceso a través de certificaciones expedidas por: la autoridad ministerial, los diplomáticos o cónsules españoles y los diplomáticos o cónsules extranjeros.⁴¹

Históricamente, para poder certificar la autenticidad de los documentos públicos, en un litigio que tiene lugar dentro del territorio Español, se exigía la legalización de dichos documentos por el Ministerio de Asuntos Exteriores del Estado emisor, Consulado de España en el citado Estado y también se necesitaba la confirmación por el Ministerio de Asuntos Exteriores español. Posteriormente, el Convenio de la Haya de 1961 suprime estos requisitos formales y sustituye la legalización por una apostilla o certificación de autenticidad. Si el documento extranjero no cumple con estas formalidades, siempre valdrá como prueba pero como documento público.

⁴⁰ CALVO CARAVACA, A y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Aplicación del Derecho extranjero”. *Derecho Internacional Privado*. Ed. Comares, Granada, 2017, p. 550.

⁴¹ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, C., “Tratamiento procesal del Derecho extranjero”. *Derecho Internacional Privado*. Décima Edición. 2018. Thomson Reuters, p. 191.

El ordenamiento jurídico español, regula el régimen procesal de los documentos públicos extranjeros en el artículo 323 de la LEC. Para que el documento público valga como prueba plena en el juicio necesita cumplir los dos requisitos que recoge el artículo 323.2 de la LEC: por un lado, se exige la regularidad intrínseca del documento que supone el cumplimiento de los requisitos de la ley del lugar de otorgamiento. Por otro lado, se exige una regularidad extrínseca del documento público que hace referencia a la necesidad de legalización o apostilla.⁴² Además, para la utilización procesal del documento, si el documento se ha redactado en una lengua extranjera, es necesario traducir dicho documento según el artículo 144 de la LEC.

Si el contenido de la normativa extranjera no exige una interpretación especial, es suficiente la prueba documental. Así ocurre por ejemplo en el caso del divorcio. La prueba documental en el ordenamiento jurídico español es imprescindible, aunque hay casos en los que no basta solo con dicha prueba. La doctrina entiende que es obligatorio complementar la prueba documental con la prueba pericial. La prueba pericial puede plantear una cuestión de “parcialidad” de los peritos, por este motivo los órganos jurisdiccionales controlan con más rigor estas pruebas.

Lo más común es que la prueba deba ser llevada a cabo por la parte a quien beneficie o interese la aplicación del Derecho extranjero. Esta parte, puede ser tanto el demandante como el demandado, la parte interesada debe acreditar el contenido del Derecho extranjero o sufrir la consecuencia de su falta de prueba. La parte demandante, en general, es quien está obligada a plantear el litigio sobre la base del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto. Existe la posibilidad de que la parte alegue una norma de conflicto extranjera, suscitándose una cuestión de reenvío. La parte que invoca la aplicación del Derecho extranjero solo debe acreditar el contenido y vigencia de dicho derecho. La contraparte tiene que probar que, en virtud del reenvío de retorno, no es de aplicación el Derecho extranjero sino la legislación del foro.⁴³

⁴² GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. “Problema particular: los documento públicos extranjeros”. *Derecho Internacional Privado*. Tercera edición , 2016. Thomson Reuters, p. 235.

⁴³ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, C., “Tratamiento procesal del Derecho extranjero”. *Derecho Internacional Privado*. Décima Edición. 2018. Thomson Reuters.

5. LA FALTA DE PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO

La Ley de Enjuiciamiento Civil no proporciona una respuesta concreta a las dos cuestiones que pueden plantearse en un litigio cuando resulta de aplicación la norma de conflicto española: ¿qué ocurre si las partes no alegan o no prueban el Derecho extranjero?; ¿qué sucede si el demandante presenta su demanda fundada en el Derecho español, y el demandado se limita a contestar a la demanda y subraya que el Derecho español no es aplicable?

La respuesta a estas dos preguntas hay que buscarlas en la doctrina y en la jurisprudencia a través de tres tesis distintas: tesis de aplicación de oficio del Derecho extranjero, tesis de la aplicación sustitutiva del Derecho material español y la tesis de la desestimación de la demanda.

De un lado, la *tesis de aplicación de oficio del Derecho extranjero* implica que, si las partes no alegan y no prueban el Derecho extranjero, el juez que conoce de un litigio con elemento de extranjería tiene que aplicar de oficio el Derecho extranjero designado por la norma de conflicto. El tribunal es el que probará el Derecho extranjero y asumirá en el primer momento el coste económico que supone dicha prueba. Posteriormente, el tribunal pedirá a las partes que paguen los costes de la prueba practicada.

Esta tesis no se sigue en España porque se considera que el tribunal no está obligado a probar de oficio el Derecho extranjero (salvo excepciones), sino que únicamente tiene la obligación de aplicar la norma de conflicto. La tesis de la aplicación de oficio del Derecho extranjero no resulta conforme al ordenamiento jurídico español porque no respeta el artículo 282 de la LEC que establece que son las partes las que tienen que probar el Derecho extranjero. La jurisprudencia no sostiene esta tesis y, en concreto, en la STS de 4 de julio de 2007⁴⁴, que trata sobre el Derecho alemán no probado por las partes, el tribunal declaró que los jueces españoles no tienen la obligación de conocer el Derecho extranjero, es decir, los jueces deben conocer solo las normas de conflicto que regulan el derecho privado aplicable al litigio

⁴⁴ STS de 4 de julio de 2007, Ponente: Ignacio Sierra Gil De La Cuesta, CENDOJ n° 28079110012007100738.

porque dichas normas forma parte del ordenamiento jurídico español. En este caso concreto, la falta de obligación de los jueces españoles de conocer el Derecho alemán exige a las partes probar su vigencia y existencia.

De otro lado, la *tesis de la aplicación sustitutiva del Derecho material español* significa que, si las partes fundamentan su demanda con base en el Derecho español, es aplicable el Derecho material español si las partes no alegan ni prueban el Derecho extranjero. El Derecho extranjero, al que remiten las normas de conflicto en el caso concreto con elemento de extranjería, se aplicará si las partes lo hacen valer y lo prueban. Esta tesis se ha mantenido por la Sala Primera del Tribunal Supremo desde el siglo XIX. Además, es la tesis que siguen numerosas Audiencias Provinciales para evitar los recursos de casación ante el Tribunal Supremo.⁴⁵

La jurisprudencia sigue esta segunda tesis de la aplicación sustitutiva del Derecho español ante la falta de prueba del Derecho extranjero. Así, en la STS de 17 abril de 2015⁴⁶, que trata sobre la cesión de créditos y Derecho holandés, el tribunal afirma que el Derecho extranjero debe ser probado y la consecuencia de la falta de prueba no es la desestimación de la demanda, sino la aplicación del Derecho español. También, se confirma la tesis sustitutiva del Derecho material español en la STS 30 de abril de 2008⁴⁷, que hace referencia al *trust* sucesorio instituido por causante en Arizona, donde se establece que el Derecho extranjero se tiene que acreditar y probar y de modo contrario se aplicará el Derecho español, ya que el juez español no debe investigar de oficio. En este caso concreto, ha faltado la prueba del contenido del derecho extranjero aplicable y se ha rechazado la validez del *trust*. De esta manera, “a falta de prueba adecuada sobre el derecho extranjero, que resultaría aplicable según la norma de conflicto; por lo que, no siendo reconocida la figura jurídica del *trust* ni compatible con nuestras normas de derecho sucesorio, se ha de limitar a aplicar las disposiciones del causante contenidas en su testamento.”

La tercera y última tesis, hace referencia a la *desestimación de la demanda*. Así, si una parte no invoca ni prueba el Derecho extranjero y, únicamente fundamenta su demanda en el Derecho

⁴⁵ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Aplicación del derecho extranjero”. *Derecho Internacional Privado*. Granada, 2017, pp. 557-579.

⁴⁶ STS de 17 de abril de 2015, Ponente: Rafael Saraza Jimena, CENDOJ n° 28079110012015100235.

⁴⁷ STS de 30 abril de 2008, Ponente: Antonio Salas Carceller, CENDOJ n° 28079110012008100160.

español, el tribunal desestimara su pretensión. Existen muchos argumentos a favor de esta tesis, pero el principal argumento es que el tribunal no puede aplicar de oficio el Derecho extranjero porque son las partes las que tienen que probar dicho Derecho y, si no quieren o no pueden probarlo, lo no probado es inexistente a efectos procesales. De esta manera, se desestima la demanda por falta de prueba del Derecho extranjero.

