



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

**“Aplicación del Derecho extranjero por los
Tribunales españoles”**

Presentado por:

Emma Gutiérrez Gómez

Tutelado por:

Diana Gluhaia

FECHA DE CONVOCATORIA

Valladolid, Julio de 2020

ÍNDICE

RESUMEN.....	3
ABSTRACT	3
INTRODUCCIÓN	4
1. LA NORMA DE CONFLICTO	5
1.1 Concepto y caracteres de la norma de conflicto.....	5
1.2 El artículo 12.6 del Código Civil: La imperatividad de la norma de conflicto.....	8
2. APLICACIÓN DE LA NORMA DE CONFLICTO PARA DETERMINAR EL DERECHO APLICABLE.....	10
2.1 Modelo regulativo de aplicación del Derecho extranjero. El modelo seguido en España	14
2.2 Prohibición de aplicación del Derecho extranjero designado por la norma de conflicto.....	15
3. RÉGIMEN DE ALEGACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO.....	17
4. PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO	19
4.1 La necesidad de prueba del Derecho extranjero.....	20
4.2 Objeto de la prueba del Derecho extranjero.....	21
4.3 Carga de la prueba del Derecho extranjero	23
4.4 Momento procesal oportuno para probar el Derecho extranjero	28
4.5 Medios de prueba del Derecho extranjero	29
4.5.1 <i>Prueba del Derecho extranjero por las partes.....</i>	<i>30</i>
4.5.2 <i>Prueba del Derecho extranjero por el Tribunal.....</i>	<i>33</i>
4.6 La cuestión relativa al valor de la prueba del Derecho extranjero	33
5. LA FALTA DE PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO: SOLUCIONES JURISPRUDENCIALES	35
5.1 Causas de falta de prueba del derecho extranjero	35
5.2 Soluciones ante la falta de prueba del Derecho extranjero	37
6. COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL ACERCA DEL DERECHO EXTRANJERO	42
6.1.1 Régimen multilateral.....	44
- <i>El Convenio Europeo acerca de la información sobre el Derecho extranjero: Convenio de Londres de 7 de junio de 1968.....</i>	<i>45</i>
- <i>La Convención Interamericana sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero hecha en Montevideo a 8 de mayo de 1979.....</i>	<i>46</i>
6.1.2 Régimen bilateral.....	47
6.2 Régimen jurídico de la cooperación judicial internacional. La Ley 29/2015 de 30 de julio, sobre cooperación judicial internacional en materia civil	48

7. CONCLUSIONES	51
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53
FUENTES NORMATIVAS	55
JURISPRUDENCIA	56
WEBGRAFÍA	58

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

BOE: Boletín Oficial del Estado

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

LEC: Ley de enjuiciamiento civil

LCJIMC: Ley 29/2015, de 30 de julio de 2015, de Cooperación Jurídica internacional en materia civil

LOPJ: Ley orgánica del poder judicial

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TS: Tribunal Supremo

RESUMEN

La finalidad de este trabajo titulado “La aplicación del Derecho extranjero por los tribunales españoles” es una aproximación a la cuestión de la prueba del Derecho extranjero en los casos en que se presenta un litigio con uno o varios elementos de extranjería., así como el planteamiento de una situación en la que sea imposible probar dicho Derecho y las consecuencias jurídicas derivadas de la falta de prueba.

El modelo que se ha optado seguir en España es el de instancia de parte, recayendo la obligación de probar el derecho extranjero sobre la parte que lo invoca, estando obligada a acreditar su vigencia y contenido haciendo uso de todos los medios de prueba admitidos en la Ley española.

PALABRAS CLAVE: Derecho, elemento extranjero, prueba del Derecho extranjero, litigio.

ABSTRACT

The aim main of this project entitled “The application of foreign law by Spanish courts” is an approximation to the question of proof of foreign law in in litigious cases that have one or more international elements, as well as the approach of a situation in which it is impossible to prove foreign law and the legal consequences arising from the lack of proof.

The Spanish model is the instance of part, and the proof of international law is an obligation that the part who invokes the right must prove, being obliged to verify the existence and content of the international law through legally Spanish means recognized.

KEY WORDS: Law, foreign element, proof of foreign law, litigious.

INTRODUCCIÓN

Hoy en día, nos encontramos ante un escenario social donde el Derecho Internacional Privado está experimentando un importante desarrollo debido a que las situaciones privadas internacionales son muchos más diversas y numerosas que hace unas décadas, esto es como consecuencia del impulso que ha tenido el Derecho europeo, permitiendo la libre circulación de personas y mercancías en todo el territorio europeo, y su actuación en un escenario más internacional, lo que ha suscitado el surgimiento de conflictos internacionales. Como consecuencia de este desarrollo, los Tribunales españoles están cada vez más familiarizados con el tratamiento procesal del Derecho extranjero.

Teniendo en cuenta lo dicho, las situaciones privadas internacionales presentan una mayor inseguridad jurídica si las comparamos con las relaciones internas, sobre todo porque en ellas está presente uno o varios elementos de extranjería como por ejemplo la nacionalidad de los litigantes o su lugar de residencia. Esto es debido en gran parte a que si hablamos de Derecho Internacional y de situaciones privadas internacionales es normal que confluyan ordenamientos jurídicos de diversos Estados y todos ellos con normativas distintas y modelos de aplicación del Derecho extranjero diferentes, que pueden llegar a suscitar inconvenientes a la hora de determinar cuál es el Derecho que debe aplicarse a un determinado supuesto privado internacional ya que cada uno de los ordenamientos ofrecerá una solución en base a su propia regulación.

Por la existencia de diversos ordenamientos jurídicos estatales es preciso tener una perspectiva amplia sobre cada uno de ellos y analizarlos lo más profundamente posible. Como no se contempla en el ámbito internacional un método uniforme que sea el mismo para todos los ordenamientos jurídicos estatales que ofrezca una solución a los litigios que puedan tener lugar, es preciso evaluar y encontrar soluciones que puedan garantizar a los litigantes una correcta solución al conflicto presentado.

Por ello, el propósito principal de este trabajo es fijar las reglas que deben regir un proceso que presenta uno o varios elementos de extranjería, determinar las normas de Derecho interno o extranjero que deben aplicar los jueces y tribunales para ofrecer una solución eficaz, certera y uniforme a las pretensiones de los litigantes, así como los supuestos en los que no esté permitido la aplicación de una legislación extranjera por ser contraria a los principios constitucionales nacionales del país donde se procede a aplicar ese Derecho extranjero.

Precisamente las materias objeto de estudio que se tratarán en el presente trabajo y que se deben abordar para poder lograr el resultado esperado son las relativas a las siguientes cuestiones: Determinación de la norma jurídica designada por la norma de conflicto que debe regir el proceso para ofrecer una solución al litigio planteado, en que momentos los Tribunales deben aplicar el Derecho extranjero, la cuestión relativa a la alegación y prueba de las normas jurídicas extranjeras, la falta de prueba o prueba insuficiente, así como la cuestión de que ocurre cuando las partes no pueden lograr probar el Derecho extranjero y el análisis de la materia tras la reforma del 2015 e introducción de la Ley de Cooperación Judicial Internacional en materia civil.

1. LA NORMA DE CONFLICTO

1.1 Concepto y caracteres de la norma de conflicto

El origen de la norma de conflicto se encuentra en una tesis que elaboró F.K Savigny en su obra *System des heutigen romischen Rechtsen* a mediados del siglo XIX , que pretendía aportar nociones fundamentales y que todavía a día de hoy siguen vigentes, como son la localización de la situación jurídica en un concreto ordenamiento jurídico estatal cuyo Derecho deberá regir y ofrecer una solución a la situación privada internacional en concreto, conseguir una igualdad entre los Derechos estatales y una armonía internacional que obligue a establecer un sistema de normas de conflicto que sea el mismo para todos los Estados y puedan proporcionar a los conflictos suscitados de carácter internacional una solución eficaz.

En este sentido, la norma de conflicto ha sido definida como una técnica o norma de Derecho internacional privado indirecta. Esto quiere significar que la norma de conflicto en sí no aporta una respuesta directa al problema concreto suscitado, sino que designa de forma indirecta el Derecho aplicable, en cuyas normas de carácter material se encontrará la solución que resolverá la situación privada internacional. Esta norma permite localizar una determinada situación privada internacional en el seno del ordenamiento jurídico de un concreto Estado, el cual debe encargarse de regular dicha situación, o de otra manera decir que la norma de conflicto remite una situación privada a un determinado ordenamiento jurídico, ya sea nacional o extranjero, que debe ofrecer una solución.

Siguiendo con la concepción que se ha dado de la norma de conflicto, pongamos el ejemplo del artículo 4.1 del Reglamento 864/2007 de 11 de julio de 2007 que indica que la Ley que se debe aplicar a una obligación extracontractual derivada de un hecho gravoso es la Ley del país donde el daño ha tenido lugar. El inciso de este artículo concreta la norma que se debe aplicar a los supuestos de responsabilidad civil derivados de la emisión de gases contaminantes producidos por una empresa situada en España y que perjudican ciertos terrenos agrícolas portugueses. Por tanto, la regulación que deberá aplicarse al caso concreto es la Ley portuguesa, dado que es el Estado dónde ha tenido lugar el incidente, y, por tanto, el Derecho portugués regulará la situación internacional.

Es por esto, que la regulación que contempla el artículo 4.1 del Reglamento es una mera norma de conflicto, pues no nos proporciona de forma directa una solución al litigio, sino que de manera indirecta nos remite al ordenamiento jurídico, recordemos que puede ser el Derecho del foro o cualquier otro Derecho extranjero, que contempla la situación y el cual debe resolver ofreciendo una solución sobre la cuestión de fondo.

El propio Rodríguez Benot expuso como ejemplo el artículo 9.1 del Código Civil que establece que la Ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad, de manera que si se plantease un problema relativo a la capacidad de un varón de nacionalidad alemana que desea contraer matrimonio en España, deberá ser el Derecho alemán el que en virtud de nuestro artículo 9.1 CC ofrezca una solución a esta situación privada internacional.¹

Con su creación se introdujeron las normas de conflicto como un equipo de localización indirecta que determinaría el ordenamiento jurídico estatal que debía aplicarse a la concreta relación jurídica. En este último objetivo, se puede hacer de nuevo una breve mención al Reglamento de la Unión Europea 2016/1103 sobre regímenes económicos matrimoniales anteriormente mencionado sobre todo porque este Reglamento trata de unificar las normas de conflicto entre los Estados miembros participantes analizando los diversos puntos de conexión para poder determinar cuál será la Ley aplicable y ofrecer un resultado eficaz a la situación privada internacional que tiene lugar.

En este contexto podemos encontrarnos con que muchos estudiosos de la materia como A. L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González o A. Rodríguez Benot entre otros, han llegado a elaborar un concepto que respeta las mismas notas de abstracción, generalidad, multilateralidad, neutralidad, y automaticidad que estaban presentes en la teoría que formuló Savigny, pero con

¹ RODRIGUEZ BENOT, A, CAMPUZANO DÍAZ, B, RODRIGUEZ VÁZQUEZ, M.^a y YBARRA BORES, A, *Derecho Internacional Privado*, Editorial: Tecnos, Sexta Edición, 2019 p.133.

nuevos matices debido a la evolución que ha sufrido con el paso del tiempo modificando sus características a través de la especialización, flexibilización y materialización de la norma de conflicto.

Además, todos los autores mencionados anteriormente han determinado la misma estructura para la norma de conflicto: Supuesto de hecho, punto de conexión y consecuencia jurídica de la norma de conflicto. Pero que decir que la estructura de la norma de conflicto es distinta de la que pueda presentar cualquier otra norma jurídica debido en especial a los objetivos y las funciones que a esta se la atribuyen.² El primero de estos elementos es el supuesto de hecho, caracterizado como una relación jurídica en el sentido más amplio. El segundo de los elementos, el punto de conexión que forma parte de la relación jurídica y muestra el vínculo que debe existir entre el supuesto internacional y un Estado concreto y así determinar el Derecho aplicable a la situación concreta. Y en último lugar, se encuentra la consecuencia jurídica que determinará el Derecho aplicable, ya sea el Derecho el foro o un Derecho extranjero, para ofrecer una solución a la situación privada internacional destacándose de esta manera el carácter bilateral de la norma de conflicto al ofrecer la posibilidad de poder aplicarse bien el Derecho estatal o un Derecho extranjero.

Quiero esto decir que, ante una situación privada internacional, si resulta que son los Tribunales españoles los competentes para conocer del litigio, la norma de conflicto se encarga de establecer que la Ley que debe aplicarse al caso concreto sea la Ley española, de manera que el Juez español competente en aplicación del principio *Iura novit curia* debe proceder a aplicar de forma eficaz su propio Derecho para ofrecer una solución al litigio planteado.

Si se diera el caso contrario, ocurre que el Juez español es competente para conocer del litigio, pero la norma de conflicto determina que debe aplicarse un Derecho distinto del foro para poder resolver el asunto. En un principio, si se produce esta situación no debería suponer un gran problema puesto que, gracias a la internacionalización del Derecho el papel que adopta del Juez español será el mismo y actuará de la misma manera conforme lo haría el Juez de origen del Derecho extranjero.

A raíz del concepto que ha sido elaborado para definir a la norma de conflicto, se deben mencionar de forma breve los caracteres que detallan dicha norma a parte de su carácter imperativo³. De esta

² ESPLUGUES MOTA, C, IGLESIAS BUHIGUES, JL, PALAO MORENO, G. *Derecho Internacional Privado*, Editorial Tirant lo Blanch, Décimo tercera Edición, Valencia 2019, pp. 230-234.

³ CALVO CARAVACA, A., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, Editorial Comares, Edición Decimosexta, Granada 2016, pp. 427-428.

manera nos encontramos en primer lugar con que la norma de conflicto es automática pues basta localizar la naturaleza jurídica de la institución debatida, así como el país en el que se sitúa dicha institución.

Va seguida de un carácter abstracto pues no tiene en cuenta los datos del hecho concreto al no considerarlos importantes a la hora de determinar la Ley aplicable a una determinada situación privada internacional. En tercer lugar, la norma de conflicto es neutra pues determina la Ley que debe aplicarse al caso concreto sin tener en cuenta el contenido del Derecho estatal designado, el objetivo perseguido por dicho ordenamiento determinado y el resultado final que conduce a la aplicación de tal Derecho. Destaco la nota de neutralidad pues como afirmaron A.L. Calvo-Caravaca y J. Carrascosa González: “*A la norma de conflicto le es indiferente cual sea la Ley estatal aplicable a la situación privada internacional pues es una norma neutra*” Lo mismo daba que se aplicara una Ley del Derecho del foro que una norma procedente de otro ordenamiento jurídico estatal, ya que se considera en un principio que todos los Derechos estatales son justos. Por ello, la existencia de este tipo de normas encuentra su justificación en el hecho de proceder a aplicar el Derecho más justo a la relación privada internacional.

Y en último lugar, se caracteriza porque es multilateral ya que a la hora de determinar la Ley aplicable que resolverá de una concreta situación privada internacional, le es indiferente que sea o bien la *Lex fori*, o la Ley de un Estado extranjero.

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

Todas las normas de conflicto españolas son normas imperativas, normas *ius cogens* o como los Tribunales las suelen denominar: Normas de orden público de las que las partes no pueden prescindir⁴. El carácter imperativo de las normas de conflicto es recogido de forma expresa por el artículo 12.6 del Código Civil.

⁴ RODRIGUEZ BENOT, A, CAMPUZANO DÍAZ, B, RODRIGUEZ VÁZQUEZ, M.^a y YBARRA BORES, A., *Derecho Internacional Privado*, Editorial: Tecnos, Sexta Edición, 2019 pp.130-131.

En la STS 6 junio 1969, unos años antes de que el artículo 12.6 CC indicase de forma expresa que las normas de conflicto españolas son imperativas, la jurisprudencia ya mostraba su apoyo hacia esta solución con la sentencia de 6 de junio de 1969 o la STS de 5 de noviembre de 1971⁵.

En especial, esta sentencia versaba sobre la separación de cónyuges finlandeses, siendo la decisión del Tribunal Supremo considerar que versando el litigio sobre la separación de unos cónyuges que afirmaban haber contraído matrimonio en su país natal y en virtud de los artículos 9 y 11 de nuestro Código Civil, se debía resolver aplicando el Estatuto personal de los litigantes, es decir, la Ley del país del que ostenten su nacionalidad, Finlandia, y no cabe la posibilidad de renunciar a esta regulación. Por tanto, la separación y todos sus efectos deberán regirse acorde a la legislación de su país natal no siendo posible acogerse a la legislación española⁶.

Actualmente, la jurisprudencia española, sobre todo el Tribunal Supremo, ha aportado diversas sentencias en las que muestran el reconocimiento del carácter imperativo de la norma de conflicto (STS de 17 de abril de 2018⁷ que demuestra que debido a la imperatividad de las normas de conflicto que recoge el artículo 12.6 CC, el Tribunal consideró que la Ley aplicable es la normativa suiza).

Muchas han sido las sentencias dictadas (La SAP Barcelona de 20 de junio de 2014, SAP Barcelona de 29 de julio de 2014, SAP Alicante 27 de noviembre de 1998, SAP Málaga 3 marzo 2006, SAP Barcelona 15 septiembre de 1998, la STS de 23 de marzo de 2014) que destacan no solo el carácter imperativo de la norma de conflicto, sino que también permiten evidencia como las partes no pueden eludir la aplicación de la norma de conflicto. Este apoyo se encuentra sustentado en diversos argumentos, como son los siguientes:

- Se ha defendido que la imperatividad de la norma de conflicto que recoge el artículo 12.6 CC deba ser observado por los Tribunales y autoridades con el fin de impedir el legefórum para evitar que los Tribunales opten por el camino más sencillo consistente en aplicar su Derecho nacional a situaciones jurídicas internacionales que deben ser regidas por un Derecho extranjero.

⁵ Tesis doctoral: MARTÍNEZ RIVAS, F, “*La Prueba del Derecho Extranjero en la Jurisprudencia Española*”, Directores: De la Torre Olid, Francisco; Carrascosa González, Javier, 2010.

⁶ CALVO CARAVACA, A., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J, Derecho Internacional Privado, Vol. I, Editorial Comares, Edición Decimosexta, Granada 2016, pp. 448.

⁷ CALVO BABÍO, F, *Aplicación judicial del Derecho Extranjero en materia de familia*, Segunda Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2019.

- Que la norma de conflicto sea imperativa responde a una idea que anteriormente ya ha sido mencionada: Crear un sistema homólogo y justo de normas de conflicto para todos los Estados, para que puedan dar una respuesta más eficaz y justa al litigio planteado. Además, este carácter imperativo asegura que cuando existan situaciones privadas internacionales que guarden relación, sean similares, se resolverán con arreglo al mismo régimen jurídico. De esta manera, se solventarán siempre del mismo modo y el Derecho aplicable es siempre el mismo.

Por tanto, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 12.6 CC, el Juez está obligado a aplicar la Ley designada por la norma de conflicto, y ni él ni las partes podrán acordar la aplicación de un ordenamiento jurídico distinto a aquel al que remite la norma de conflicto. De esta manera, por obligación del artículo 12.6 CC se obliga a las autoridades jurisdiccionales españolas a aplicar de oficio las normas de conflicto del Derecho español en los casos en los que concurran las condiciones de su aplicación. Así que, si la norma de conflicto señala que se debe aplicar un Derecho extranjero, la autoridad judicial está obligada a aplicarlo.

Ahora bien, que los órganos jurisdiccionales estén obligados en virtud del artículo 12.6 CC a aplicar de oficio la norma de conflicto, no los obliga en ningún caso a que ellos deban probar y aplicar de oficio el Derecho extranjero al que pueden remitir la norma de conflicto española. Con carácter general, la prueba del Derecho extranjero al que conduce la norma de conflicto es una carga que recae sobre las partes en el litigio y no sobre los Tribunales, como se verá en uno de los siguientes apartados.

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

Desde la perspectiva interna de nuestro ordenamiento jurídico español, la doctrina entre la que se incluyen estudiosos de la materia como J. Alonso –Cuevillas, S. Álvarez González o A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, se han ocupado de la aplicación judicial del Derecho extranjero en España a través de la regulación que contemplan el artículo 12.6 del Código Civil y el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil empleado para la prueba del Derecho extranjero⁸.

⁸ El artículo 12.6 CC dispone “*Los tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español*”.

Este artículo 281.2 LEC queda completado con la mención que se hace en el precepto general del artículo 282 LEC, el cual es aplicable a toda práctica de prueba. Sin embargo, hasta la llegada de la Ley de Cooperación judicial internacional en materia civil, la actuación de nuestros Tribunales se resumía en respetar la imperatividad de la norma de conflicto⁹, de manera que, si esta norma determina que para la resolución del litigio concreto se debe aplicar un determinado ordenamiento jurídico, el Tribunal no tiene opción y debe proceder a la aplicación del Derecho designado para poder resolver sobre el fondo del asunto.

Ahora, llegados a este punto surge el problema del principio general *iura novit curia*, y es que resulta que los jueces nacionales no están obligados a conocer de otros Derechos que no sea el suyo propio, así que, de esta manera se determinó que la prueba de la vigencia y el contenido del Derecho extranjero sería deber de las partes. Y en último lugar, gracias a la reforma del año 2015 se creó la Ley de Cooperación Judicial internacional en materia civil por la que se introdujo un nuevo precepto, el artículo 33, que admite la posibilidad de manera excepcional de una aplicación subsidiaria del Derecho español ante la imposibilidad de prueba por las partes de la norma extranjera, aunque estas cuestiones serán abordadas a continuación con mayor precisión.

Partiendo de una de las cuestiones principales objeto de estudio de este proyecto, una de los puntos que más controversias origina a la hora de la práctica es determinar que norma jurídica deberá ser aplicada por el órgano competente que conozca del asunto para ofrecer una solución al litigio ocasionado.

En un principio serían las normas de Derecho internacional privado las que deben ofrecer una solución al supuesto internacional privado, más precisamente los Reglamentos europeos que emplean la técnica de la norma de conflicto, en este sentido podemos encontrar el Reglamento de la Unión Europea 2016/1103 sobre regímenes económicos matrimoniales, a través de la cual se consigue determinar el Derecho que se debe aplicar para poder ofrecer una solución al litigio ocasionado.¹⁰

Y antes de proceder a la aplicación judicial de una Ley o norma extranjera, es preciso determinar quién será el órgano judicial estatal que ostente la competencia para conocer de las controversias

⁹ La STS de 17 de abril de 2018 dejó constancia de esta postura adoptada por nuestros jueces españoles al remarcar la importancia del artículo 12.6 CC.

¹⁰ MORENO SANCHEZ, A., “Las normas de conflicto del Reglamento de la Unión Europea 2016/1103 sobre regímenes económicos matrimoniales: normas materialmente orientadas”, Revista Electrónica de Derecho, Vol. 18, Nº. 1, 2019.

suscitadas por las situaciones privadas internacionales, o lo que en otras palabras significa: ¿Cuándo las autoridades judiciales españolas serán competentes para conocer de los litigios suscitados por las situaciones privadas internacionales? ¹¹

Pongamos como ejemplo la interposición ante los Tribunales españoles de una demanda de separación matrimonial entre un cónyuge español (demandante) y un cónyuge de nacionalidad holandesa (demandado), siendo ambos residentes en España. En este caso, estamos ante un conflicto que presenta un elemento extranjero, pero que la Ley aplicable al divorcio no tiene por qué ser la de los Tribunales que están conociendo del mismo, es decir, que la demanda de divorcio sea presentada ante un órgano judicial español no conlleva que de manera automática se deba regular el divorcio según la Ley española. Que los Tribunales españoles sean competentes para conocer del litigio que presenta un elemento extranjero, no significa que el mismo deba ser resuelto conforme a la regulación española, sino que hay posibilidades de que se deba remitir a normas o leyes extranjeras para su resolución. Una vez determinado el órgano competente para conocer del litigio, se debe proceder a concretar cuál es la normativa aplicable para resolver la cuestión.

Cuando se produce una controversia (como el supuesto de la interposición de una demanda de divorcio entre un nacional español y un nacional holandés) que presenta uno o varios elementos de extranjería, es frecuente que concurren diversas normas jurídicas pertenecientes a distintos ordenamientos jurídicos, provocando un conflicto de leyes que será resuelto gracias a la entrada en juego de la norma de conflicto. Si seguimos la línea del caso planteado, nos encontramos que concurren las normas españolas reguladoras del divorcio y las normas holandesas reguladoras del divorcio, entonces, ¿Qué normativa es la que deben aplicar el Tribunal competente para ofrecer una solución? Pues en respuesta a esta pregunta se origina una doble posibilidad: Bien se procederá a aplicar el Derecho del foro¹², o bien el Derecho extranjero. Por tanto, la solución que proporcione al supuesto de divorcio planteado entre un español y un holandés con residencia ambos en España y que deja de claro manifiesto la presencia de un elemento extranjero, es que serán los Tribunales españoles quiénes ostentarán la competencia judicial para conocer del divorcio tomando como criterio definitivo que otorga esa capacidad el hecho de que ambos residen en España de manera habitual.

¹¹ CALVO CARAVACA, A y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., Derecho Internacional Privado, Editorial COMARES, Vol. I, Decimosexta Edición, Granada 2016, pp.131-132.

¹² El Derecho del foro es la Ley estatal del juez que está conociendo del asunto.

Los Jueces españoles serán quienes conocerán del asunto y deberán proceder a la aplicación de las normas de Derecho internacional privado para determinar cuál será la normativa aplicable al fondo del litigio dado que concurren varios ordenamientos jurídicos, en el ejemplo propuesto nos encontramos por un lado la Ley española y, por otro lado, la Ley holandesa.

Esto supone que el sistema de la norma de conflicto conlleva la aplicación de un Derecho que es distinto al de la nacionalidad del Juez que está conociendo del litigio y que podría suponer que el Derecho extranjero deberá ser tratado según la normativa procesal vigente en España. Cuando se está diciendo que un Juez debe aplicar un Derecho que no es el propio de su Estado, entra en juego el principio *Iura novit curia*. Pues según este principio, los Jueces tienen el deber de conocer la normativa española, pero no tienen la obligación de conocer el ordenamiento jurídico de otros Estados. Y es por esta razón que al amparo de la naturaleza imperativa de la norma en conflicto se exige que sean las partes quienes en virtud del artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹³ deban probar ante el Juez el contenido y la vigencia del Derecho extranjero. Asimismo, una vez que dicho Derecho extranjero ha sido probado por las partes en las condiciones y términos previstos, se procederá a su aplicación por parte del Juez español.

En este contexto, estudiosos de la materia entre los que cabe incluir a A.L. Calvo- Caravaca han mostrado cierta preocupación ante la conducta tan despreocupada que han demostrado los Jueces y Tribunales españoles en relación con esta última cuestión expuesta. Por un lado, han expresado su crítica hacia el deficiente régimen jurídico español de prueba del Derecho extranjero, y Joan Picó Junoy recalca que alrededor de un 88 por ciento de los Jueces españoles no han aplicado la norma extranjera a las controversias que se deberían regir por el Derecho extranjero invocado¹⁴.

La justificación a la conducta que han adoptado los Jueces y Tribunales españoles que nos ofrece Joan Picó Junoy responde a que ellos sobreentienden que es deber de las partes y nunca del Juez el probar un Derecho extranjero a pesar de lo estipulado en el Artículo 12.6 del Código civil¹⁵. Asimismo, otras excusas que podrían justificar esta acción es que los propios Jueces no cuentan con los medios de prueba necesarios, o que estos no son conocedores de los Derechos extranjeros

¹³ Ley 1/2000 de 7 de enero (LEC) 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.”

¹⁴ CALVO CARAVACA, A, “Aplicación del derecho extranjero en España: consideraciones críticas”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 68 (2016), 2 Madrid, p. 133-156.

¹⁵ Artículo 12.6 del CC aprobado por el RD de 24 de julio de 1889: “Los Tribunales y autoridades aplicaran de oficio las normas de conflicto del Derecho español.”

ni tampoco de las lenguas extranjeras. Esta última cuestión acerca de la prueba del Derecho extranjero por los Tribunales será objeto de estudio más adelante.