Además, los tribunales no pueden aplicar el Derecho material español al litigio porque vulneraría el artículo 12.6 del CC, que subraya el carácter imperativo de la norma de conflicto. Este argumento se recoge en la SAP Las Palmas de 13 junio 2008⁴⁸, en el caso del divorcio entre contrayentes ecuatorianos. En los razonamientos jurídicos de esta sentencia se sostiene que recae sobre la parte la obligación de alegar y probar la vigencia y el contenido del Derecho ecuatoriano: “a tenor de lo dispuesto en el artículo 107 CC, que el presente pleito debe de resolverse necesariamente de conformidad con el derecho Ecuatoriano al ser la ley nacional común de los dos cónyuges, lo cual es cuestión de orden público de cuya aplicación no pueden las partes sustraerse. La intervención del Juez solo puede ser complementaria de la labor de las partes, pero nunca sustitutiva de su inactividad; inactividad ésta que es la causa única de la desestimación de la demanda”. El mismo argumento se puede encontrar en la SAP de Guipúzcoa, de 29 junio 2009⁴⁹, que trata sobre un supuesto de divorcio entre ucranianos.

Actualmente, en la SAP de Melilla, de 8 de enero de 2019⁵⁰, se estimó un recurso de apelación contra una sentencia de instancia que consideró que ante la falta de prueba del Derecho marroquí los derechos hereditarios de las actoras, como cónyuges sobrevivientes, se rigen por el Derecho español. La Audiencia afirma que los órganos jurisdiccionales no tienen la obligación de determinar el contenido del Derecho extranjero. Las normas de conflicto se limitan a determinar cuál es el derecho material aplicable al caso. En este caso, la norma de conflicto sería la contenida en el artículo 9.8 del CC, que somete la sucesión a la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, sin embargo el contenido de las normas del Derecho marroquí no ha sido probado por la parte demandada. Por consiguiente, según la

⁴⁸ SAP Las Palmas de 13 de junio de 2008, Ponente: Francisco Javier José Morales Mirat, CENDOJ n° 35016370032008100403.

⁴⁹ SAP Gipuzkoa 29 junio 2009, Ponente: Yolanda Domeño Nieto, CENDOJ n° 20069370022009100234.

⁵⁰ SAP (Melilla) de 8 de enero de 2019, Ponente: Mariano Santos Peñalver, CENDOJ n°52001370072019100017.

jurisprudencia del Tribunal Supremo, procede resolver el litigio conforme a las normas materiales españolas.

De esta manera, podemos ver que a lo largo del siglo XXI los tribunales españoles siguen o bien la tesis de la aplicación sustitutiva del Derecho material español o bien la tesis de la desestimación de la demanda. Así, ante la falta de prueba del Derecho extranjero, el juez podrá aplicar subsidiariamente el Derecho español en determinadas situaciones concretas o desestimar la demanda por falta de prueba.

5.1 Imposibilidad total de prueba del Derecho extranjero

Esta imposibilidad de prueba suele ocurrir en situaciones especiales, como por ejemplo: en los países que están en situación de guerra, países de recién creación, países que han sufrido catástrofes naturales, coste exorbitante de la prueba del Derecho extranjero, etcétera. Estas situaciones no vienen reguladas en el artículo 281.2 de la LEC.

Si la prueba del Derecho extranjero es totalmente imposible se puede acudir al segundo punto de conexión de la norma de conflicto y, si la norma de conflicto solo tiene un punto de conexión, se aplica el Derecho español.⁵¹

La imposibilidad de prueba del Derecho extranjero se regula en el artículo 33 de la LCJIMC⁵². El apartado tercero del mismo artículo establece que se aplicará subsidiariamente el Derecho español cuando las partes no han podido acreditar el Derecho extranjero. El artículo 33.3

⁵¹ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles”, *Revista Estudios de Deusto*, Vol. 54/2, Bilbao, julio-diciembre 2006, pp. 61-109.

⁵² Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, artículo 33: “De la prueba del Derecho extranjero.1. La prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero se someterá a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones aplicables en la materia.2. Los órganos jurisdiccionales españoles determinarán el valor probatorio de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero de acuerdo con las reglas de la sana crítica.3. Con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español. 4. Ningún informe o dictamen, nacional o internacional, sobre Derecho extranjero, tendrá carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles”.

LCJIMC sostiene que la solución en estos casos concretos, con elemento de extranjería, es la aplicación del Derecho material del foro, esto es, aplicar el Derecho español. Esta solución de aplicar la *Lex Materialis Fori* tiene carácter excepcional, en aquellos casos donde no se ha podido acreditar por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero. Es decir, ante la imposibilidad de probar el Derecho extranjero se podrá aplicar el Derecho español.

El Juez es el único que puede declarar la imposibilidad de la prueba del Derecho extranjero. No es suficiente la mera afirmación de las partes de que les resulta imposible probar la vigencia o contenido del Derecho extranjero. Así, la parte que declara la imposibilidad de probar el Derecho extranjero tiene que acreditar ante el juez la imposibilidad de la prueba.

A continuación, el Juez decidirá según su criterio si es posible o no probar dicho Derecho. Si el juez declara que es imposible probarlo, aplicará la *Lex fori* al caso concreto con elemento de extranjería. Además, el juez no aplicará el Derecho español si considera que era posible probar el Derecho extranjero, de manera que desestimaré las pretensiones de la parte que tenía la obligación de probar el Derecho extranjero.

La aplicación de la *Lex Materialis Fori* resulta adecuada porque no puede dejarse sin tutela judicial efectiva a las partes y se tiene que aplicar algún derecho para ofrecer alguna solución jurídica a las partes. Las partes verán satisfecha la tutela judicial efectiva cuando el juez pone fin al litigio dictando sentencia.⁵³

Una sentencia relevante en cuanto a la aplicación del artículo 33.3 LCJIMC es la STS de 3 de abril de 2018⁵⁴, que trata sobre la Ley aplicable al régimen económico matrimonial celebrado entre cónyuges colombianos. El Derecho aplicable a este caso concreto es el artículo 9.2 del CC, que conduce al Derecho colombiano, que es la Ley nacional de los cónyuges al momento de celebrar el matrimonio. Así, la Ley aplicable es la Ley colombiana. En esta sentencia el tribunal aclara que no es incongruente la aplicación del Derecho extranjero designado por las normas de conflicto españolas y, además, que las partes no pueden de mutuo acuerdo

⁵³ CALVO CARAVANCA, A y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Aplicación del derecho extranjero”. *Derecho Internacional Privado*. Granada, 2017, p. 587.

⁵⁴ STS de 3 de abril de 2018, Ponente: María de Los Ángeles Parra Lucan, CENDOJ n°28079110012018100181.

pactar la aplicación de otra Ley diferente a la designada por la norma de conflicto, ni los jueces pueden aplicar otra Ley diferente que la designada por las normas de conflicto. También, el tribunal afirma que la aplicación del Derecho español a un caso concreto, que presenta uno o varios elementos de extranjería, deberá hacerse cuando las partes no han podido acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero. De esta manera, el artículo 33.3 LCJIMC se tiene que aplicar sólo en supuestos excepcionales cuando no se ha podido identificar la norma extranjera aplicable.

5.2 La prueba parcialmente imposible

En un proceso puede ocurrir que algunos preceptos del Derecho extranjero han sido acreditados y otros no. Los preceptos que se han probado con éxito se deben aplicar por parte del juez. Las situaciones regidas por un Derecho extranjero, cuya prueba resulta imposible, se regirán por el Derecho designado por el siguiente punto de conexión de la norma de conflicto. Si no existe un segundo punto de conexión se regirán por el Derecho material español. Así, en la SAP de Navarra, de 29 de diciembre de 2004⁵⁵, que trata sobre el Derecho de seguro, se aplicó en parte el Derecho material español y en parte el Derecho suizo. En esta sentencia la Sala aplica todo el Derecho suizo que había sido probado y de manera sustitutiva el Derecho material español a los efectos de determinar la indemnización de la cobertura de una póliza de seguro.

Del mismo modo, en la SAP Tenerife, 10 de diciembre 2009⁵⁶, que trata sobre el Derecho de consumidores, se recoge el caso de prueba parcial del Derecho inglés. En este caso concreto, el contrato objeto del litigio se encuentra sujeto a la legislación inglesa y la única prueba de esa legislación es la contenida en un informe emitido por un letrado de nacionalidad inglesa. En esta sentencia se establece que: “Hay que precisar, sin embargo, que en esta materia hay una cierta uniformidad legislativa entre los países miembros de la Comunidad Europea, pues su regulación emana de las iniciativas de ésta y de los instrumentos normativos aprobados por sus órganos competentes que vinculan a los

⁵⁵ SAP (Pamplona) de 29 de diciembre de 2004, Ponente: José Francisco Cobo Saenz, CENDOJ nº 31201370022004100500.