2.1 Modelo regulativo de aplicación del Derecho extranjero. El modelo seguido en España

La doctrina ha elaborado varios modelos teóricos relacionados con la aplicación del Derecho extranjero, y podemos clasificar estos modelos teóricos en tres grupos: El modelo de aplicación del Derecho extranjero a instancia de parte, de oficio por el tribunal y el modelo mixto que combina la aplicación entre las partes y el Tribunal¹⁶.

El primer modelo, el referido a la aplicación del Derecho extranjero a instancia de parte consiste en el deber de las partes de probar la Ley extranjera ante los Tribunales españoles. Este modelo de aplicación del Derecho extranjero ha sido adoptado por gran variedad de países como por ejemplo es el caso de España, Francia o Reino Unido... Sin embargo, hay Estados que han elegido la aplicación del segundo modelo consistente en aplicar de oficio el Derecho extranjero por los Tribunales. Por tanto, los Tribunales que conocerán del litigio deberán conocer y tratar el Derecho extranjero de la misma forma que su Derecho nacional. Y al igual que el primer modelo consistente en la prueba del Derecho extranjero por las partes, este segundo modelo también cuenta con un número significativo de Estados adeptos, destacando algunos como por ejemplo Austria, Italia, Suiza o Alemania entre otros.

En último lugar, se presenta el modelo mixto de aplicación del Derecho extranjero y el que es considerado por la doctrina española y en especial por Calvo-Caravaca y Carrascosa como el modelo preferido para proceder a la prueba del Derecho extranjero. Este modelo consiste en combinar la prueba realizada por las partes con la ayuda del Tribunal porque la doctrina ha considerado que si se lleva a cabo de esta forma se tendrá más oportunidades para acreditar dicho Derecho extranjero.

¹⁶ CALVO CARAVACA, A., y CARRASCOSA CONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, Editorial Comares, Vol. I Decimosexta Edición, Granada 2016, p. 533.

En cuanto al modelo por el que se ha decantado en España es el primero: El modelo de aplicación del Derecho extranjero a instancia de parte. Tanto la elección de este modelo como su fundamentación se apoyan en tres ideas principales que se expondrán a continuación;

La primera de estas ideas defiende que el Derecho extranjero como ya apoya Calvo-Caravaca en sus tesis, no es un mero hecho procesal, sino que se trata de un conjunto de normas jurídicas destinadas a proporcionar una solución al fondo del asunto.¹⁷

La segunda idea que justifica esta elección es el principio *Iura novit curia* y que será mencionado a lo largo de este trabajo en numerosas ocasiones, pues nos presenta la exigencia de que los Jueces y Tribunales tienen el deber y la obligación de conocer su Derecho interno, pero están exentos del conocimiento de ordenamientos jurídicos externos., no tienen la obligación de conocer el Derecho de otros países, lo que no quita la posibilidad de que pueda darse el caso de que por una anterior aplicación de esas normas extranjeras, el juez tenga ciertos conocimientos sobre esa Ley extranjera.

Y llegando a la última de las ideas, esta aborda por un lado que su aplicación responde por un lado a un interés particular y, por otro lado, a un interés económico. Con esto, quiero decir, que como la aplicación del Derecho extranjero beneficia a la parte que está interesada en su aplicación porque le reportará un beneficio/interés particular, es por esta razón que el coste de la prueba la deban soportar las partes interesadas en la prueba de dicho Derecho extranjero.

Un ejemplo es la SAP de Barcelona de 25 de marzo del 2009 ¹⁸ sobre la solicitud de divorcio entre cónyuges argentinos. En esta sentencia se aprecia el interés particular que demuestran las partes y, por tanto, deberán ser ellas quienes deban asumir los costes de la prueba del Derecho extranjero.

2.2 Prohibición de aplicación del Derecho extranjero designado por la norma de conflicto

En nuestro ordenamiento jurídico interno existe un precepto, el artículo 12.3 del CC, que recoge la expresa prohibición de aplicar un Derecho extranjero cuando este vulnera de una manera

¹⁷ CALVO CARAVACA, A, “Aplicación del derecho extranjero en España: consideraciones críticas”, *“Revista Española de Derecho Internacional”*, Vol. 68 (2016), 2, Madrid.

¹⁸ SAP de Barcelona de 25 de marzo del 2009, Cendoj n°: 08019370122009100200

intolerable nuestro orden público¹⁹. Esta excepción del orden público actúa como un mecanismo de defensa que evita la aplicación de cualquier Derecho extranjero que pueda quebrantar los valores protegidos por el orden público en España recogidos en los artículos 11 a 28 de la CE, como por ejemplo discriminación o exclusión por razón del sexo de una persona como así se recogió en la SAP de Murcia de 12 de mayo de 2003 o en la SAP de Murcia de 10 de diciembre de 2004, por cuestiones religiosas como así se observó en la SAP de Barcelona de 28 de octubre de 2008 o incluso por infravalorar la posición de la mujer respecto del hombre como quedó reflejado en la SAP de Barcelona de 26 de septiembre de 2018²⁰.

Otro motivo que impide la aplicación de un Derecho extranjero por los tribunales españoles es cuando este impide el correcto desarrollo de uno de nuestros Derechos constitucionales recogidos en la Constitución Española, como podría ser por ejemplo el reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad. En estas líneas, tuvo lugar un caso sobre un matrimonio homosexual en el que uno de los contrayentes era extranjero y su Ley personal no reconocía el matrimonio entre personas del mismo sexo. Cuando nos encontramos ante un supuesto de tal tipo, la jurisprudencia se pronunció alegando que no era posible aplicar la Ley extranjera y debía ser excluida por vulnerar el derecho al libre desarrollo de la personalidad considerado en nuestro ordenamiento como uno de los derechos fundamentales²¹.

Cuando se rechaza la aplicación del Derecho extranjero por ser contrario al orden público, las autoridades judiciales competentes conocedoras del asunto deben aplicar de forma subsidiaria el Derecho español.

¹⁹ En la STS de 8 de octubre de 2010 se aportó el concepto de orden público en el Derecho internacional como un aspecto más que se sumaba al concepto general que recogía el artículo 12.3 del CC.

²⁰ La SAP de Barcelona de 28 de octubre de 2008 excluye la aplicación de la legislación marroquí porque esta es contraria al orden público establecido ya que no permitía que la esposa no musulmana de un marroquí musulmán tuviera derechos hereditarios. La Audiencia Provincial de Barcelona al conocer la regulación marroquí y en concreto el artículo 332 que establecía dicha prohibición, dictó que no era constitucional aplicar la legislación marroquí al caso concreto por vulneración del artículo 14 de la CE que prohíbe cualquier tipo de discriminación por razón de nacimiento, filiación o religión.

La SAP de Barcelona de 26 de septiembre de 2018 excluye la aplicación de la Ley jordana sobre divorcio por menospreciar la posición de la mujer respecto de la posición que ocupa el hombre.

²¹ CALVO BABÍO FLORA, “Prohibición de aplicación del derecho extranjero designado por la norma de conflicto: La excepción del orden público” Aplicación judicial del Derecho Extranjero en materia de familia, Segunda Edición, 2019, Editorial Tirant lo Blanch, p.63.

3. RÉGIMEN DE ALEGACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

Antes de comenzar con este nuevo apartado dedicado a la alegación y prueba del Derecho extranjero considero preciso prestar atención a ciertas consideraciones previas antes de iniciar su estudio. En un primer lugar, se debe mencionar que no existe ninguna norma de Derecho internacional público, Derecho Internacional privado o normas de Derecho de la Unión Europea que puedan regular aspectos que forman parte de la soberanía de los Estados. En otras palabras, se considera que la cuestión de cómo alegar y probar el Derecho extranjero es una cuestión conectada con la soberanía de cada Estado, de este modo, cada uno es libre e independiente para regular la cuestión relativa a la aplicación y prueba de la norma extranjera sin que se vea manipulado por normas internacionales o europeas²². En base a esto, la regulación que se va a emplear en relación a las cuestiones de aplicación y prueba del Derecho extranjero se encuentra dispersa en tres cuerpos legales, que expondré de manera concreta y concisa a continuación.

En un primer lugar, la clave de todo el régimen jurídico de prueba del Derecho extranjero en el sistema español se encuentra en el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que determina la necesidad de la prueba del Derecho extranjero, cuál debe ser el objeto de la prueba cuando se trate de acreditar dicho Derecho y, por último, la regla general de la carga de la prueba del Derecho extranjero. Estas cuestiones serán abordadas y estudiadas desde una perspectiva más profunda en el siguiente apartado.

En segundo lugar, los artículos 33 a 36 de la Ley de cooperación judicial internacional en materia civil regulan tres cuestiones muy relevantes referidas al valor probatorio de la prueba, la solución que se deberá seguir para el supuesto de que sea imposible probar el Derecho extranjero y, por último, el régimen jurídico de la información del Derecho extranjero.

En último lugar y no menos importante, se encuentra el artículo 12.6 del Código Civil que reviste la importancia de la imperatividad de la norma de conflicto. Esta imperatividad supone que las partes no pueden prescindir de lo que la propia norma de conflicto establece como del mismo modo esta imperatividad se traduce desde el punto de vista de que cuando la norma de conflicto

²² CALVO CARAVACA, A y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, Editorial COMARES, Vol. I, Decimosexta Edición, Granada 2016, p.536.

española ordena la aplicación de una Ley extranjera, deberá ser esa Ley y no otra la que debe regular el supuesto privado internacional que se trate.

Nuestro ordenamiento jurídico exige que, ante toda incoación de un proceso, sean las partes las que deben alegar y probar el derecho que pretenden conseguir de los Tribunales, como así nos lo indica el artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil²³. En los procesos dónde concurren uno o varios elementos internacionales siempre ha estado presente el problema de tener que lidiar con la aplicación de un Derecho que es ajeno a nuestras fronteras, que es desconocido, en definitiva, extranjero. En estas líneas, nuestros Tribunales españoles han tenido ciertas dificultades para avanzar ante una disciplina que poco a poco y que, gracias a la globalización y los nuevos avances en la actualidad tiene una mayor presencia y que da lugar a una serie de controversias de distinta naturaleza, lo que conocemos como la rama del Derecho internacional privado y que por su poco hábito de aplicación ha ocasionado demasiada *mala praxis*.

La postura que ha mantenido nuestro Tribunal Supremo durante un largo período de tiempo ha sido la de considerar que la alegación y la prueba del derecho extranjero debe ser considerada como un hecho y, por tanto, les corresponde a las partes²⁴ que lo invoquen alegar dicho derecho, pero posteriormente se ha experimentado una evolución en este ámbito dejando por obsoleta esta doctrina del Tribunal Supremo y que será explicada posteriormente.

Siguiendo con la antigua doctrina del Tribunal Supremo, si las partes no realizasen la oportuna alegación y prueba del Derecho extranjero, entra en juego el principio *quod non est in actis non est in mundo*, es decir, que el Juez deberá limitarse única y exclusivamente a resolver sobre lo fijado por las partes en el proceso sin poder extenderse más allá de lo planteado por las protagonistas del pleito y resolviendo aplicando el Derecho español.

Nuestro Tribunal Supremo ha experimentado cierta evolución en su jurisprudencia hasta el punto de ofrecer una postura aceptable en cuanto a la alegación y prueba del derecho extranjero en los pleitos sustanciados en España. La razón de aplicar el Derecho nacional por parte de los tribunales

²³ CALVO CARAVACA, A y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J, Derecho Internacional Privado, op. Cit., p.540.

²⁴ Con anterioridad a la reforma del año 2015, la jurisprudencia determinaba que era deber de las partes la alegación y prueba del Derecho extranjero, en concreto de la parte interesada en su aplicación. Por otro lado, se debe agregar y como así recogió en la SAP de Barcelona de 28 de febrero de 2002 que el deber de prueba no sería exclusivo de la parte actora interesada en la aplicación de la legislación extranjera, sino que también la parte demandada debía colaborar, a pesar de no mostrar interés alguno en su aplicación. De esta postura se dejó constancia en la SAP de Granada de 13 de abril de 2005, la cual recoge la reiterada doctrina del Tribunal Supremo al determinar el deber de las partes en la prueba del Derecho extranjero.

españoles cuando las propias partes no aleguen dicho derecho extranjero se justifica en que el juzgador que está conociendo del proceso no puede resolver sobre el asunto si no conoce la Ley extranjera. Es decir, si las partes no alegan el derecho extranjero, es muy difícil que el Juez pueda conocer de dicho Derecho y dictar por tanto una solución que resuelva el proceso, pues de nuevo, se debe mencionar el principio *Iura novit curia* que obliga al juez a conocer de oficio exclusivamente el ordenamiento nacional, pero no el extranjero.

Pero esta postura que se ha venido afirmando, consideraba que la alegación y la prueba del Derecho extranjero debía ser considerada como un hecho y, por tanto, les correspondía a las partes alegar dicho Derecho, sin embargo, la doctrina jurisprudencial ha evolucionado al considerar la Ley extranjera como un conjunto de normas jurídicas que están encaminadas a la resolución de un caso de tráfico externo tomando en cuenta lo regulado en nuestro artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁵ que rompe con la postura inicial de considerar que la alegación y prueba del Derecho extranjero le corresponde únicamente a las partes, sino que los Tribunales también estarán capacitados para llevar a cabo las investigaciones que consideren pertinentes al fin de descubrir cómo se debe aplicar el Derecho extranjero al caso.

En pocas palabras se deja atrás esa necesidad de que sea requisito esencial que para la aplicación del Derecho extranjero este sea alegado por las partes, pues la Ley extranjera se aplicará al supuesto porque así lo ordena la norma de conflicto europea o española. En este sentido, basta con que la norma de conflicto designe como aplicable un Derecho extranjero para que se considere que el litigio deba resolverse en virtud del ordenamiento estipulado por la norma de conflicto.

4. PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO

Una vez que se ha alegado el Derecho, se procederá a la prueba del mismo porque así lo determina el artículo 281.2 LEC, pues determinar el cuándo, por qué y cómo deben aplicarse las Leyes extranjeras ha sido y es una cuestión de notable importancia para el Derecho internacional privado. La actividad probatoria de los hechos y del Derecho constituye un conjunto de actos procesales

²⁵ Artículo 281.2 LEC: “También será objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.”

que se regirán por la Ley del Estado cuyos tribunales se encuentren conociendo del asunto y se los aconseja que cada Estado de manera individual regule en sus propias Leyes procesales el modelo que deberá regir para la alegación y prueba del Derecho extranjero que se prefiera.

El régimen jurídico de la prueba del Derecho extranjero no se contiene únicamente en el artículo 281.2 LEC, sino que el artículo 33 LCJIMC recuerda que este precepto contiene la regulación general de la prueba del Derecho extranjero, pues establece que la prueba del contenido y la vigencia de la norma extranjera estará sometida a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y al resto de disposiciones aplicables a la materia²⁶.

4.1 La necesidad de prueba del Derecho extranjero

El punto de partida se establece en el artículo 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁷ que exige la necesidad de prueba respecto del contenido y la vigencia del Derecho extranjero ante los Tribunales españoles en el concreto proceso que se invoque, pues como se ha mencionado anteriormente en el ordenamiento español rige el principio *Iura Novit Curia*, y en virtud de este principio el Juez español solo está obligado a conocer de oficio las normas jurídicas españolas sin obligación de conocer el resto de ordenamientos jurídicos extranjeros existentes²⁸, surgiendo de esta manera la obligación de prueba del Derecho extranjero.

Pero a toda regla general siempre le pueden surgir excepciones, y en este caso, cuando el Juez tenga un perfecto y sólido conocimiento de la Ley extranjera, pues podría haberse dado el caso de que, en una situación anterior y parecida, el Juez se haya visto obligado a aplicar ese mismo ordenamiento jurídico externo²⁹, conllevaría que las partes estarán exentas de prueba del Derecho

²⁶ CALVO CARAVACA, A “*Revista Española de Derecho Internacional Privado*” REDI Vol. 68 (2016), 2 Madrid, p. 133-156.

²⁷ Se encuentra también confirmado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias como la STS 7 de noviembre de 1896, STS 10 de marzo de 1993, STS 19 de diciembre de 1977.

²⁸ CALVO CARAVACA, A y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J “; *Derecho Internacional Privado*”, op. Cit., p.543.

²⁹ Ello no es extraño que pueda suceder en municipios donde hay numerosa población de nacionales de un determinado Estado, dando ello lugar a una práctica habitual en la aplicación de un concreto Derecho extranjero. Así, la AP de Cádiz, en Auto de 18 de octubre de 2018, aplica por “conocimientos propios” el artículo 17 de la Ley 15/2001 de Marruecos.

extranjero ante los Tribunales españoles y el Juez español procederá a su aplicación directa.³⁰ El hecho de que el Juez español posea un previo conocimiento sobre la Ley extranjera realmente supone una gran ventaja en el desarrollo del proceso porque la exigencia de prueba de la Ley extranjera es una tarea costosa que ralentiza el proceso.

4.2 Objeto de la prueba del Derecho extranjero

El objeto de prueba del Derecho extranjero, no será un mero hecho, sino el estudio de un ordenamiento jurídico extranjero que se encuentra vigente³¹.

El segundo aspecto a determinar es ¿Qué elementos del Derecho extranjero deben ser probados? En este sentido el tratamiento procesal que se otorga, lo encontramos en el artículo 281.2 LEC, el cual indica que solamente debe probarse el contenido y la vigencia del Derecho extranjero en el momento de aplicarlo. En torno a esta cuestión surgen dos tesis que proponen una regulación distinta respecto del alcance de la prueba del Derecho extranjero.

La primera de estas tesis, es la denominada “tesis de la prueba mínima”, según la cual deberá probarse exclusivamente el contenido y la vigencia del Derecho extranjero. Pero el planteamiento que ofrece esta tesis no termina de convencer, porque el hecho de probar exclusivamente la vigencia y el contenido de una Ley extranjera no garantiza una prueba satisfactoria de la misma pues no se está realizando un estudio extensivo de la propia Ley como lo haría el Juez extranjero. Es por esta razón que la tesis de la prueba mínima no es aceptada y es la segunda, la “tesis de la prueba exhaustiva” la que ha sido apoyada mayoritariamente por la jurisprudencia española al desarrollar un estudio más extensivo del Derecho extranjero, debiendo la parte interesada no solo alegar su vigencia y el contenido, sino probar otros elementos del proceso³².

³⁰ RODRIGUEZ BENOT, A, CAMPUZANO DÍAZ, B, RODRIGUEZ VÁZQUEZ, M.^a y YBARRA BORES, A., op. Cit., p.154.

³¹ Esta afirmación es respaldada por la STS de 4 de julio de 2006 al considerar que una vez probado ante el juez su vigencia y contenido, el Derecho extranjero no puede ser tratado como un mero hecho, sino que deber ser contemplado como un auténtico Derecho, que admite la interposición de recurso de casación si se alega infracción de dicho Derecho extranjero. Id Cendoj: 28079110012006100711

³² CALVO CARAVACA, A y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., op. Cit., p.559.

Siguiendo a A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González³³ y la base de la tesis de la prueba exhaustiva, los aspectos del Derecho extranjero que deben ser objeto de prueba ante un Juez español son los relativos a;

- a) El contenido literal del Derecho material extranjero que se pretender acreditar.
- b) El contenido literal de las normas de conflicto extranjeras.
- c) La vigencia y existencia del Derecho extranjero.
- d) La interpretación concreta de las normas del Derecho extranjero.
- e) La aplicabilidad del Derecho extranjero al caso concreto.

Por tanto, la persona que demande el Derecho extranjero ante los Tribunales españoles, deberá acreditar el contenido, vigencia y resto de elementos procesales de la Ley extranjera, así como su aplicación al caso litigioso a través de los medios de prueba admitidos en la Ley española que serán estudiados más adelante. No se debe olvidar que, para la aplicación de este Derecho, el Juzgador podrá hacer uso de cuantos materiales de averiguación considere necesarios siempre que sean instrumentos lícitos y no se hayan obtenido por medios no prohibidos.

A nivel jurisprudencial se ha estructurado una amplia facultad de investigación por parte del Juez nacional a la hora de determinar el Derecho extranjero aplicable. Se hace notar, en este sentido el principio *Iura Novit Curia* que establece el deber del Juez nacional de conocer sus propias leyes y estar exento del conocimiento de normas no nacionales. Es por esta razón que debe existir cierta colaboración entre las partes y el órgano para determinar de una manera más sencilla y cooperativa cual es la norma extranjera aplicable al caso litigioso que se pretende resolver.

Finalmente, es posible que el Derecho extranjero no haya sido probado con la suficiente claridad y en los casos en los que se plantea este problema, lo procedente no es desestimar la demanda, sino una remisión a la legislación española para ofrecer una solución al litigio aplicando el ordenamiento jurídico español. En este sentido, en el año 2016, la SAP de Barcelona dictó sentencia con fecha de 26 de febrero de 2016 en la que abordaba esta cuestión³⁴. La sentencia en concreto versaba sobre la liquidación del régimen económico matrimonial pactado por los litigantes, uno de nacionalidad suiza y el otro de nacionalidad española. Se determinó que, ante la

³³ CALVO CARAVACA, A y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. op. Cit., p. 559-560.

³⁴ SAP 170/2016 de Barcelona, de 26 de febrero de 2016. Sección 18º. Id Cendoj: 08019370182016100161

falta de prueba de la normativa suiza por la parte interesada (en este caso era el marido quien ostentaba la nacionalidad suiza), se aplicaría con carácter supletorio el Derecho español.

4.3 Carga de la prueba del Derecho extranjero

Este tercer apartado relativo a la carga de la prueba intenta responder a la cuestión de ¿Quién debe probar o a quien le corresponde la prueba del Derecho extranjero? Primero, vamos a situarnos y analizar la postura jurisprudencial anterior a la reforma del año 2015, que indicaba que eran las partes y en especial la parte interesada en su aplicación, a quien le correspondería la prueba del Derecho extranjero³⁵.

Sin embargo, por otra parte, se decidió y así se puede observar en la SAP de Barcelona de 28 de febrero de 2002, que en ocasiones la obligación de probar la norma extranjera no iba a recaer exclusivamente sobre la parte actora, sino que estarían ambas partes obligadas, estuviera la otra parte interesada o no en su aplicación.

Solamente de manera excepcional se permitía que la prueba del Derecho extranjera fuera realizada de oficio por un órgano judicial. En este sentido, solo hubo un pronunciamiento por el Tribunal Constitucional en la STC 10/2000 en defensa del artículo 24.1 CE relativo al derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes litigantes.

Dicha sentencia presentaba el caso de un matrimonio de armenios que tenían su residencia en España. La parte demandante solicitó el divorcio intentando por todos los medios posibles probar el Derecho armenio, el cual era el designado al caso, pero no tuvo éxito como consecuencia de la situación bélica en la que se encontraba su país. La Audiencia Provincial de Vizcaya dictó sentencia el 2 de junio de 1997 desestimando la petición de demanda formulada por la esposa demandante al considerar no haber probado el Derecho extranjero. Frente a la desestimación realizada por la Audiencia provincial, la Sala Primera del Tribunal Constitucional en el Recurso de amparo 3130/1997³⁶ promovido por doña Gaiane Charlouian, se confirma la vulneración del Derecho a

³⁵ Algunas sentencias como la SAP de Granada de 13 de abril de 2005 o la SSTS de 13 de diciembre del 2000 reflejaron que la carga de la prueba del Derecho extranjero era un deber que correspondía a la parte que lo invocaba y lo pretendía hacer valer.

³⁶ BOE núm. 42, de 18 de febrero de 2000.

la tutela judicial efectiva y el deber del Juez de instancia de colaborar con la parte demandante en la prueba del Derecho extranjero.

El Tribunal Constitucional dictó la sentencia de 17 de enero 2000 dejando claro que el proceder de la Audiencia Provincial de Vizcaya lesionó el derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24.1 CE.³⁷ El argumento que por tanto sostiene esta segunda regla especial justifica que, si las partes no han podido probar nada del Derecho extranjero, pero lo han intentado de buena fe o no han podido probarlo porque concurren ciertas circunstancias ajenas a las mismas que se lo impiden, como por ejemplo la situación bélica de Armenia expuesta en el ejemplo o turbulencias sociales, calamidades naturales o humanas, situaciones de emergencia, o incluso, cuando la parte no disponga de los recursos económicos para soportar la costosa prueba del Derecho extranjero, el Tribunal deberá intervenir de manera obligatoria y colaborar con las partes en la prueba del Derecho extranjero, pues de no actuar de esta forma, se estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva. Con esta sentencia quedó claro, que la regla general que aporta el sistema español de prueba del Derecho extranjero se contempla en los artículos 281.2 y 282 LEC, y según esta regla, la prueba debe ser practicada a instancia de parte, es decir, que deben ser las partes intervinientes en el proceso las que están obligadas a probar el Derecho extranjero³⁸.

Pero dicha regla general³⁹ se completa con la regla especial que contempla la asistencia del Tribunal competente que deberá auxiliar y complementar la prueba de las partes. Así mismo, el Tribunal competente deberá intervenir y probar el Derecho extranjero ante la imposibilidad de las partes de probarlo a pesar de haber intentado de buena fe y de todas las maneras posibles la prueba del mismo pero que ha resultado imposible⁴⁰.

Como se ha mencionado, la regla general se regula por los artículos 281 y 282 LEC y es preciso entrar en el análisis de la misma para destacar ciertos aspectos que deben subrayarse para poder comprender por qué a las partes se les imputa la carga de la prueba del Derecho extranjero. En estas líneas, cualquiera de las partes puede probar el Derecho extranjero y aportarlo al proceso,

³⁷CALVO CARAVACA, A y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, Editorial COMARES, Vol. I, Decimosexta Edición, Granada 2016, p.566.

³⁸ Así lo confirma el Preámbulo de la Ley de Cooperación judicial internacional en materia civil 2015.

CALVO CARAVACA, A y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “*Carga de la Prueba del Derecho Extranjero*”

³⁹ Apoyada por gran parte de la jurisprudencia en numerosas sentencias: SSTs de 5 de junio de 2000, STS de 3 de febrero de 2002, STS de 27 de diciembre de 2006, SAP de Girona de 27 de mayo de 2002, SAP de Baleares de 15 de junio de 2002, STSJ de Galicia de 31 de octubre de 2002.

⁴⁰ CALVO CARAVACA, A y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado*, Editorial COMARES, Vol. I, Decimosexta Edición, Granada 2016, p.561.

pero lo más habitual y coherente es que sea la parte que tenga interés en la aplicación de la Ley extranjera quien deba probarlo. Por tanto, esta regla general contenida en el artículo 281.1 LEC hace una especial diferenciación entre probar el Derecho y aplicar el Derecho. Para simplificar, es deber de las partes probar el Derecho que pretenden que se aplique al litigio y es deber del Juez competente aplicar el Derecho extranjero una vez realizada su prueba.

Volviendo a la cuestión de quien debe probar el Derecho extranjero, es indiferente que lo haga la parte demandante o la parte demandada pues el artículo 281 LEC no especifica en concreto quien debe probarlo, aunque resulte lógico que sea la parte que tenga un mayor interés. Por ello, y con arreglo a los artículos 217.2 y 217.3 LEC, la parte demandante deberá alegar y probar en su escrito de demanda el Derecho extranjero en el que se base, y, por otra parte, el demandado deberá alegar y probar en su escrito de contestación a la demanda o en su caso la reconvención el Derecho extranjero en el que se fundamente su pretensión.

Si se diera el supuesto de que la parte demandante litiga en base a la regulación del ordenamiento jurídico español, pero la parte demandada contesta en base a fundamentos de un ordenamiento jurídico extranjero, deberá el demandado probar ese Derecho extranjero. Si la parte demandada no consigue probar el Derecho extranjero, deberá afrontar las consecuencias jurídicas de la falta de prueba que serán analizadas con mayor detenimiento posteriormente.

En referencia a este aspecto hacer una leve mención a lo que en un punto posterior se va a abordar: En base a la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo se indica que si un litigio está siendo regido por normas de un ordenamiento jurídico extranjero porque la parte (ya sea demandante o demandado) se fundamenta en ellas, dicho litigio deberá resolverse conforme a esas normas extranjeras, pero si la parte que tiene un especial interés en alegar ese Derecho extranjero no consigue llegar a probarlo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo decreta que se aplicará las normas del Derecho material español para la resolución del litigio⁴¹.