⁵⁶ SAP Tenerife 10 de diciembre de 2009, Ponente: Pablo José Moscoso Torres, CENDOJ nº 38038370042009100428.

Estados miembros”. La legislación española en la materia coincide con lo que se señala en el informe emitido sobre la norma aplicable en Inglaterra y Gales (las Normas de los Contratos de los Consumidores 1999 -Instrumento legal 1999 Na 2083-), siendo aquella aplicable en lo que el derecho extranjero no haya resultado acreditado.

También, en la SAP Madrid, de 1 de abril 2014⁵⁷ la parte consigue probar sólo de manera parcial el Derecho extranjero. Esta sentencia trata sobre unos contratos que se celebran en Argentina, de modo que la ley aplicable será la legislación argentina. En la misma sentencia se hace referencia al artículo 281.2 de la LEC que recoge la obligación de probar el Derecho extranjero en su contenido y vigencia, además el tribunal puede valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para la aplicación de la ley extranjera. La parte que alega el Derecho extranjero tiene que probarlo (demostrar el contenido y vigencia de la Ley Argentina). La parte actora en este caso aporta un Dictamen jurídico, pero en el que no se recogen todas las normas aplicables al caso y solo consigue probar de manera parcial el contenido y vigencia de la legislación argentina.

5.3 Aplicación de leyes de Estados no reconocidos por España

La norma de conflicto puede remitir al Derecho extranjero de un Estado que no ha sido reconocido por España. En este caso, se pueden dar dos supuestos: aplicar las leyes de esos Estados o no aplicarlas.

En un primer momento, cuando la norma de conflicto reclamaba la aplicación del Derecho extranjero perteneciente a un Estado no reconocido por España, no se podían aplicar dichas normas ajenas. El problema se planteó cuando varios tribunales se negaron a aplicar el Derecho de la Unión Soviética, cuyo Gobierno y Estado no habían sido reconocidos en Occidente.

En un segundo momento, los tribunales de Occidente comenzaron a aplicar las normas de los países socialistas, entre ellos las Leyes de la Unión Soviética. La aplicación de dichas

⁵⁷ SAP (Madrid) de 1 de abril de 2014, Ponente: Carlos Lopez-Muñiz Criado, CENDOJ n° 28079370252014100134.

normas se fundamenta en la hipótesis de que el reconocimiento de un Estado extranjero es una cuestión de Derecho Internacional Público y no de Derecho Internacional Privado.

6. COOPERACIÓN INTERNACIONAL ACERCA DE LA INFORMACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

6.1. Características generales

La información del Derecho extranjero consiste en una serie de operaciones que puede realizar un órgano jurisdiccional o no jurisdiccional para averiguar el contenido, vigencia, alcance o interpretación de las normas jurídicas extranjeras.

Los mecanismos previstos para la información del Derecho extranjero son:

1. La Red Judicial Europea en materia civil y mercantil.
2. Los convenios bilaterales firmados por España con otros países acerca de la prueba e información del Derecho extranjero.
3. Los convenios multilaterales vigentes en España⁵⁸.

En el Derecho Internacional Privado español existen dos niveles de regulación de la información del Derecho extranjero: por un lado, existen instrumentos legales supranacionales que facilitan la información del Derecho extranjero y, por otro lado, existe una regulación nacional contenida en la LCJIMC.

En cuanto a los instrumentos legales supranacionales, existen diversos convenios internacionales en vigor en España, que regulan la información del Derecho extranjero, y también existen instrumentos legales de Derecho de la Unión Europea que regulan la misma cuestión. Entre ellos cabe destacar: el Convenio de Londres, de 7 de junio de 1968, y su protocolo adicional hecho en Estrasburgo el 15 de marzo de 1978, el Convenio de Montevideo, de 8 de mayo de 1979, y los convenios bilaterales firmados por España con ciertos Estados.

⁵⁸ BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015.

Por otro lado, la regulación española contenida en los artículos 34 a 36 de la LCJIMC es supletoria porque estas normas resultan aplicables en defecto de los instrumentos legales internacionales o europeos en vigor en España. Estos artículos no obligan a las autoridades extranjeras a colaborar con las autoridades españolas, de modo que la regulación de la información del Derecho extranjero contenida en estos preceptos legales no representa una garantía para las autoridades españolas. Los costes de la información recaen sobre la parte o autoridad que ha solicitado dicha información.⁵⁹

6.1. La Red Judicial Europea en materia civil y mercantil

La Red Judicial Europea en materia civil y mercantil fue creada por Decisión del Consejo 2001/470/CE, de 28 de mayo de 2001, y tiene como objetivo facilitar la cooperación judicial. Se trata de una red informal que facilita la confianza mutua entre los Estados miembros. Las funciones principales de la Red Judicial Europea son: la tramitación de asuntos entre los Estados miembros y los contactos directos entre los mismos.

Cada Estado miembro establece un “punto de contacto” al que los órganos judiciales de otros Estados miembros pueden dirigirse para obtener información sobre el Derecho extranjero. También los ciudadanos pueden dirigirse a los “puntos de conexión” para obtener la información que necesiten sobre un Derecho extranjero.⁶⁰ Así, tanto los profesionales como los ciudadanos podrán acceder a las publicaciones del Portal Europeo de E-Justicia.

Desde mi punto de vista, hoy en día la Red Judicial Europea no es suficiente para asegurar a las autoridades, jueces y ciudadanos una cooperación judicial suficiente y eficaz, ya que vivimos en un mundo globalizado donde existen cada vez más litigios que presentan elementos de extranjería y, con mayor asiduidad, se necesita una cooperación más reforzada. Así, la Red Judicial Europea no representa un mecanismo suficiente de cooperación judicial en cuanto a la materia civil y mercantil para los Estados Miembros de la Unión Europea. De esta manera, en el futuro próximo, para ofrecer más seguridad jurídica a los ciudadanos, se

⁵⁹ CALVO CARAVACA, A, y CARRASCOSA CONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado. Aplicación del Derecho extranjero*. Granada. Editorial Comares, 2017, p. 565.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 563.

deberían crear nuevos instrumentos jurídicos que aseguren una cooperación jurídica más amplia y más eficaz.

6.2. Régimen multilateral

Los convenios internacionales en el sistema español juegan un rol importante. España es parte de varios textos internacionales que afectan a varios sectores del Derecho Internacional Privado español. De este modo, el convenio internacional es el instrumento a través del cual se busca conseguir un Derecho uniforme y, así, el Derecho uniforme de origen convencional ofrece dos opciones: primero, la elaboración de convenios de Derecho uniforme que derogan, en la materia afectada, las normas internas de los Estados e imponen su vigencia tanto a las relaciones de tráfico interno como a las de tráfico externo. Segundo, cuando el Derecho uniforme se aplica solo a las relaciones conectadas con más de un ordenamiento coexistiendo con la normativa interna del Estado, que rige las relaciones de tráfico interno.⁶¹

En cuanto al Derecho aplicable a los litigios que presentan uno o varios elementos de extranjería, la mayoría de los convenios tienen como objeto unificar las normas conflictuales, y muy pocos convenios tratan de armonizar las normas de Derecho Internacional Privado de carácter material.

Por un lado, la interpretación de los convenios internacionales puede resultar a veces problemática porque no existe una interpretación vinculante, por parte de un tribunal internacional, en cuanto a los textos internacionales. De esta manera, habrá que acudir a las disposiciones interpretativas de cada texto o, si el convenio no contiene dichas disposiciones, habrá que atenerse a las reglas generales sobre interpretación de los tratados.