Todo lo anteriormente mencionado parece confirmar de cierta manera la postura jurisprudencial que se ha adoptado sobre la carga de la prueba del Derecho extranjero que, además, queda perfectamente recogida en la STS de 20 de mayo de 2015 y que además asienta la doctrina fijada por la Sala Primera del TS en la STS 198/2015, de 17 de abril de la siguiente manera:

- a- El Tribunal español estará obligado de oficio a aplicar las normas de conflicto del Derecho español que podrán ser de origen interno, comunitario o internacional.

⁴¹ CALVO CARAVACA, A y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, Editorial COMARES, Vol. I, Decimosexta Edición, Granada 2016, p.562.

- b- En virtud del principio *iura novit curia* se exige la prueba del Derecho extranjero.
- c- Uso de los medios de averiguación pertinentes del Derecho extranjero.
- d- A falta de prueba del Derecho extranjero, la demanda no se desestima, sino que se aplicará de forma subsidiaria el Derecho español para evitar lesionar el Derecho a la tutela judicial efectiva que recoge el artículo 24.1 de la CE. De esta postura dejó constancia la Sala Primera del TS, y el Tribunal Constitucional en su STS 155/2001 de 2 de julio de 2001.

Finalmente, una vez que las pruebas sobre Derecho extranjero han sido debidamente aportadas por la parte interesada al proceso, entra en juego la función del Juez de valorar y aplicar ese Derecho para la resolución del conflicto. Es por tanto, que la justificación de la regla general de carga de la prueba del Derecho extranjero contenida en el artículo 281 LEC responde a un interés particular o individual y no a un interés social o colectivo, lo que determina que sea justo que sean las partes que tengan un especial interés en el proceso las que asuman la carga de la prueba del Derecho extranjero que alegan ante los Tribunales competentes, quedando estos últimos exentos de todo deber salvo de la obligación de valorar y aplicar al litigio las normas extranjeras que ya han sido probadas.

Anteriormente se ha expuesto que junto a la regla general recogida en nuestro artículo 281 LEC y que ya ha sido objeto de estudio previamente, existen dos reglas específicas que podemos decir que complementan y completan a la regla general, y que serán explicadas a continuación.

La primera de estas reglas, regulada en el artículo 281.2 LEC, hace referencia a la intervención complementaria del Tribunal competente que podrá ayudar a las partes en su deber de probar el Derecho extranjero, pero sin ocupar la posición de las mismas, como así lo fija el Preámbulo V LCJMC 2015.⁴² La actuación del Juez competente que está conociendo del litigio puede resumirse como una mera participación complementaria y facultativa en la aplicación del Derecho extranjero cuando este haya sido probado con anterioridad por las partes con un mayor o menor éxito. En términos más precisos, se podría decir que se crea un vínculo de cooperación entre el Juez y las partes, como se pudo observar en la SAP de Huesca 297/2005 de 14 de diciembre y en la SAP de Castellón de 16 de enero de 2009⁴³.

⁴² CALVO CARAVACA, A y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, Editorial COMARES, Vol. I, Decimosexta Edición, Granada 2016, p.561.

⁴³ SAP 17/2009 de Castellón, de 16 de enero de 2009, Ponente: Aurora De Diego González, Núm. Recurso 144/2008, Id Cendoj: 12040370012009100017

Con esto se quiere decir que la colaboración del Juez, quien tiene la facultad de intervenir y no la obligación de hacerlo, será factible solamente cuando la norma extranjera haya sido probada anteriormente con una mayor o menor eficacia por las partes. Como he destacado en el párrafo anterior, la participación del Juez en la prueba de un Derecho extranjero se define por dos adjetivos: Facultativa y complementaria. La posibilidad de que el Juez colabore sea facultativa, no supone una obligación para él, sino que tiene la facultad de participar en la aplicación del Derecho extranjero con la intensidad que estime oportuna pudiendo valerse además de cuantos medios de averiguación considere necesarios para su aplicación⁴⁴.

Además de ser facultativa, otro calificativo que define su intervención es que es complementaria, quiero esto decir que, y como se ha venido exponiendo a lo largo de todo el punto, que solamente la participación del Juez para perfilar el alcance de la prueba del Derecho extranjero tendrá lugar cuando este haya sido previamente probado por las partes.

Por último, la intensidad con la que el Juez decide participar en la prueba del Derecho extranjero, la va a marcar el propio juzgador. En este caso, el artículo 281.2 LEC otorga total libertad al Juez competente para corroborar la prueba realizada por las partes o permanecer voluntariamente inactivo. Si finalmente el Juez decide colaborar, no creamos que tiene carta blanca, sino que su intervención no puede ser arbitraria⁴⁵ y por ello cualquier acto que lleve a cabo el Juez deberá ser ajustado a Derecho. Además, es necesario en un primer lugar que la intervención del Juez sea beneficiosa y sirva para favorecer la prueba realizada por las partes del Derecho extranjero y, en segundo lugar, que su colaboración no suponga al Juez ningún esfuerzo o coste desproporcionado.⁴⁶

Y por último, la segunda de estas reglas específicas justifica la intervención obligatoria del Juez en la prueba del Derecho extranjero ante la imposibilidad de las partes para probarlo,⁴⁷ como así he expuesto en párrafos anteriores en el caso del matrimonio armenio y la imposibilidad de prueba del Derecho extranjero por causas no imputables a la parte demandante

⁴⁴ Artículo 281.2 Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁴⁵ Artículo 9.3 CE. El Tribunal debe intervenir en la acreditación del Derecho extranjero solamente cuando sea constitucionalmente razonable para potenciar la tutela judicial efectiva de las partes.

⁴⁶ CALVO CARAVACA, A y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, Editorial COMARES, Vol. I, Decimosexta Edición, Granada 2016, p.565.

⁴⁷ Id., p. 565.

4.4 Momento procesal oportuno para probar el Derecho extranjero

Antes de proceder al estudio de los medios de prueba del Derecho extranjero, hay que determinar cuál es el momento procesal oportuno para proponer y practicar la prueba del Derecho extranjero.

J. Carrascosa González y Clavo- Caravaca defienden que no se trata de la prueba de un hecho, sino de un Derecho que lo jueces no tienen la obligación de conocer, (*Iura novit curia*) y que es por tanto una prueba *sui generis*, porque como anteriormente ya he venido explicando, el Derecho extranjero no entra dentro del principio *Iura novit curia*, y es, por tanto, y con carácter general que el momento procesal oportuno para probar el Derecho extranjero se debe llevar a cabo en Primera instancia, en apelación o en casación⁴⁸.

Según este autor, el momento procesal oportuno para invocar el Derecho extranjero corresponde al momento en que las partes van a plantear sus posiciones jurídicas, es decir, en la presentación de la demanda y/o contestación, o en su caso en la reconvencción⁴⁹. J. Carrascosa González apoya su planteamiento de proceder a la prueba del Derecho extranjero no solo en Primera instancia, sino también en apelación y casación.⁵⁰

Si el Derecho extranjero no podía ser probado en Primera instancia, entonces, ¿Precluye el plazo para probarlo? La respuesta que dieron Calvo-Caravaca y Carrascosa González fue negativa pues como he mencionado anteriormente, el Derecho extranjero no puede ser considerado como un mero hecho procesal, sino que su tratamiento procesal es *sui generis*. Realmente se está tratando con un Derecho que es singular y por ello no puede ser equiparado al concepto de mero hecho procesal,

⁴⁸ CAMPUZANO DÍAZ, RODRIGUEZ BENOT, RODRIGUEZ VÁZQUEZ y YBARRABORES, *Derecho Internacional Privado*, Editorial TECNOS, Sexta Edición, 2019, p. 153-154.

⁴⁹ CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Editorial COMARES, Vol. I, Decimosexta Edición, Granada 2016, p.546.

⁵⁰ Esta tesis se ha visto reforzada gracias a la STS 528/2014, de 14 de octubre de 2014. El Tribunal Supremo remarcó en esta sentencia a la vista del litigio que se presentaba, la posibilidad de que el Derecho extranjero pudiera ser probado en cualquier momento del proceso. Y recoge los mismos argumentos en los que en su día se dictó el Auto del Tribunal Supremo de 14 de septiembre del 2010. Gracias a que se permitió su tramitación en casación, la parte que invocaba el Derecho extranjero pudo alegar en su recurso de casación nuevas pruebas para acreditar el contenido y la vigencia de ese Derecho extranjero y estimar así las pretensiones de la parte interesada

sino que requiere una interpretación especial y única por parte del órgano competente. Es por esta razón, que no se puede negar su práctica en cualquier instancia, ya sea Primera, Segunda o casación.

Con todo esto, no siempre este planteamiento apoyado por J. Carrascosa y A.L Calvo-Caravaca ha sido considerado la vía correcta, sino que esta postura ha sido criticada por parte de la doctrina, entre quiénes se puede mencionar a M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez⁵¹ que mantienen una postura muy seguida a la línea jurisprudencial, al afirmar que el momento procesal oportuno para alegar el Derecho extranjero será única y exclusivamente en Primera instancia no estando permitido su alegación el Segunda instancia. Esta postura jurisprudencial ha quedado plasmada en la SAP de Castellón de 16 de enero de 2009 y en la SAP de Tarragona de 25 de abril de 2005.⁵²

Tras valorar ambas posiciones doctrinales acerca de la cuestión de cuándo debe proceder la prueba del Derecho extranjero, mi postura personal se inclina hacia la tesis de A.L Calvo-Caravaca y J. Carrascosa González, que a pesar de sus retractores ha sido apoyada por la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo,⁵³ permitiendo que el momento procesal oportuno sea tanto la Primera como la Segunda instancia e incluso casación, porque se ofrece a las partes más posibilidades para acreditar y probar la vigencia y el contenido exacto de la Ley extranjera que alegan, ya que esta es una cuestión bastante laboriosa que requiere dedicarle bastante tiempo.

4.5 Medios de prueba del Derecho extranjero

Respecto de la prueba del Derecho extranjero y los medios empleados, hay que matizar que este Derecho no se prueba, sino que tanto su vigencia como su contenido se deben acreditar, y es por ello, que se dota no solo a las partes sino también al Tribunal, de los medios necesario para acreditar el Derecho extranjero. El objetivo que se pretende conseguir con la acreditación del Derecho

⁵¹ CALVO BABÍO, F, *Aplicación judicial del Derecho Extranjero en materia de familia*, Segunda Edición, 2019, Editorial Tirant lo Blanch, p. 104.

⁵² En ambas sentencias se recoge dicha postura jurisprudencial planteada. SAP Tarragona de 25 de abril de 2005, Ponente: Antonio Carril Pan, nº recurso: 450/2004, nº resolución: 25/2005, Id Cendoj: 43148370012005100008. En esta sentencia, el Tribunal revoca el recurso de apelación interpuesto por la parte contra la sentencia dictada el 1 de septiembre de 2004 por el Juzgado de Primera instancia nº 1 de Amposta.

⁵³ Como se puede observar en el Auto del Tribunal Supremo (Sala Primera, Sección Primera) de 22 de marzo de 2017, Número de recurso 1399/2016, Ponente: D. Antonio Salas Carceller.

extranjero no es otro que convencer al Tribunal de la veracidad de ese Derecho para proporcionar una solución al litigio.

4.5.1 *Prueba del Derecho extranjero por las partes*

Entrando en la cuestión de los medios de prueba, el artículo 281.2 LEC establece una lista abierta, es decir, no se especifica concretamente cuáles deben ser los medios empleados para la acreditación del Derecho extranjero, pero sí matiza que deberán ser todos aquellos medios que estén admitidos por la Ley española. Pero, aunque se admita un sistema que permita una lista abierta, no todos los instrumentos de prueba empleados son apropiados de acuerdo con lo previsto en las Leyes procesales españolas. Para la acreditación del Derecho extranjero solamente deberán emplearse los medios que permitan verificar con la máxima certeza y veracidad el contenido del Derecho extranjero.

Con ello se nos presenta un sistema abierto y libre en la elección de los medios de prueba para acreditar la vigencia y el contenido del Derecho extranjero, con cierta flexibilidad respecto de la utilización de ciertos medios, pues como recoge la LEC, en el supuesto de emplearse medios probatorios como por ejemplo la prueba pericial o documental, su aplicación no estaría sometida a las exigencias rigurosas de la Ley porque no tienen la misma fuerza probatoria si se comparan con otros medios de acreditación del Derecho extranjero⁵⁴.

Por tanto, cabe la posibilidad de utilizar todos los medios, instrumentos y herramientas que sean apropiadas para la prueba de la vigencia y el contenido del Derecho extranjero siempre que sean acordes a los permitidos por la Ley procesal española⁵⁵.

Y una cuestión que es bastante frecuente, es el hecho de que las partes aporten medios de prueba del Derecho extranjero que resultan contradictorias entre sí, entrando en juego la decisión de los Tribunales españoles para decidir libremente que medio de acreditación del Derecho extranjero

⁵⁴ CALVO CARAVACA, A y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, Editorial COMARES, Vol. I, Decimosexta Edición, Granada 2016, p.548

⁵⁵ Ya sean o no admitidos por la LEC, pues es posible la remisión por analogía (Artículo 299.3 LEC). El interrogatorio de un experto en Derecho extranjero es un medio adecuado para acreditar

aportará una mayor fiabilidad al proceso. Así ocurrió en el caso del matrimonio consuetudinario formado por Mateo y Olga, celebrado de acuerdo a las leyes de Ghana.⁵⁶

El supuesto plantea la cuestión que se suscita derivada de la muerte de Mateo el día 26 de julio del año 2004 como consecuencia de un paro cardíaco. Mateo en el momento de su fallecimiento se encontraba trabajando para la empresa de trabajo temporal EUROFIRMS 2000, quien tenía suscrito desde el año 2004 un contrato de riesgos laborales con la Mutual Cyclops. Tras su fallecimiento, el 29 de octubre del 2004, su viuda Olga solicitó al Instituto Nacional de la Seguridad Social la pensión de viudedad y orfandad tanto a su favor como a favor de sus dos hijos, Bernardo y Adjoa.

La primera cuestión que suscitó el reconocimiento de concesión de la pensión, fue que el matrimonio no fue inscrito en el registro civil español hasta 16 años después de su celebración. Con este dato la Embajada española manifestó que para dar validez a un matrimonio consuetudinario es obligatorio que se inscriba en un plazo de tres meses desde su celebración, y al llegar dicha información al Instituto Nacional de la Seguridad Social se suspendió el cobro de la pensión. En ningún momento se puso en duda el matrimonio de Olga y Mateo, sino que la discusión giraba en torno a si ese matrimonio celebrado en virtud de las Leyes de Ghana surtía efectos legales en España, ya que no fue inscrito en el plazo temporal legalmente establecido, sino 16 años después.

La parte actora, Olga, presentó como medio de prueba que, en virtud de la Ley de Matrimonios Tradicionales y el Divorcio de Ghana, su matrimonio celebrado de acuerdo con el Derecho consuetudinario y las costumbres del pueblo Fanti, con fecha de 18 de agosto de 1987 e inscrito el día 31 de diciembre del 2004, es completamente válido según las Leyes de Ghana, por lo que los Juzgados están obligados en virtud de las Leyes de Ghana a dotar de reconocimiento jurídico al matrimonio formado por Mateo y Olga, y es asó, porque sus regulaciones no establecen un período de tiempo máximo para que el matrimonio celebrado se inscriba.

La segunda cuestión que afectaba a la concesión de la pensión giraba en torno a tres problemas: El primero, la fecha en la que la Sra. Olga solicita la pensión de viudedad y orfandad a favor de sus dos hijos y ella misma, uno de ellos ya había fallecido. La segunda, el matrimonio no producía efectos civiles en España porque no había sido inscrito en los tres meses siguientes a la celebración del matrimonio, sino que se inscribió tras el fallecimiento de su esposo, habiendo transcurrido

⁵⁶ STSJ 7129/2009 (Sala de lo Social) de 13 mayo 2009. Ponente Amador García Ros, CENDOJ n° 08019340012009104598

dieciséis años desde la celebración del matrimonio. Y, por último, se sospechaba acerca de la edad real del hijo, Bernardo.

Asimismo, la parte actora propuso que se suprimiera la causa de la muerte de su marido por enfermedad común e introducir varias adiciones fácticas haciendo referencia a varios documentos, pero sin llegar a especificar cuál ha sido la equivocación del Juzgador, pretendiendo una nueva valoración de la prueba y considerar que las aportaciones relativas a la veracidad de su matrimonio sean consideradas como medios probados en el juicio. Pretendía sustituir la valoración del Juzgado por la suya propia, pero no cabe duda de que su petición fue desestimada de acuerdo a que no es requisito necesario la mera presentación de los documentos que prueben la equivocación del juzgador, sino que se debe señalar en cada uno de los documentos presentados, la evidencia del error cometido por el Juzgador.

En consecuencia, a pesar de que la parte actora, alegó una gran cantidad de documentos, ninguno sirvió para reflejar la existencia del error del Juzgador. Nunca se puso en duda la legislación de Ghana, sino que a la vista de las aportaciones contradictorias realizadas por parte de la Embajada de Ghana en España a petición de la Sra. Olga y ante los hechos de que su matrimonio no producía efectos legales según la legislación española, no había declarado el fallecimiento de uno de sus hijos en el momento de solicitar la pensión de orfandad y ante la sospecha acerca de la edad del hijo menor, el Juzgador español decidió que el informe de la Embajada española resultaba para los tribunales españoles más fiable que el informe de la Embajada de Ghana.

Como conclusión, le corresponde a los Jueces y Tribunales españoles la interpretación de las normas de aquellos asuntos que les son presentados, ya sean de derecho español o extranjero, debiendo fijar su vigencia y su contenido sobre todo como ocurre en el ejemplo expuesto, cuando se presentan versiones contradictorias de una misma norma, lo que supone que de la interpretación o la valoración realizada por los Tribunales españoles se establece su validez y sus efectos legales.

Sin embargo y a pesar de que exista una amplia variedad de medios de prueba que pueden ser empleados, la parte no está obligada a hacer uso de todos y cada uno de los medios, siendo suficiente con que la parte haga uso de uno de ellos, generalmente en la práctica se ha demostrado que el más útil y eficaz son los documentos públicos.

Por tanto, la parte no está obligada a hacer uso de un determinado medio de prueba como si su utilización fuera una imposición que debe cumplir, ni tampoco tiene la obligación de tener que utilizar todos los medios que se permiten para alegar el Derecho extranjero, ya que mediante el

uso de un solo medio de prueba como podría ser un documento público o un dictamen pericial es más que suficiente para la prueba de la norma extranjera.

Retomando la idea que nos presenta un sistema de libre elección respecto de los medios de prueba que pueden ser empleados en la acreditación del Derecho extranjero, hay medios que son más certeros y apropiados que otros como es el caso de los documentos públicos u oficiales⁵⁷, el dictamen o prueba pericial, documentos privados e incluso el uso de fotocopias, traducciones privadas de la legislación extranjera o la posibilidad de aportar información que obtengan de websites.⁵⁸

4.5.2 *Prueba del Derecho extranjero por el Tribunal*

No solamente las partes están facultadas para acreditar el Derecho extranjero, sino que se permite que los Tribunales hagan uso de los medios que consideren necesarios para la correcta aplicación de las leyes extranjeras. Para llevar a cabo esta prueba se permite que puedan valerse de todos los medios reconocidos por la LEC, el propio conocimiento que el Tribunal tenga sobre el Derecho extranjero objeto del conflicto, y como última medida, podrán hacer uso de ciertos instrumentos legales como la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, los convenios bilaterales y multilaterales que hayan sido suscritos por España y los mecanismos previstos en los artículos 34-36 de la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil. Todas estas cuestiones serán abordadas de una forma más profunda en apartados posteriores.

4.6 **La cuestión relativa al valor de la prueba del Derecho extranjero**

Como consecuencia de la libertad que tienen las partes a la hora de proponer los medios de prueba del Derecho extranjero que alegan, pero como ya se ha explicado en el apartado anterior, siempre debiendo respetar las Leyes procesales españolas, nos encontramos con una situación que en la

⁵⁷ Los documentos públicos son lo más empleados en la práctica. Son expedidos por funcionarios diplomáticos o consulares o por la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia español.

CALVO CARAVACA, A y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, Editorial COMARES, Vol. I, Decimosexta Edición, Granada 2016, p.550-552.

⁵⁸ CALVO CARAVACA, A y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. Cit.*, pp.550-552.

práctica ha ocasionado ciertas inseguridades al no saber con qué grado de certeza el Juez da por probado un Derecho extranjero.

J. Picó I Junoy explica que la utilización de un mismo medio de prueba puede tener una eficacia distinta en un proceso y en otro, lo que me lleva a pensar que el Juez no sabe determinar con una absoluta certeza el mínimo relativo a los medios de prueba que deben ser alegados para acreditar el contenido y la vigencia del Derecho extranjero.

Pero que el Juez no sepa con exactitud determinar el valor probatorio de los medios de prueba sea tal vez consecuencia de que el artículo 281.2 LEC no contiene información alguna acerca de cuáles son esas reglas a las que debe adaptarse el Juez para determinar el valor probatorio. Por tanto, la jurisprudencia remitió la aplicación por analogía a las reglas de la sana crítica. Y es que, según estas reglas de la sana crítica se establece que los órganos jurisdiccionales españoles tendrán la capacidad de determinar el valor probatorio de los medios de prueba empleados para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero.

Con esto quiero decir, que en verdad los jueces españoles evaluarán los medios de prueba según su propia valoración, pero no existe un libre albedrío, no pueden tomarse esta función como algo sin importancia, sino que el examen que realicen acerca de la prueba deberá estar fundamentada y motivada, explicando el cómo y el porqué de su valoración.

Para poder comprender el problema que ocasiona esta cuestión en la práctica, expongo varios casos dónde se puede apreciar el dilema de la actuación de los Jueces en torno al valor que dan al mismo medio de prueba, pero empleado en dos procesos distintos. Así en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, 23 de mayo del año 2000, la parte demandante aportó un dictamen para probar el Derecho de Austria, pero el Tribunal español no consideró suficiente el medio de prueba propuesto considerando como no probada la norma austriaca y aplicando por remisión la norma jurídica española. En cambio, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio del año 2006 cita, ambas partes del proceso, tanto la parte demandante como la parte demandada, probaron a través de un dictamen elaborado por diversos juristas el Derecho alemán que invocaban. En este caso, el Tribunal Supremo sí considero que el medio de prueba presentado se acreditaba correctamente el Derecho alemán.

Para finalizar con esta cuestión que genera tantas dudas en la práctica, llego a la conclusión que no solo hay que tener en cuenta la valoración de los Jueces, sino que otro elemento importante sería la naturaleza del propio proceso ante el que nos encontremos.

Quiero con ello decir que la actitud del Juez podría ser diversa respecto del mismo medio de prueba presentado ante dos procesos de distinta naturaleza. El Juzgador puede adoptar varias posturas, siendo el medio admitido en algunos procesos y rechazado en otros, porque considero que la actitud que adopta el Juez dependerá de las exigencias del propio proceso, lo que justifica que, aunque se presente el mismo medio de prueba en dos procesos distintos, si esos procesos son de naturaleza diversa, puede que en uno ese medio de prueba sea suficiente para acreditar el Derecho extranjero y en el otro proceso resulte insuficiente para su acreditación.

5. LA FALTA DE PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO: SOLUCIONES JURISPRUDENCIALES

5.1 Causas de falta de prueba del derecho extranjero

¿Qué ocurre cuando el litigio debe ser resuelto conforme al Derecho extranjero y las partes invoquen el Derecho nacional? o ¿Qué soluciones se aportan en los casos en los que las partes no hayan podido acreditar correctamente el Derecho extranjero aplicable? También podría darse el supuesto de que, en una situación privada internacional sujeta al Derecho extranjero, la parte demandante presenta su demanda fundada en Derecho español, pero la parte demandada niega la aplicación del Derecho extranjero, afirmando que para el supuesto se debe aplicar el Derecho extranjero, pero sin llegar a probarlo. O directamente se diera el caso de que las partes no han propuesto ningún medio de prueba para acreditar dicho Derecho.

Es el caso por ejemplo de la petición de adopción de un marroquí mayor de edad por dos sujetos también de nacionalidad marroquí y que debería regirse por el Derecho marroquí. El Juzgador tuvo que rechazar la solicitud de adopción porque los solicitantes no probaron el Derecho extranjero (la Ley marroquí) por el cual debía regirse el proceso de adopción. El auto de la Audiencia provincial de Cádiz desestimó la solicitud de adopción alegando que las partes no habían probado el Derecho extranjero aplicable y el juzgador no podía aplicar el Derecho sustantivo español.⁵⁹

⁵⁹ CALVO CARAVACA, L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional privado*, Editorial COMARES, Vol. I, Decimosexta edición, Granada 2016, p. 575.

Esta última cuestión es la que se suele relacionar con la falta de prueba, pero no es la única. La ausencia de prueba no se produce realmente porque las partes no quieran acreditar el Derecho extranjero, salvo que se aprecie una mala fe por su parte, sino que la principal causa que suscita este problema en el ámbito del Derecho internacional, es la escasez de recursos económicos suficientes con que cuentan las partes para alegar y probar el Derecho extranjero.

A lo largo de este trabajo he podido darme cuenta que la prueba del Derecho extranjero realmente es un trabajo muy laborioso que incluye cubrir los honorarios de los expertos encargados de acreditar el Derecho extranjero, conseguir las pruebas, la correspondiente traducción de los textos legales, pagar los honorarios de los traductores profesionales... Esto requiere una inversión económica que no todo el mundo tiene la capacidad de permitirse porque puede que sus recursos sean limitados. Y no solo depende de los recursos económicos de las partes que pretenden invocar el Derecho extranjero correspondiente, sino que hay circunstancias ajenas a su voluntad que les impide practicar la prueba del Derecho extranjero. Esta es la situación en la que se encuentran varios países que sufren las consecuencias de los conflictos bélicos en los que se encuentren involucrados.

Entonces, viendo que es posible que concurren circunstancias que dificulten esta tarea, ¿Qué ocurre cuando las partes no han podido por sí mismas acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero? ¿Qué solución se adopta ante esta situación? La respuesta la encontramos en el artículo 33.3 de la Ley de Cooperación Judicial Internacional en materia civil, ya que en esta cuestión el artículo 281.2 LEC guarda silencio⁶⁰.

Ha sido el artículo 33.3 LCJIMC quien se ha ocupado de esta cuestión, indicando que, si nos encontramos ante una situación en la que resulte imposible para las partes acreditar el contenido y vigencia de una norma extranjera, los Tribunales podrán aplicar el Derecho español. Pero esta imposibilidad de prueba debe ser declarada por el Juez, pues no bastan meras afirmaciones de las partes lo que conlleva que deben acreditar esa imposibilidad de prueba, y de esta manera el Juez deberá decidir si según su propio criterio es posible o no la prueba del Derecho extranjero. Solamente si el Juez concluye que es imposible probar una norma extranjera se procederá a la aplicación del artículo 33.3 LCJIMC, y si se diera el caso contrario, y el juez está convencido de que, si se puede probar, entonces no sería posible aplicar el Derecho español debido a que la regulación contemplada en este precepto es de carácter excepcional.

⁶⁰ CALVO CARAVACA, L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., op. Cit., pp. 577-581.