Por otro lado, en la Unión Europea sí que existe un tribunal que puede ofrecer a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros una interpretación de algún concepto legal recogido en un tratado o convenio relacionado con dicha organización. La interpretación que realiza el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es vinculante para los jueces y tribunales que han solicitado dicha interpretación, pero es el juez nacional que conoce del

⁶¹ FERNÁNDEZ ROZAS J. y SÁNCHEZ LORENZO, D., *Derecho Internacional Privado*, “Capítulo I-Objeto. Contenido y fuentes”, novena edición, ed. ARANZADI, 2016, p. 38.

litigio el que tiene que dictar una sentencia teniendo en cuenta la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

6.1.1 El Convenio europeo de Londres de 7 junio 1968

Por un lado, el Convenio de Londres, de 7 de junio de 1968⁶², se ha concebido en el seno del Consejo de Europa. El objeto de este Convenio fue, en un primer momento, ser aplicado a materias civiles y mercantiles y, más adelante, su ámbito de aplicación se extendió a la materia penal. Además, el artículo 1, apartado primero, contempla la posibilidad de ampliar ese ámbito de aplicación material cuando dos Estados partes así lo convengan y lo comuniquen al Secretario General del Consejo de Europa. En el artículo 3 se establece un medio para que una autoridad judicial de un Estado miembro, que esté conociendo del litigio en el que se tenga que probar el Derecho extranjero, pueda solicitar a otro Estado contratante la prueba de sus normas jurídicas.

Se trata de un Convenio de cooperación de autoridades. Los órganos jurisdiccionales españoles están obligados a aplicar el Convenio y no podrán alegar que no pudieron conocer el texto, vigencia, alcance y contenido del Derecho extranjero.

El Convenio de Londres recoge la necesidad de que haya un órgano concreto en cada país para recibir las peticiones de los países extranjeros que solicitan información sobre sus normas jurídicas (normas sustantivas y normas procesales). El órgano que recibe la petición puede coincidir con el órgano que transmite la información, como ocurre en España donde la Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia ejerce ambas funciones.

El problema que plantea este Convenio es que solo los órganos judiciales pueden solicitar la prueba del Derecho extranjero por esta vía. La excepción se recoge en el artículo 3 del

⁶² Convenio europeo acerca de la información sobre el derecho extranjero, hecho en Londres el 7 de junio de 1968 (BOE núm. 240, de 7 de octubre de 1974). Partes Contratantes: Albania, Alemania, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Bielorrusia, Bulgaria, Costa Rica, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Ex República Yugoslava de Macedonia, Finlandia, Francia, Georgia, Hungría, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, México, Montenegro, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República de Moldova, Rumania, Rusia, Serbia, Suecia, Suiza, Turquía e Ucrania.

Protocolo adicional al Convenio Europeo de información sobre el derecho extranjero⁶³, que establece que las solicitudes de información podrán emanar, no solo de una autoridad judicial, sino también de cualquier persona o autoridad dentro de los sistemas oficiales de asistencia letrada o asesoramiento jurídico para proteger las personas que están en una posición económica más débil. De esta manera, los abogados del turno de oficio, que están llevando un caso concreto que presenta elementos de extranjería y necesitan obtener la prueba del Derecho extranjero, podrán solicitar la misma ante la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional. Dicha prueba podrá solicitarse cuando se interpone la demanda o también cuando el procedimiento se halle en curso.⁶⁴

A través del Convenio de Londres se intenta evitar la inseguridad jurídica que provoca el principio *iura novit curia* en la aplicación del Derecho extranjero.

6.1.2 *Convención interamericana sobre prueba e información del Derecho extranjero hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979*

España es parte también de la Convención Interamericana sobre prueba e información del Derecho extranjero, hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979⁶⁵. Este es otro instrumento que facilita la prueba del Derecho extranjero. En el artículo 1 establece de manera expresa que el objeto de esta Convención es la cooperación internacional entre los Estados Partes para obtener información y elementos de prueba del derecho de cada uno. La información consta en informes sobre el texto, sentido, alcance y vigencia del derecho de cada país que es parte de la Convención. Así, según el artículo 3, los medios que se consideran idóneos a los efectos de la Convención son: la prueba documental, la prueba pericial y los informes del Estado requerido.

⁶³ Protocolo adicional al Convenio Europeo de información sobre el derecho extranjero (Estrasburgo, 15 de marzo de 1978) BOE núm. 150, de 24 de junio de 1982.

⁶⁴ CLAVO BABÍO, F., *Aplicación judicial del derecho extranjero en materia de familia*, Ed. TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2010, p. 43.

⁶⁵ BOE núm. 11, de 13 de enero de 1988.

Una diferencia entre la Convención de Montevideo y el Convenio de Londres se refleja en el ámbito de aplicación material de cada uno. La Convención de Montevideo es aplicable a todos los ámbitos del derecho mientras que el Convenio del Consejo de Europa es aplicable en principio a materia civil, mercantil y penal.

La cooperación entre autoridades tiene lugar a través de lo que el texto denomina como “autoridad central”. La solicitud de prueba puede realizarse por medio de estas autoridades de los Estados parte del Convenio de Montevideo, pero este Convenio recoge la posibilidad de que las autoridades jurisdiccionales de cada Estado miembro del Convenio presten su solicitud directamente ante la autoridad central del Estado requerido.

A diferencia del Convenio de Londres, el Convenio de Montevideo alude de forma expresa a la no necesidad de la legalización de los documentos y solicitudes de prueba de Derecho extranjero. Además, el último Convenio especifica los medios de prueba más oportunos: la prueba documental, la prueba pericial y los informes del Estado requerido. Hay que mencionar que aunque el Convenio hace referencia solo a estos tres medios de prueba, esto no significa que no pueden emplearse otros, como por ejemplo ocurría con el Convenio de Londres que hacía referencia expresa al dictamen de juristas.⁶⁶

Por último, el articulado del Convenio de Montevideo no hace referencia a la necesidad de que la prueba del derecho debe ir acompañada de la correspondiente jurisprudencia, pero tampoco se deniega su uso al lado de la prueba.

España se adhiere a la Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado, hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979, y asume la obligación que tienen sus órganos jurisdiccionales de aplicar *ex officio* el Derecho extranjero conforme al principio *iura novit curia*.

⁶⁶ MIRALLES SANGRO P., *Aplicación del derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, Ed. DIKINSON, Madrid, 2007, pp. 129.

6.3. Régimen bilateral

Al lado del régimen multilateral anteriormente mencionado, el régimen convencional bilateral en materia de asistencia judicial y cooperación de autoridades, son muchos los Convenios bilaterales que contienen disposiciones específicas en materia de información jurídica en general y, en particular sobre el contenido, alcance y particularidades, vigencia y jurisprudencia del derecho extranjero, es decir de la prueba del derecho extranjero. De esta manera, los tribunales y jueces españoles disponen de un sistema convencional amplio que les permitirá conocer el Derecho extranjero a que remita la norma de conflicto.

En los Tratados bilaterales se regula la información acerca del Derecho extranjero y también se pone de relieve al igual que en los textos multilaterales el principio de colaboración entre autoridades.

La integración de los convenios internacionales en el Derecho español se regula en el artículo 96.1 de la CE⁶⁷, y en el artículo 1.5 del CC, que dispone que “las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el «Boletín Oficial del Estado»”. Así, las normas de Derecho Internacional Privado contenidas en Tratados internacionales forman parte del Derecho Internacional Privado español si han sido válidamente celebrados y publicados en el Boletín Oficial del Estado.

A continuación, se van a mencionar algunos Convenios bilaterales de los que España es parte:

- Convenio sobre la asistencia jurídica, reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles, entre España y Checoslovaquia, de 4 de mayo de 1987⁶⁸, que se ocupa de la asistencia jurídica transfronteriza entre ambos Estados y por otro lado de la ejecución y reconocimiento de sentencias.

⁶⁷ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, artículo 96.1: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”.

⁶⁸ BO núm. 290, de 3 de diciembre de 1988.

- Convenio de cooperación jurídica en materia civil entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil, de 13 de abril de 1989⁶⁹. En su artículo 1 se establece que los dos Estados se concederán cooperación jurisdiccional en materia civil, mercantil, laboral y contencioso-administrativa.
- Tratado entre el Reino de España y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil, hecho en Pekín el 2 de mayo de 1992⁷⁰. El ámbito de la asistencia judicial se recoge en el artículo 2 que comprende: notificación y entrega de documentos judiciales y extrajudiciales, ejecución de comisiones rogatorias para la práctica de pruebas, el reconocimiento y ejecución de decisiones de Tribunales y laudos arbitrales y la información en materia jurídica.
- Entre muchos otros, el Convenio entre el Reino de España y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre asistencia judicial en materia civil, hecho en Madrid el 26 de octubre de 1990⁷¹. Este convenio se aplica entre España y Rusia. En el artículo 13 se prevé que los organismos centrales de ambos Estados se informarán la legislación vigente o derogada y practica judicial.⁷²

6.4. Problemas de aplicación de los convenios internacionales

Según el artículo 96 de la CE, los convenios internacionales presentan rango normativo de “Ley”. Las disposiciones contenidas en los convenios no pueden ser derogadas, suspendidas o modificadas por normas jurídicas españolas de producción interna, sino solo en la forma prevista en los tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional. Una Ley estatal posterior no puede derogar un convenio internacional en vigor en España.