Como conclusión, se debe destacar el carácter excepcional de esta norma, pues como se ha explicado anteriormente, la tarea de probar el contenido y vigencia de una Ley extranjera es una cuestión muy costosa para las partes que además puede verse afectada por circunstancias ajenas a los litigantes lo que imposibilita su prueba. Es por esta razón, que el artículo 33.3 LCJIMC recoge esta solución con carácter excepcional, pues permite que los Tribunales apliquen el Derecho material español por falta de alegación y prueba del Derecho extranjero, evitando con ello la denegación a la justicia y la vulneración del Derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el Art. 24 CE.⁶¹

5.2 Soluciones ante la falta de prueba del Derecho extranjero

A pesar de todo lo expuesto a lo largo del trabajo: La teoría general de alegación y prueba del Derecho extranjero por las partes, la imperatividad de las normas de conflicto (Artículo 12.6 CC), la aplicación por el juez del Derecho extranjero determinado por la norma de conflicto.... No se ha conseguido dar una solución definitiva a la cuestión de ¿Qué ocurre cuando no se prueba el Derecho extranjero, o su prueba fuera insuficiente? ¿Qué actitud debe adoptar a este respecto el juez? ⁶² Pues bien, ante los problemas que plantea la falta de prueba del Derecho extranjero y tras la reforma del año 2015, se han forjado tres grandes tesis: Aplicación subsidiaria del Derecho español, aplicación de oficio por los Tribunales del Derecho extranjero, desestimación de la demanda. ⁶³

⁶¹ Con la aprobación de la LCJIMC y la introducción del Artículo 33.3, no ha faltado tiempo al Tribunal Supremo para pronunciarse acerca de la postura que recoge este precepto. En su STS 338/2008, de 30 de abril de 2008 queda reflejada su apoyo al aplicar el Derecho patrio ante la falta de acreditación del contenido y alcance del Derecho extranjero. En este caso se trataba de la falta de prueba del Derecho norteamericano, al no llegar a probar las partes la figura jurídica “*trust*”, la cual no es reconocida por nuestro ordenamiento jurídico español.

⁶² CALVO BABÍO, F, *Aplicación judicial del Derecho Extranjero en materia de familia*, Segunda Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2019, p. 105.

⁶³ De acuerdo a la jurisprudencia más reciente del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo estas teorías muestran un gran peso como consecuencia del acercamiento a la materia que han mostrado nuestros órganos jurisdiccionales. CALVO CARAVACA, A y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “*El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo ante la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero* (STS de 4 de noviembre del 2004)”. Madrid, número 6238

Entrando en el estudio de cada una de estas tesis vamos a encontrar ciertos aspectos positivos y en algunos casos negativos que nos ayudarán a tener una idea general sobre la aplicación de cada una de estas teorías.

- 1- La primera de estas tesis relativa a la aplicación de oficio del Derecho extranjero por los Tribunales españoles ya presenta ciertas fisuras en concreto relacionado con la idea de que, a falta de la realización de la prueba por las partes, deberá ser el Tribunal quien practique de oficio la prueba y esto no puede ser lícito porque los Tribunales no están obligados a hacer el trabajo de las partes. Considero y valoro que esta primera tesis es equivocada ⁶⁴ y poca práctica por varias razones:

En primer lugar, no considero que los Jueces y Tribunales deban asumir el coste económico, de tiempo y de recursos que conlleva la prueba de Derecho extranjero, pues en mi opinión se deben limitar a la aplicación de un Derecho que ya ha sido probado y acreditado, y no malgastar el tiempo en conseguir su acreditación.

En segundo lugar, y como anteriormente se ha expuesto, todo medio de prueba que sirva para acreditar el Derecho extranjero deberá respetar las normas procesales españolas, y las mismas establecen que la prueba de este Derecho deberá ser realizada por las partes, por lo que si la acreditación del Derecho extranjero es llevada a cabo por los Tribunales se estaría vulnerando el régimen de prueba establecido en la Ley procesal española. Supongo que por estas razones la aplicación de esta primera tesis no sería muy acertada contando con todos los inconvenientes que nos presenta: La falta de conocimiento del Derecho extranjero por los Jueces y Tribunales, el coste económico que ello supone, el tiempo empleado en conseguir su acreditación y, sobre todo, la vulneración de las normas procesales españolas.

Pero la aplicación de esta tesis no ha sido descartada en la práctica como así lo ha recogido la SAP de Valencia de 15 de febrero de 2018⁶⁵. En la misma, una vez decretado por la norma de conflicto que la Ley que debe regir el supuesto en concreto es la normativa inglesa, pero como ocurrió que ninguna de las partes llegó a probarla, el Juez se encargó de aplicar de oficio el Derecho extranjero

⁶⁴ Ciertamente es que además se han dictado pocas sentencias que puedan reflejar que, ante la inactividad de las partes, sea necesario que el Juez aplique de oficio el Derecho extranjero.

⁶⁵ SAP 116/2018 de Valencia, de 15 de febrero de 2018. Sección Décima. Id Cendoj: 46250370102018100018

2- La segunda tesis relativa a la aplicación subsidiaria del Derecho material español, la *Lex fori*, ha resultado ser de mayor aceptación y más acertada que la primera de estas tesis como así aparece en la SAP de Soria de 26 de octubre de 2017, SAP de Tenerife de 19 de enero de 2018⁶⁶, SAP de Valencia de 20 de febrero de 2018, SAP de Melilla de 10 de mayo de 2018, SAP La Coruña de 29 de junio de 2018⁶⁷, AAP de Barcelona de 25 de septiembre de 2018⁶⁸ y como también han defendido varios autores como E. Bartin y H. Batiffol⁶⁹.

Su éxito se debe a la razón de que la competencia general que presenta la *Lex fori* la permite regular todo supuesto de Derecho privado cuando las partes argumenten exclusivamente sobre la base del Derecho español, pero sin llegar a alegar ni probar el Derecho extranjero. Esta teoría es la más seguida entre los órganos jurisdiccionales españoles y no es extraño porque permite ofrecer una solución sobre el fondo del asunto con una mayor agilidad. Cuando se dice que es la tesis que más repercusión ha tenido en nuestro país es porque además de presentar ventajas a la hora de ofrecer una solución al litigio, ha conseguido el apoyo por parte del Tribunal Supremo como ha reflejado en diversas sentencias, así como por parte de la doctrina y múltiples defensores como M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez.⁷⁰

En algunas sentencias del Tribunal Supremo podemos apreciar la aplicación de esta segunda postura, como por ejemplo en la STS del 4 de julio de 2006. En este caso se plantea una cuestión de reclamación de cierta cuantía dineraria por parte de una empresa española a una empresa alemana en virtud de un contrato que se regulaba por el ordenamiento jurídico alemán. Ante la falta de prueba del Derecho extranjero (el derecho alemán) se procede a aplicar el Derecho material español para ofrecer una solución al conflicto.

Sin embargo y a pesar de las ventajas que ofrece la aplicación de esta segunda tesis, no queda libre de errores pues el hecho de aplicar la norma española para regular un supuesto que solo podría resolverse aplicando el Derecho extranjero conlleva la vulneración del Artículo 12.6 del Código

⁶⁶ SAP 25/2018 de Tenerife, de 19 de enero de 2018. Id Cendoj: 38038370012018100055

⁶⁷ SAP 127/2018 La Coruña, de 29 de junio de 2018, Id Cendoj: 15078370062018100206

⁶⁸ En todas estas sentencias se hace referencia a los artículos 12.6 CC y 281.2 LEC, que indican que ante la falta de prueba de la norma extranjera o su prueba fuera insuficiente, se deberá aplicar la regulación española.

⁶⁹ CALVO CARAVACA, L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J, *op.cit.*, p. 569.

⁷⁰ CALVO BABÍO FLORA, “*Soluciones jurisprudenciales anteriores a la reforma del año 2015 y Situación actual tras las reformas llevadas a cabo en el año 2015*”, Segunda Edición, 2019, Editorial Tirant lo Blanch, p. 91.

Civil.⁷¹ No se puede olvidar que el Derecho extranjero no es una regla especial que se subroga dentro del marco de la regla general, sino que es una norma que va a regir y solventar un litigio. Del mismo modo, no se puede considerar al Derecho Privado interno español como un ordenamiento comodín que pueda aplicarse a cualquier supuesto de Derecho privado, interno o internacional porque en verdad, las normas españolas han sido creadas para solventar los conflictos internos. Por tanto, es completamente falsa la idea fundada de considerar que la única manera de ofrecer una solución al litigio que debía ser resuelto por el Derecho extranjero sea aplicando el Derecho interno español.

Finalmente, y a pesar de que se trata de una tesis que cuenta con una gran aceptación entre la doctrina y la jurisprudencia española, no se deben olvidar los problemas que suscita su aplicación pues el legislador siempre ha querido remarcar la inseguridad jurídica que genera su aplicación y evitar que las partes favorezcan con sus actuaciones a la aplicación del Derecho español, incluso se ha dado el caso de que sean las propias partes interesadas las que inciten al Tribunal a aplicar el Derecho interno español ante las dificultades que las partes tienen para acreditar el Derecho extranjero aplicable al fondo del asunto.

Llegan a sugerir a los órganos jurisdiccionales la aplicación del Derecho interno español porque saben que los Tribunales se inclinan más por la aplicación de oficio del Derecho nacional en vez de aplicar el Derecho extranjero que es el que en virtud de la norma de conflicto debe ser aplicado. Por lo que a mí respecta, aunque la aplicación de esta segunda tesis pueda resultar bastante cómoda para los órganos jurisdiccionales españoles, critico esta postura pues en verdad no respeta la imperatividad de la norma de conflicto que nos presenta el Artículo 12.6 del Código Civil y que tan fuertemente es defendida ya que no proceden a aplicar el Derecho extranjero cuando este es necesario para resolver el litigio ocasionado limitándose simplemente a la aplicación del ordenamiento jurídico español.

- 3- La última de estas tesis es la referida a la desestimación de la demanda, encaminada para todos aquellos supuestos en los cuales cuando las partes no invoquen ni prueben el Derecho extranjero aplicable al fondo del asunto, el Juez procederá a desestimar su

⁷¹ Este error conlleva el rechazo de la tesis porque se está vulnerando el carácter imperativo de las normas de conflicto recogido en el Artículo 12.6 del Código Civil que establece que el Derecho extranjero es el Derecho aplicable a la controversia y el único que puede ofrecer una solución al litigio, rechazando la aplicación de la norma española. Si se llega a resolver el litigio mediante la aplicación de la norma jurídica española se declara la nulidad de la sentencia.

pretensión. Partiendo de esta síntesis, si teniendo en cuenta que esta tercera postura opta por desestimar la demanda ante la falta de prueba y rechazar la posibilidad de las partes de acceder a la justicia, entonces yo me pregunto ¿No se estaría vulnerando el Derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24 de nuestra Constitución? Y, por tanto, ¿No se debería suprimir esta posibilidad?

Pues bien, esta última tesis era una de las soluciones que A.L. Calvo-Caravaca ofrecía y defendía antes de la reforma del año 2015 y que era una postura de práctica común en el ámbito social y familiar por la jurisprudencia menor⁷², y que también quedó reflejada en pocas resoluciones dictadas por la Sala de los Social del TS.⁷³

La siguiente sentencia sirve como ejemplo que deja constancia de la práctica de esta tesis: La SAP de Las Palmas 416/2008 de 13 de junio de 2008⁷⁴. La misma versaba sobre la presentación de una demanda de divorcio entre dos ecuatorianos, y en tenor de la aplicación del artículo 107 CC se establecía que el litigio debía resolverse conforme a la Ley nacional común a ambos litigantes, es decir la Ley ecuatoriana. Como no se llegó a probar el Derecho ecuatoriano, el Juzgado de Primera instancia desestimó la demanda por falta de prueba.

Ante esta situación, A.L. Calvo- Caravaca, que en su día fue defensor de esta tercera postura, afirma que incluso tras la reforma del 2015, el nuevo sistema no ha sufrido ningún cambio en lo que a legislación y jurisprudencia se refiere, y prefieren seguir el camino que ofrece la postura mayoritaria: Aplicación subsidiaria del Derecho español. Realmente lo que este autor junto a otros como Aurelio Desdentando Bonete quieren reiterar es que incluso tras la reforma del 2015 no se haya logrado establecer un sistema que resuelva esta cuestión relativa a la falta de prueba del Derecho extranjero, ya que no ofrece soluciones concisas a los problemas planteados, como es el caso de cómo debería actuar el Tribunal si se diera el supuesto de que las partes aun pudiendo probar el Derecho extranjero aplicable al fondo del asunto no lo hicieran.

Hecha una valoración de las tres tesis, no llego a inclinarme por la aplicación de ninguna, pues es cierto que presentan ventajas, pero en mi opinión el número de inconvenientes es superior. Desde

⁷² Otras sentencias que podemos encontrar son: SAP de Bilbao de 31 de julio de 1991, SAP de Alicante de 4 de octubre de 1995, SAP de Las Palmas de 28 de junio de 2004

⁷³ La STS de 17 de diciembre de 1991, STS de 3 de febrero de 1999, STS de 16 de marzo de 1999.

⁷⁴ SAP 416/2008 Las Palmas de 13 de junio de 2008, Sección Tercera, Ponente: Francisco Javier José Morales Mirat, Id Cendoj: 35016370032008100403

mi perspectiva ninguna es capaz de ofrecer una solución a la falta de prueba que no suponga dar un paso hacia atrás:

- 4- Si se opta por aplicar de oficio el Derecho extranjero, se está incurriendo en que el coste en la acreditación de tal Derecho recaiga sobre las autoridades competentes, quienes deberían limitarse a aplicar lo ya probado.
- 5- Si se opta por aplicar el Derecho español, considero que podría afectar a las partes en el sentido de que la regulación española pueda ser más perjudicial para las mismas que el contenido del Derecho extranjero que pretendían alegar. Deberían adoptarse medidas que fueran similares a las que los litigantes intentaban aportar.
- 6- Y si finalmente se opta por desestimar la demanda, entonces se vulnera el derecho de la tutela judicial efectiva, el cual es una garantía del proceso reconocido en el artículo 24.1 CE.

6. COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL ACERCA DEL DERECHO EXTRANJERO

Las autoridades españolas están sometidas a los límites territoriales del Estado español, de manera que el poder o autoridad de los jueces y tribunales españoles está limitado a las fronteras del territorio español.

No obstante, en el contexto actual en el que vivimos, es más frecuente un mayor número de relaciones entre individuos de distinta nacionalidad. Estas relaciones llegan a traspasar las fronteras nacionales teniendo como consecuencia un aumento de conflictos internacionales, lo que hace que sea necesario la cooperación entre los Estados, de modo que en ocasiones los jueces y tribunales españoles tienen la necesidad de llevar a cabo actos procesales en el extranjero, debiendo solicitar auxilio judicial internacional a autoridades extranjeras. Por dichos motivos, la cooperación judicial internacional entre los Estados se convierte en una exigencia del Estado de derecho para la protección de los derechos e intereses individuales. En este sentido podemos decir que es la colaboración o asistencia judicial mutua que se prestan los Tribunales de diferentes Estados con el fin de realizar determinados actos o diligencias en el desarrollo de un proceso.