⁶⁹ BOE núm. 164, de 10 de julio de 1991.

⁷⁰ BOE núm. 26, de 31 de enero de 1994.

⁷¹ BOE núm. 151, de 25 de junio de 1997.

⁷² CLAVO BABÍO, F., *Aplicación judicial del derecho extranjero en materia de familia*, Ed. TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2010, p. 46.

Calvo Caravaca hace referencia a los inconvenientes del Derecho Internacional Privado convencional.⁷³ Este autor subraya seis problemas que pueden plantear los convenios internacionales:

1. Problemas del Derecho de los Tratados: entrada en vigor y denuncias, interpretación, errores de traducción, sucesión de tratados, reservas, ratificaciones internas, etcétera.
2. Carácter limitado: el carácter limitado de los resultados, ya que el resultado es un consenso entre distintos Estados. De esta forma, existen materias de Derecho Internacional Privado que no se recogen en ningún convenio o también existen convenios internacionales que regulan sólo cuestiones muy concretas.
3. Falta de política legislativa española: España necesitaría incorporar más convenios internacionales y, sin embargo, cuenta con otros convenios que no son muy útiles en la práctica.
4. Necesidad de “cláusulas de desconexión”: estas cláusulas autorizan a los Estados miembros de la Unión Europea a no aplicar ciertas normas del convenio multilateral en cuestión y aplicar una normativa específica para los Estados miembros.
5. Diferencias de trato jurídico: se crea una diferencia de trato legal entre sujetos de Estados distintos, aunque la situación en sí es muy similar.
6. Error de aplicación por las autoridades de los Estados parte del convenio.

Por un lado, de manera habitual los convenios internacionales son ignorados por los tribunales. En este caso el tribunal desconoce que un convenio internacional está en vigor en España. La jurisprudencia subraya este error de aplicación de los convenios internacionales: SAP Barcelona, de 12 de febrero de 2014⁷⁴, y SAP Madrid, de 1 de abril de 2014⁷⁵. La primera sentencia mencionada trata sobre el Derecho colombiano y compraventa de inmuebles, el Tribunal aplica el Derecho español aunque el Derecho aplicable es el colombiano. En este caso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 281 de la LEC, el

⁷³ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Aplicación del derecho extranjero”. *Derecho Internacional Privado*. Granada, 2017, pp. 90-91.

⁷⁴ SAP Barcelona de 12 de febrero de 2014, Ponente: José María Assalit Vives, CENDOJ n° 08019370052014100096.

⁷⁵ SAP Madrid de 1 de abril de 2014, Ponente: Carlos Lopez-Muñiz Criado, CENDOJ n° 28079370252014100134.

Derecho extranjero debe ser objeto de prueba y las partes no lo han probado. También, en la SAP Madrid, de 1 de abril de 2014, no se consigue probar el contenido y vigencia de las normas civiles argentinas de manera total. El tribunal afirma que no se trata de un estudio objetivo de las normas argentinas, sino de la fundamentación jurídica de la pretensión deducida en la demanda. En este caso, la interpretación consolidada de los tribunales argentinos resultaba especialmente importante para alguna de las cuestiones objeto de controversia como era la operatividad de la cláusula *rebus sic stantibus*.

7. RÉGIMEN DE LOS RECURSOS

La aplicación incorrecta o la no aplicación por el juez español del Derecho extranjero puede afectar a las partes implicadas en el litigio. En estas situaciones es importante determinar si las infracciones que se han producido por parte de los jueces y tribunales facultan a las partes a interponer un recurso.

La mayoría de la doctrina, como se ha expuesto a lo largo de este trabajo, entiende que el Derecho extranjero aplicable en el proceso es un derecho, de manera que se pueden utilizar los medios de impugnación existentes en el ordenamiento jurídico español cuando se aplique incorrectamente el Derecho extranjero.

A continuación, se van a mencionar los medios de impugnación que existen en el derecho español.

7.1 Recurso extraordinario por infracción procesal

Teniendo en cuenta el artículo 469.1 LEC⁷⁶, el recurso extraordinario por infracción procesal tendrá lugar cuando las partes solicitan una determinada actividad probatoria para acreditar

⁷⁶ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000), artículo 469. Motivos. Denuncia previa en la instancia. Artículo 469.1. “El recurso extraordinario por infracción procesal sólo podrá fundarse en los siguientes motivos:1.º Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional.2.º Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia.3.º Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme

el contenido y la vigencia del Derecho extranjero y ésta se ve limitada. De esta manera, se producen infracciones de las normas y garantías procesales. Estas infracciones deben ser denunciadas en las instancias previas.

7.2 Recurso de casación

En cuanto al recurso de casación, la Ley de Enjuiciamiento Civil no hace referencia a la posibilidad de recurrir en casación las sentencias dictadas en instancia donde el juez ha aplicado incorrectamente el Derecho extranjero.

Por un lado, el Tribunal Supremo acepta la posibilidad de recurrir en casación por incorrecta aplicación del Derecho extranjero aplicable a un litigio, que se rige por las normas de conflicto españolas, esto se conoce como “tesis positiva” del Tribunal Supremo. La jurisprudencia que refleja la posibilidad de recurrir en casación por la incorrecta aplicación del Derecho extranjero: STS, de 17 de abril de 2015⁷⁷, que trata sobre una cesión de créditos y derecho holandés y STS, 20 de mayo 2015⁷⁸, que trata sobre Derecho belga. Ambas sentencias permiten a la parte recurrir en casación aunque en el fallo de ambas se desestiman el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesta por la parte recurrente.

Por otro lado, tradicionalmente el Tribunal Supremo seguía la “tesis negativa”. Esta tesis implica que no puede admitirse un recurso de casación por incorrecta aplicación del Derecho extranjero. Esta postura se basa en tres criterios: en primer lugar, se considera que el Derecho extranjero es un “hecho”, por lo cual no se puede recurrir en casación; en segundo lugar, no cabe casación para interpretar el Derecho extranjero; y, en tercer lugar, de aceptarse el recurso

a la ley o hubiere podido producir indefensión.4.º Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución”.

⁷⁷STS de 17 de abril de 2015, Ponente: Rafael Saraza Jimena, CENDOJ n° 28079110012015100235.

⁷⁸ STS de 20 de mayo de 2015, Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno, CENDOJ n° 28079110012015100390.

de casación se podrían producir contradicciones entre la interpretación dada por el Tribunal Supremo y la interpretación dada por los tribunales extranjeros⁷⁹.

El artículo 477.1 LEC establece que “el recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso”. Esto no significa que el recurso de casación deba fundamentarse en un único motivo, sino que, por medio de este motivo, se puede recurrir cualquier infracción del ordenamiento jurídico, independientemente de la naturaleza de la vulneración del mismo: indebida aplicación de una norma, falta de aplicación de una norma o errónea interpretación.

La doctrina, en especial autores como Miralles Sangro⁸⁰ y Calvo Caravaca⁸¹, entiende que la solución más adecuada es considerar el Derecho extranjero como derecho y no como un hecho. Pero no hay que olvidar, como hemos mencionado anteriormente, que la jurisprudencia de Tribunal Supremo en varias ocasiones ha denegado la posibilidad a las partes de recurrir en casación. Este hecho se recoge en las siguientes sentencias: STS de 20 de marzo de 1877⁸², STS de 13 de enero de 1885⁸³ y STS de 30 de junio de 1962⁸⁴.

Las partes pueden recurrir en casación en el supuesto de infracción de una norma de conflicto española o europea. Estamos ante una infracción de una norma de conflicto, es decir, se infringe una norma jurídica vigente en el ordenamiento jurídico español, de manera que el Tribunal Supremo debe aplicar la norma de conflicto pertinente.

No se puede recurrir en casación si se produce una infracción en cuanto a la reglas sobre la carga de la prueba del Derecho extranjero porque son reglas procesales. El interés casacional

⁷⁹ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Aplicación del derecho extranjero”. *Derecho Internacional Privado*. Granada, 2017, p. 603.

⁸⁰ MIRALLES SANGRO, P., *Aplicación del derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, Ed. DIKINSON, Madrid, 2007, p. 212.

⁸¹ *Ibidem*, pp. 604 a 605.

⁸² STS 20 marzo 1877, JC, vol. 36, pp. 186.

⁸³ STS 13 enero 1885, RGLJ JC, t. 57. 1885, núm. 14.

⁸⁴ STS 30 de junio 1962, R. 3322.

no puede fundamentarse en normas o jurisprudencia relativas a cuestiones procesales. De esta manera, si se recurre con fundamento en estos extremos, el recurso no se admitirá. Así, la vulneración de las reglas jurisprudenciales elaboradas por el Tribunal Supremo relativas a la prueba del Derecho extranjero no puede dar lugar a un recurso de casación, pero sí a un recurso extraordinario por infracción procesal en las condiciones del artículo 469 LEC. De este recurso conocerán los Tribunales Superiores de Justicia.⁸⁵

7.3 Recurso de amparo

Antes de hablar del recurso de amparo en los litigios regidos por el Derecho extranjero tenemos que hacer referencia a la tutela judicial efectiva que se recoge en el artículo 24.1 de la CE. Este artículo 24.1 CE recoge el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a no padecer indefensión y el mismo artículo en el apartado segundo recoge las garantías procesales, genéricas a cualquier proceso, y las propias del proceso penal. Por su parte, la indefensión, más que un derecho sustantivo es el resultado que determina si ha existido o no vulneración de los contenidos materiales del artículo 24 de la CE. De esta manera, todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial de los tribunales y jueces sin que se produzca indefensión. Este derecho es susceptible de amparo constitucional según el artículo 41 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional⁸⁶.

Para poder interponer el recurso de amparo se deben cumplir los siguientes requisitos: que se hayan agotado todas las vías de impugnación previstos por las normas procesales, que la violación del derecho sea imputable de forma directa e inmediata a una omisión o acción de los órganos jurisdiccionales y que se haya denunciado formalmente en el proceso la vulneración del derecho si hubo la oportunidad. Pueden interponer este recurso las partes del proceso, el Ministerio Fiscal y del Defensor del Pueblo.⁸⁷

⁸⁵ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado. Aplicación del derecho extranjero*, Ed. Comares, Granada, 2017, pp. 604.

⁸⁶ BOE núm. 239, de 5 de octubre de 1979.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 605. Materialmente, además de invocar el derecho que se considera lesionado (en este caso el contenido en el artículo 24.1), el recurrente debe justificar la concurrencia de una especial trascendencia constitucional en la demanda de amparo.

El derecho a la tutela judicial efectiva puede vulnerarse, en los litigios que se rigen por el Derecho extranjero, cuando el particular no dispone del derecho a un proceso justo. Además, el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho de las partes de un litigio a obtener de los tribunales una resolución fundada en derecho, congruente y motivada.

Así, se puede recurrir en amparo cuando se trata de un proceso judicial regido por el Derecho extranjero. Existen dos supuestos que pueden suscitarse: por un lado, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE) y, por otro lado, por la vulneración del derecho a no padecer indefensión que recoge el mismo artículo mencionado anteriormente.

Por un lado, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva puede tener lugar en varias ocasiones, por ejemplo:

- Cuando se inadmite la demanda por falta de prueba del Derecho extranjero: existe un *numerus clausus* de situaciones cuando se puede inadmitir una demanda y entre esos supuestos no se encuentra la falta de prueba documental del Derecho extranjero;
- Por falta de solución judicial al fondo del litigio : el tribunal no resuelve el fondo del litigio que debe resolverse con arreglo al Derecho extranjero;
- Cuando se exige una prueba del Derecho extranjero extraordinariamente estricta;
- Por falta de motivación de la resolución judicial que presenta un elemento de extranjería;
- Error grave en la aplicación de las normas de conflicto o del Derecho extranjero por parte de los tribunales ordinarios;
- Infracción del derecho a recurrir la resolución judicial.⁸⁸ Los tribunales no pueden exigir a las partes requisitos rigurosos o exorbitados para poder recurrir una sentencia.

Por otro lado, el recurso de amparo por presunta vulneración del derecho padecer indefensión tiene lugar cuando se impide a una parte probar y alegar hechos y también cuando se impide a la parte conocer y defenderse por lo que alega la parte contraria. Así, en los litigios que se rigen por el Derecho extranjero se produce indefensión en los siguientes

⁸⁸ Ídem, pp. 604 a 605.

supuestos: cuando el tribunal impide a una de las partes defender su postura y contradecir la prueba efectuada por la parte contraria mediante argumentos jurídicos, cuando se le impide a una de las partes probar el Derecho extranjero, cuando no se le permite a una parte alegar y probar hechos decisivos o datos fácticos que podrían determinar la aplicación del Derecho extranjero.

8. IMPOSIBILIDAD DE APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

8.1 Imposibilidad legal

La excepción conocida como “orden público internacional” es la excepción al funcionamiento normal de la norma de conflicto. De esta manera, se descarta la aplicación del Derecho extranjero que resulta contrario a los principios fundamentales del país cuyos tribunales conocen del asunto. El juez debe tener en consideración exclusivamente los principios y valores vigentes en el Derecho español en el momento en que debe dictar sentencia.

La cláusula de orden público internacional representa una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto, dado que impide la aplicación del Derecho extranjero. La finalidad del “orden público internacional” es proteger la organización económica y moral de la sociedad española. Los tribunales españoles deben proteger el orden público internacional español, así lo recoge la jurisprudencia española: por un lado, la SAP Balears, de 27 de julio de 2009⁸⁹, que trata sobre un proceso de divorcio entre dos personas de nacionalidad alemana “y, por lo tanto, la ley personal aplicable es la alemana, como resulta de la sentencia y así viene determinado por las normas de derecho internacional privado”. En este caso, según el certificado expedido por el Consulado de la República Federal Alemana, la patria potestad y guarda y custodia de un descendiente de padres no casados la tienen ambas partes solo si han hecho previamente una declaración con autorización pública o si se han casado con posterioridad. De no ser así, la patria potestad y custodia la tiene solo la madre. De esta manera, la atribución de la patria potestad en exclusiva a la madre es

⁸⁹ SAP (Balears) de 27 de julio de 2009, Ponente: Juana María Gelabert Ferragut, CENDOJ nº 07040370042009100203.

discriminatoria y contraria al orden público, “por lo que en esta materia debe regir el Derecho Español, debiendo ostentar, por lo tanto, la patria potestad ambos progenitores”.

Por otro lado, la SAP de Barcelona, de 28 de octubre de 2008⁹⁰, trata sobre Derecho sucesorio y establece que en determinados supuestos se puede prescindir de la ley extranjera y se debe aplicar el derecho material del foro aplicando la regla del orden público prevista en el artículo 12.3 del CC. Según este artículo no se aplicará la ley extranjera cuando es contraria al orden público o cuando puede colisionar con los principios básicos del ordenamiento jurídico español. En este caso concreto no se puede aplicar la legislación marroquí porque se vulneraría el artículo 14 de la CE que prohíbe la discriminación por razón de religión, filiación o raza. Es decir, la aplicación de la legislación marroquí sobre herencias vulnera el artículo 14 de la CE, por este motivo se debe aplicar el artículo 12.3 del CC, que permite no aplicar la ley extranjera “cuando resulte contraria al orden público por colisionar con los principios básicos del ordenamiento jurídico español”.

8.2 Imposibilidad material

En ocasiones los jueces pueden encontrarse con supuestos en los que no pueden materialmente aplicar el Derecho extranjero. Esto ocurre cuando resulta imposible determinar el punto de conexión de una norma de conflicto, por ejemplo, si la norma extranjera presenta una laguna. La imposibilidad puede ser total o parcial dependiendo de si se desconocen normas relativas a aspectos parciales del litigio concreto. La falta de prueba del Derecho extranjero no implica una imposibilidad material de aplicar el Derecho extranjero.

Una hipotética solución a estos problemas sería inadmitir la demanda o desestimar la pretensión. Esto no es posible porque implicaría una denegación de justicia. En el Derecho español, la solución que proporciona la jurisprudencia es la aplicación subsidiaria de la *lex fori* al caso concreto.

⁹⁰ SAP (Barcelona) de 28 de octubre de 2008, Ponente: Mireia Ríos Enrich, CENDOJ n° 08019370042008100502.

9. DERECHO COMPARADO Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

En la actualidad existe una tendencia hacia la aplicación *ex officio* del Derecho extranjero. Este es el caso de Austria, Alemania, Bélgica, Suiza e Italia en los que se aplica de oficio el Derecho extranjero. No ocurre lo mismo en el caso del Reino Unido o en los Estados Unidos de América.

9.1 Derecho anglosajón

Reino Unido sigue el modelo de aplicación del Derecho extranjero a instancia de parte. Por un lado, el Derecho extranjero no se puede tratar de la misma manera que el Derecho anglosajón, los jueces no tienen el deber de conocer el Derecho extranjero. Por otro lado, el Derecho extranjero solo se aplica en otro país pero no es Derecho vigente en ese país, por eso se debe probar la vigencia y contenido del Derecho extranjero por las partes. Por último, son las partes las que deben soportar el coste de la prueba del Derecho extranjero.

En los sistemas de *Common law* no existen normas que contemplen la aplicación de oficio del Derecho extranjero pero tampoco se excluye la posibilidad de que los jueces lo apliquen mediante el mecanismo procesal de alegación y prueba por las partes⁹¹.

En el Reino Unido se considera que el Derecho extranjero es un hecho que se debe ser alegado y probado por las partes del proceso y la aplicación del Derecho extranjero depende de la discrecionalidad del juzgador. En el Derecho anglosajón no hay una norma que regule la aplicación del Derecho extranjero en el proceso. Además, según *Dicey y Morris*, corresponde al juez la decisión de aplicar el Derecho extranjero o aplicar subsidiariamente el derecho inglés en el caso de que las partes no llegan a probar o no alegan las normas extranjeras⁹².

⁹¹ MIRALLES SANGRO, P., *Aplicación del Derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, p. 166.

⁹² DICEY & MORRIS, *The conflict of laws (vol 2)*, 12th edn., Collins, Lawrence, et al. (eds.), London: Sweet & Maxwell, 1993, p. 1206.

9.2 Sistema germánico

El modelo de aplicación *ex officio iudicis* del Derecho extranjero se sigue en: Austria, Alemania, Bélgica, Italia, Suiza, etcétera. Este modelo subraya que el Derecho extranjero lo debe aplicar y probar el tribunal que conoce del litigio. Así, el Derecho extranjero debe ser tratado igual que el Derecho nacional del país que conoce del caso concreto. El coste de la prueba ya no la soportan las partes como en el modelo anteriormente mencionado, en este modelo se considera que es justo distribuir el coste de la prueba entre toda la sociedad.⁹³

Uno de los primeros países que ha recogido en su ordenamiento jurídico la regulación de aplicación de oficio del Derecho extranjero es Austria. De manera concreta, la Ley Federal sobre Derecho Internacional Privado incluye en sus tres artículos (Artículo 2,3 y 4) el deber de los jueces y tribunales de aplicar e investigar de oficio el Derecho extranjero. Así, los elementos de base del Derecho austriaco son: la aplicación de oficio del Derecho extranjero, la colaboración de las partes con el tribunal, la aplicación subsidiaria del Derecho austriaco en el supuesto de no llegar a conocerse el Derecho extranjero. Es importante mencionar que la obligación de aplicar de oficio el Derecho extranjero desaparece cuando las partes tienen la facultad de elegir el derecho aplicable.⁹⁴

Asimismo, Alemania, Bélgica, Italia y Suiza regulan la aplicación de oficio del derecho extranjero en sus ordenamientos jurídicos. De esta manera:

- Alemania regula esta cuestión en la *Zivilprozessordnung* de 5 de diciembre de 2005.
- Bélgica recoge en el artículo 5 de la *Loi portant le Code de droit international privé* la aplicación de oficio del Derecho extranjero.
- Italia sigue el modelo de aplicación de oficio del Derecho extranjero. Este supuesto se encuentra regulado en el artículo 14 de la *Legge 31 maggio 1995, n° 218*. También en este país, las partes no deben probar y alegar el Derecho extranjero porque el juez es el que tiene este deber.

⁹³ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA CONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado. Aplicación del Derecho extranjero*. Granada. Editorial Comares, 2017, p. 541.

⁹⁴ MIRALLES SANGRO, P., *Aplicación del Derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, pp. 151.

- Suiza entra en el grupo de Estados que optan por aplicar de oficio el Derecho extranjero. De esta manera, se establece expresamente en la 291 Ley Federal sobre derecho internacional privado, de 18 de diciembre de 1987, en el capítulo 1 (Disposiciones comunes), Sección 3 (Derecho aplicable), artículo 16, que el contenido del derecho extranjero se determina de oficio pero se puede pedir la colaboración de las partes.⁹⁵

10. CONCLUSIONES

1. España sigue el modelo de aplicación del Derecho extranjero a instancia de parte. Las partes son las que deben alegar y probar la vigencia y contenido de las normas extranjeras en el proceso. Considero que el modelo de aplicación del Derecho extranjero a instancia de parte que se utiliza en España es un modelo poco eficaz, ya que las partes no cuentan con la ayuda de los tribunales para poder acreditar la vigencia y contenido de las normas extranjeras. Comparto la opinión de los autores Calvo Caravaca y González Carrascosa que proponen como modelo preferible al modelo mixto de colaboración entre el tribunal y las partes porque así se disminuiría el coste de la prueba que recae sobre los particulares. Así, los tribunales españoles tendrían que probar el Derecho extranjero de oficio y ayudarían a las partes a probar la vigencia y contenido de las normas extranjeras.
2. En mi opinión, el Derecho extranjero debe ser considerado como un derecho y no como un hecho porque se integra por normas jurídicas que constituyen el ordenamiento jurídico de un país concreto. El Derecho extranjero es derecho vigente en un determinado país que se tiene que aplicar por los jueces y autoridades de otro país. De esta manera, el Derecho extranjero es un derecho que se aplica por los tribunales y autoridades españolas, aunque las normas que resultan aplicables al litigio son normas extranjeras.
3. En el Derecho español, la regulación de la alegación y prueba del Derecho extranjero tiene lugar en tres cuerpos legales: primero, en el artículo 12.6 del Código Civil donde se establece que las normas de conflicto tienen carácter imperativo, por consiguiente las partes no pueden pactar la no aplicación del Derecho extranjero. Segundo, otro

⁹⁵ MIRALLES SANGRO P., *Aplicación del Derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, pp. 152 a 155.

precepto clave es el artículo 281.2 de la LEC, donde se regula el objeto de prueba del Derecho extranjero, la necesidad de prueba del Derecho extranjero y la regla general de la carga de la prueba. Por último, la cuestión de la prueba del Derecho extranjero se recoge también en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil de 30 de julio en los artículos 33 a 36. Estos artículos regulan el valor probatorio, la imposibilidad de aplicar el Derecho extranjero y las solicitudes que pueden realizar los tribunales españoles o extranjeros para averiguar la vigencia o contenido del Derecho extranjero.

4. Si no se consigue probar el Derecho extranjero, la solución general que adopta la jurisprudencia es la aplicación subsidiaria del Derecho material español al caso concreto. Desde mi punto de vista, la tesis de aplicación sustantiva del Derecho material español representa para los tribunales españoles una vía más rápida para solucionar los conflictos que surgen entre los particulares dado que los jueces conocen mejor su propio derecho que el derecho de otro país. Considero que en ocasiones esta tesis puede llevar a la aplicación de la ley materia española porque es la vía más segura y más ágil para los jueces pero puede resultar poco acertada para satisfacer los intereses de los particulares.
5. El órgano jurisdiccional o no jurisdiccional puede realizar una serie de operaciones para averiguar el contenido, vigencia, alcance o interpretación de las normas jurídicas extranjeras. Los mecanismos previstos para la “información” del Derecho extranjero son: La Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, Los convenios bilaterales firmados por España, los convenios multilaterales vigentes en España y la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil (Ley 29/2015 de 30 de julio). Desde mi punto de vista, el modelo que sigue España en cuanto a la aplicación del Derecho extranjero hace que los tribunales no utilicen habitualmente los mecanismos previstos para la “información” del Derecho extranjero ya que son las partes las que tienen que acreditar la vigencia y contenido de las normas extranjeras. De esta manera, el juez no tiene el deber de informarse sobre el derecho de otro país, por lo que los particulares cuentan con menos apoyo a la hora de acreditar el Derecho extranjero.
6. La aplicación incorrecta o la no aplicación por el juez español del Derecho extranjero puede afectar a las partes implicadas en el litigio. De esta manera, las partes cuentan con tres medios de impugnación: recurso extraordinario por infracción procesal, recurso de amparo y recurso de casación. Tengo que coincidir con la opinión de

Calvo Caravaca y Carrascosa y, por tanto, considero que el Derecho extranjero se debería probar en primera instancia, en apelación y en casación para ofrecer a las partes más oportunidades para poder probar la vigencia y contenido de las normas extranjeras, ya que no es una tarea fácil. De esta manera, las partes tendrían más tiempo para realizar la actividad probatoria.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. CALVO BABÍO, F.: *Aplicación judicial del derecho extranjero en materia de familia*, Ed. TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2010.
2. CALVO CARAVACA, A.-L. y CARRASCOSA CONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*. Granada. Editorial Comares, 2017.
3. CALVO CARAVACA, A.-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles”, *Revista Estudios de Deusto*, Vol. 54/2, Bilbao, julio-diciembre 2006.
4. CALVO CARAVACA, A.-L.: “Aplicación judicial del derecho extranjero en España. Consideraciones críticas”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 68/2, julio-diciembre 2016.
5. CUEVILLAS SAYROLAS, J.: *Las normas jurídicas como objeto de prueba*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
6. DICEY & MORRIS, *The conflict of laws (vol 2)*, 12th edn., Collins, Lawrence, et al. (eds.), London: Sweet & Maxwell, 1993.
7. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, C.: “Tratamiento procesal del Derecho extranjero”. *Derecho Internacional Privado*. Décima Edición. 2018. Thomson Reuters.
8. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, C.: *Derecho Internacional Privado. Derecho aplicable*, Novena edición, 2016, Thomson Reuters.
9. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J.: “Problema particular: los documento públicos extranjeros”. *Derecho Internacional Privado*. Tercera edición, 2016. Thomson Reuters.
10. MIRALLES SANGRO P.: *Aplicación del Derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007.
11. RODRÍGUEZ BENOT, CAMPUZANO DÍAS, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ e YBARRA BORES: “Norma de conflicto”. *Manual de Derecho Internacional Privado*. Madrid, Segunda edición 2015. Ed. Tecnos, Madrid.
12. SORIANO VIRGÓS, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.: *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Pamplona, Civitas, 2007.

LEYES Y CONVENIOS

Actos normativos nacionales

1. Constitución Española «BOE» núm. 311, de 29/12/1978 («BOE» núm. 239, de 05/10/1979).
2. Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.
3. Código Civil. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil («Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889).
4. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 08/01/2000).
5. Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

Actos normativos internacionales

1. Convenio europeo acerca de la información sobre el derecho extranjero, hecho en Londres el 7 de junio de 1968 (BOE núm. 240, de 7 de octubre de 1974).
2. Protocolo adicional al Convenio Europeo de información sobre el derecho extranjero (Estrasburgo, 15 de marzo de 1978) (BOE núm. 150, de 24 de junio de 1982).
3. Convención Interamericana sobre prueba e información del derecho extranjero hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979 (BOE núm. 11, de 13 de enero de 1988).
4. Convenio sobre la asistencia jurídica, reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles, entre España y Checoslovaquia de 4 de mayo de 1987 (BOE núm. 290, de 3 de diciembre de 1988).
5. Convenio de cooperación jurídica en materia civil entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil, de 13 de abril de 1989 (BOE núm. 164, de 10 de julio de 1991).

6. Tratado entre el Reino de España y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil, hecho en Pekín, el 2 de mayo de 1992 (BOE núm. 26, de 31 de enero de 1994).
7. Convenio entre el Reino de España y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre asistencia judicial en materia civil, hecho en Madrid el 26 de octubre de 1990 (BOE núm. 151, de 25 de junio de 1997).

JURISPRUDENCIA

1. STS 20 marzo 1877, *JC*, vol. 36, p. 186.
2. STS 13 enero 1885, *RGLJ JC*, t. 57. 1885, núm. 14.
3. STS 30 de junio 1962, R. 3322.
4. STS (Sala de lo Social) de 9 de mayo de 1988, Ponente Rafael Martínez Emperador, CENDOJ n° 28079140011988102978.
5. STS (Sala de lo Civil) de 31 de diciembre de 1994, Ponente Jaime Santos Briz, CENDOJ n° 28079110011994101069.
6. STS (Sala de lo Civil) de 10 de junio de 2005, Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel, CENDOJ n° 28079110012005100486.
7. STS de 4 de julio de 2007, Ponente: Ignacio Sierra Gil De La Cuesta, CENDOJ n° 28079110012007100738.
8. STS de 30 abril de 2008, Ponente: Antonio Salas Carceller, CENDOJ n° 28079110012008100160.
9. STS (Sala de lo Civil) de 23 de marzo de 2010, Ponente José Antonio Seijas Quintana, CENDOJ n° 28079110012010100428, en particular su Fundamento Primero.
10. STS (Sala de lo Civil) de 24 de junio de 2010, Ponente: Rafael Gimeno- Bayon Cobos, CENDOJ n° 28079110012010100458.
11. STS de 20 de mayo de 2015, Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno, CENDOJ n° 28079110012015100390.
12. STS de 17 de abril de 2015, Ponente: Rafael Saraza Jimena, CENDOJ n° 28079110012015100235.
13. STS de 3 de abril de 2018, Ponente: María de Los Ángeles Parra Lucan, CENDOJ n° 28079110012018100181

14. STSJ (Sala de lo Social) de 22 de julio de 2016, Ponente Concepción Rosario Ureste García, CENDOJ n° 28079340042016100665.
15. STSJ (Com. Madrid Social) de 17 septiembre 2008, Ponente María Virginia García Alarcón, CENDOJ n° 28079340022008100326.
16. SAP de 18 de noviembre de 2003, Ponente: Luis Antonio Soler Pascual, CENDOJ n° 03014370052003100512.
17. SAP (Pamplona) de 29 de diciembre de 2004, Ponente: José Francisco Cobo Saenz, CENDOJ n° 31201370022004100500.
18. SAP (Tarragona) de 25 de abril de 2005, Ponente: Antonio Carril Pan, CENDOJ n° 43148370012005100189.
19. SAP de Málaga de 3 de marzo de 2006, Ponente: Antonio Torrecillas Cabrera, CENDOJ n° 29067370052006100185.
20. SAP (Barcelona) de 28 de octubre de 2008, Ponente: Mireia Rios Enrich, CENDOJ n° 08019370042008100502
21. SAP Las Palmas de 13 de junio de 2008, Ponente: Francisco Javier José Morales Mirat, CENDOJ n° 35016370032008100403 .
22. SAP (Castellón) de 16 de enero de 2009, Ponente: Aurora De Diego Gonzales, CENDOJ n°12040370012009100017.
23. SAP Guipúzcoa 29 junio 2009, Ponente: Yolanda Domeño Nieto, CENDOJ n° 20069370022009100234.
24. SAP (Baleares) de 27 de julio de 2009, Ponente: Juana María Gelabert Ferragut, CENDOJ n° 07040370042009100203
25. SAP Tenerife 10 de diciembre de 2009, Ponente: Pablo José Moscoso Torres, CENDOJ n° 38038370042009100428.
26. SAP Barcelona de 12 de febrero de 2014, Ponente: José María Assalit Vives, CENDOJ n° 08019370052014100096.
27. SAP (Madrid) de 20 de febrero de 2014, Ponente María Almudena Cánovas Del Castillo Pascual, CENDOJ n° 28079370212014100097.
28. SAP (Madrid) de 1 de abril de 2014, Ponente: Carlos Lopez-Muñiz Criado, CENDOJ n° 28079370252014100134.
29. SAP (Barcelona) de 15 de julio de 2014, Ponente José Pascual Ortuño Muñoz, CENDOJ n° 08019370122014100517.
30. SAP (Zaragoza) de 1 de marzo de 2016, Ponente Francisco Acin Garos, CENDOJ n° 50297370022016100117.

31. SAP (Melilla) de 8 de enero de 2019, Ponente: Mariano Santos Peñalver, CENDOJ n°52001370072019100017.

PÁGINAS WEB

1. Fernando De Rozas. (2019). *La acreditación del derecho extranjero*. 3 de marzo, 2019

<https://fernandezrozas.com/2019/03/03/al-no-acreditarse-el-derecho-extranjero-reclamado-en-un-sucesion-procede-resolver-la-cuestion-debatida-conforme-a-las-normas-de-nuestro-propio-ordenamiento-juridico-sap-sevilla-8-enero-2019/>

2. José Carlos Fernández Rozas, “*Artículo 12, apartado 6 del Código civil: Aplicación judicial y extrajudicial del Derecho extranjero*”, Comentarios al Código civil y Compilaciones forales.

https://eprints.ucm.es/9479/1/ARTICULO_12.6_DEL_CODIGO_CIVIL.pdf

3. Javier Carrascosa González (Catedrático de Derecho internacional privado en la Universidad de Murcia), “*El Tribunal Supremo pone en su sitio al art. 33.3 de Ley de cooperación jurídica en materia civil. Larga vida a la norma de conflicto*”, 24 de septiembre, 2018.

<http://accursio.com/blog/?p=859>