Sobre todo, este apartado se centrará en el estudio de la Ley 29/2015 de 30 de julio de Cooperación jurídica internacional en materia civil, pero también existen otras formas de solicitar el auxilio: A

través de Convenios tanto bilaterales como multilaterales que España tenga suscritos con otros Estados. La Ley de Cooperación jurídica internacional se puede estudiar en un sentido bastante amplio pues no se referiría exclusivamente a la cooperación entre autoridades judiciales pertenecientes a distintos Estados, sino que se ampliaría a cuestiones como es el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras.

Con la entrada en vigor de nuevos Convenios y Reglamentos, las situaciones privadas internacionales han cambiado pues se han visto afectadas en virtud del contenido que recojan estos nuevos Tratados ya que estos convenios son de aplicación preferente respecto del Derecho interno de cualquier país y esto supone que no se podría aplicar la normativa interna nacional cuando sea aplicable un precepto internacional.

El Estado que solicita la cooperación es denominado Estado de origen o Estado requirente, mientras que el Estado al que se le solicita dicha cooperación es denominado como Estado receptor o Estado requerido. Si son los jueces españoles quienes reclaman cooperación a otro Estado extranjero como por ejemplo podría ser Rumanía, España será el Estado de origen requirente, mientras que Rumanía es el Estado requerido. No obstante, también se han articulado otra clase de mecanismos que facilitan el auxilio entre las diversas autoridades judiciales y que ya han sido mencionadas en párrafos anteriores: Los Convenios de carácter multilateral y bilateral, destacando dentro de la rama de los Convenios multilaterales el Convenio de Londres de 1968 y el Convenio de Montevideo de 1979, que serán expuestos a continuación.

6.1 Convenios Internacionales

Para poder hacer un análisis sobre esta cuestión hay que remontarse a aquellos tiempos en los que España vivió un complicado momento histórico como consecuencia de un período de confusión política y dependencia económica del extranjero que justifican su atraso en ciertas materias, destacando entre ellas el ámbito del Derecho internacional privado. Durante un tiempo, los Tribunales españoles eran reacios a aplicar cualquier elemento extranjero ya fuera porque no tenían conocimiento de su existencia y contenido y muchos menos de que estuviera en vigor en España, o incluso porque no disponían de la práctica suficiente en tal materia. Fuera cual fuera la cuestión, esta postura quedó constante en diversas sentencias como la STS de 5 de enero de 1965 que consideraba a las normas internacionales como simples opiniones formuladas por eruditos del

Derecho internacional, o con un carácter similar, se encuentra la STS de 14 de noviembre de 1974 que llegó a afirmar que un Tratado internacional no podría ser considerado como una de las fuentes del ordenamiento jurídico español. Pero poco a poco y consecuencia del paso del tiempo y de la globalización e internacionalización, las normas de carácter internacional recogidas en los Convenios internacionales han ido ganando peso y actualmente se encuentran muy presentes gracias a la eficacia que aportan dichas normas a la hora de defender y promover los derechos de los individuos en el mundo del siglo XXI.

6.1.1 Régimen multilateral

Los Convenios Internacionales en el sistema español desempeñan un papel muy importante, pues no solamente actúan como un instrumento que busca lograr un Derecho uniforme, sino que existen ciertos Convenios como por ejemplo es el Convenio de Londres de 1968 sobre información acerca del Derecho extranjero que será examinado en líneas posteriores, que permiten a través de la emisión de un informe pericial facilitar una vía para probar la vigencia y contenido del Derecho extranjero⁷⁵. Es preciso mencionar que estos Convenios son instrumentos que solo pueden ser invocados por los jueces, tribunales o autoridades competentes que estén conociendo del asunto en el sentido del cual se deba probar un Derecho extranjero⁷⁶. La integración de los Convenios internacionales en el ordenamiento jurídico español se regula por medio de dos preceptos: El artículo 96.1 de la CE y el artículo 1.5 del CC, el cual dispone que las normas jurídicas contenidas en los Tratados Internacionales no serán aplicables en España hasta que no hayan pasado a formar parte del ordenamiento jurídico interno a través de su completa e íntegra publicación en el Boletín Oficial del Estado. Por tanto, para que la norma contenida en un Tratado

⁷⁵ Aparte de la existencia de Convenios específicos sobre la prueba del Derecho extranjero, es esencial hacer mención a dos instrumentos internacionales que facilitan la práctica de la prueba del Derecho extranjero: El Reglamento 1206/2001 del Consejo Europeo de 28 de mayo de 2001 sobre cooperación entre los órganos judiciales de los Estados miembros en el ámbito de obtención de prueba en materia civil o mercantil y el Convenio sobre obtención de pruebas en el extranjero en materia civil y mercantil de 18 de marzo de 1970.

⁷⁶ CALVO BABÍO FLORA, *“Aplicación judicial del Derecho Extranjero en materia de familia”*, Segunda Edición, 2019, Editorial Tirant lo Blanch, p. 91.

Internacional pase a formar parte del Derecho Internacional Privado español es necesario su completa publicación en el BOE.

- ***El Convenio Europeo acerca de la información sobre el Derecho extranjero: Convenio de Londres de 7 de junio de 1968.***

Gracias a los mecanismos de cooperación internacional se ha dado un salto y que decir que es más eficaz en materia de auxilio judicial internacional, pues hasta ahora el protagonismo de la prueba del Derecho extranjero se limitaba entre las partes litigantes y el Juez. Para poder paliar los obstáculos que se nos presentaba a la hora de conocer el Derecho extranjero, el Comité de Cooperación jurídica internacional elaboró con esta finalidad un Convenio europeo, que a día de hoy sigue vigente, acerca de la información sobre el Derecho extranjero, o también conocido como el Convenio de Londres de 1968⁷⁷, que entró en vigor en España el 11 de junio de 1986⁷⁸.

Este Convenio implanta un sistema de auxilio judicial y de colaboración internacional en materia de información del Derecho extranjero tanto en materia civil como mercantil y que posteriormente se amplió hasta abordar también la materia penal. El mecanismo empleado consiste en designar en cada Estado un único órgano de recepción encargado de recibir las peticiones formuladas por el Estado requirente y que solicitan conocer el ordenamiento jurídico del Estado requerido. En España este órgano es la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional perteneciente al Ministerio de Justicia. Y una vez obtenida una respuesta por parte de sus autoridades nacionales, este órgano procede a comunicarla al órgano de recepción del Estado requirente.

A. Pérez Voituriez ha demostrado gracias a su estudio sobre la materia que la aplicación de este Convenio es bastante escasa por parte del Estado Español a la hora de solicitar información acerca de ordenamientos jurídicos extranjeros. Ahora, desde la otra perspectiva, no se puede decir lo

⁷⁷ BOE núm. 240 de 7 de octubre de 1974.

⁷⁸ Los Estados parte del Convenio de Londres de 1968 son: Albania, Austria, Bélgica, Bielorrusia, Bulgaria, Bosnia-Herzegovina, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, España, Estonia, Macedonia del Norte, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Letonia, Lituania, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Marruecos, México, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Serbia, Suecia, Suiza, Turquía y Ucrania.

mismo ya que han sido numerosas las solicitudes enviadas por otros órganos extranjeros que requieran información acerca de la Ley española.⁷⁹

El único inconveniente que plantea este Convenio y que anteriormente ha sido mencionado, es que solamente las autoridades judiciales pueden solicitar la prueba del Derecho extranjero a través de la utilización de este instrumento, siendo su empleo bastante escaso como se destacó en el párrafo anterior. Sin embargo, decir que este Convenio se ha visto reforzado y completado por el Protocolo adicional de Estrasburgo de 1978⁸⁰ el cual tiene como principal objetivo ampliar el sistema de cooperación y asistencia jurídica internacional que ya regula el Convenio de Londres de 1968.

- ***La Convención Interamericana sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero hecha en Montevideo a 8 de mayo de 1979***

El Convenio de Montevideo de 1979⁸¹ del que España también forma parte junto con otros países como Argentina, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, es otro de los instrumentos multilaterales que existen para facilitar la prueba del Derecho extranjero, estableciendo para ello, como así recoge el artículo 1 del mismo Convenio, un sistema de cooperación internacional entre autoridades centrales que permita a los diversos Estados conseguir información sobre el Derecho de los demás.

Como recoge el artículo 2 del Convenio, el alcance de la información abarca el texto, vigencia, sentido y alcance de las normas solicitadas. Sin embargo, exista una leve distinción respecto del Convenio de Londres de 1968, relativa a que es cierto que el cauce que se establece es el mismo: Un sistema de cooperación entre autoridades centrales, pero que cuenta con la diferencia de que

⁷⁹ Protocolo de Estrasburgo adicional al Convenio Europeo de información sobre el Derecho extranjero de 15 de marzo de 1978. BOE núm. 150, de 24 de junio de 1982.

⁸⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, JC, “Artículo 12, apartado 6 del Código Civil: Aplicación judicial y extrajudicial del Derecho extranjero”, Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, Vol. II, Madrid, Edersa 1995, p. 973-1082.

⁸¹ BOE núm. 11, de 3 de enero de 1988.

las solicitudes podrán provenir de cualquier clase de autoridad, no solamente de las autoridades judiciales⁸².

La solicitud de cooperación internacional deberá contener ciertos datos relevantes sin los cuales igual dicha petición es admitida, de estos datos cabe mencionar: Aportación de los datos identificativos de la autoridad que formula esa solicitud, cual es la causa por la que se formula esa solicitud, enumeración de los elementos probatorios que se solicita y explicar con la mayor rigurosidad cada uno de los puntos sobre los que trate la consulta. Una vez que la petición ha sido enviada constanding todos los datos necesarios, el Estado en cuestión queda obligado a ofrecer una respuesta a todos y cada uno de los Estados que hayan solicitado la cooperación internacional.

6.1.2 Régimen bilateral

Junto al régimen multilateral que ya ha sido expuesto, también se puede hablar de la existencia de un gran número de Convenios bilaterales sobre asistencia judicial y reconocimiento de sentencias que España tiene suscritos con otros Estados y que incluso muchos de ellos contienen disposiciones específicas relativas al contenido, legislación, trascendencia, eficacia y peculiaridades del Derecho extranjero. Es así, que los Tribunales españoles, regidos por el principio de colaboración entre autoridades, tienen a su alcance un sistema convencional que les permite conocer el Derecho extranjero al que los remite la norma de conflicto. Ahora conforme al desarrollo de este punto, se hará mención a algunos Convenios bilaterales que España tiene suscritos con otros Estados:

- Convenio de cooperación jurídica en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Madrid el día 30 de mayo de 1997,⁸³ que se ocupa de regular todo lo relativo al Derecho de custodia, visita y devolución de menores.

⁸² CALVO BABÍO FLORA, “*La Convención Interamericana de 1979*” *Aplicación judicial del Derecho Extranjero en materia de familia*, Segunda Edición, 2019, Editorial Tirant lo Blanch, p.93

⁸³ BOE núm. 151, de 25 de junio de 1997.

- Convenio de cooperación jurídica entre el Reino de España y la República Oriental de Uruguay de 4 de noviembre de 1987,⁸⁴ relativo a la asistencia jurídica. Este Convenio relativo al auxilio judicial, regula en su artículo 27 todo lo relativo a la información y documentación sobre los aspectos generales de los respectivos ordenamientos jurídicos de España y Uruguay.

- Convenio de asistencia judicial en materia civil y mercantil entre el Reino de España y el Reino de Tailandia, hecho en Madrid el día 15 de junio de 1998.⁸⁵ Es su artículo 17 el que recoge todo lo relativo a la información sobre el Derecho extranjero que tiene como alcance toda la legislación y jurisprudencia de los Tribunales tanto españoles como tailandeses tanto en materia civil como mercantil.

- Convenio sobre la asistencia jurídica, reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles entre el Reino de España y Checoslovaquia de 4 de mayo de 1987⁸⁶ relativo a dos cuestiones: La asistencia jurídica transfronteriza que se presta entre ambos Estados firmantes y el reconocimiento y ejecución de sentencias.

6.2 Régimen jurídico de la cooperación judicial internacional. La Ley 29/2015 de 30 de julio, sobre cooperación judicial internacional en materia civil

De 193 Estados reconocidos en el mundo, solo 27 forman parte de la Unión Europea y era urgente que en España se implantara un régimen legal para el reconocimiento y ejecución de sentencias procedentes del resto de los 164 países. En este contexto se promulga la Ley 29/2015 de 30 de julio de cooperación jurídica internacional en materia civil (LCJIMC) que dota a España de una regulación moderna sobre la cooperación jurídica internacional en materia civil.⁸⁷ La LCJIMC consiste en facilitar la regulación de la cooperación entre las autoridades españolas y las autoridades de terceros países. La inmensa mayoría de los casos

⁸⁴ BOE núm. 103, de 30 de abril de 1998.

⁸⁵ BOE núm. 109, de 7 de mayo de 1999.

⁸⁶ BOE núm. 290, de 3 de diciembre de 1988.

⁸⁷ Y en ese caso juega un papel importante la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España.

de cooperación jurídica internacional en materia civil entre autoridades españolas y autoridades de otros Estados miembros de la Unión Europea están regulados por Reglamentos Europeos. Siguiendo estas líneas si hay que decir que el deber de cooperación internacional está sustentado en el Derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce nuestro artículo 24.1 CE, en el sentido de que este precepto recoge el deber de todo Estado de asegurar a los particulares la satisfacción efectiva de sus derechos e intereses legítimos en el ámbito internacional. Asimismo, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 94 de la Constitución Española, los Tratados internacionales son directamente aplicables en España y forman parte del ordenamiento jurídico interno, una vez que han sido objeto de publicación oficial. Por tanto, los Convenios vigentes en materia de Cooperación Jurídica Internacional son de aplicación directa sin necesidad de ulterior desarrollo legislativo interno. Esto indica el carácter subsidiario de esta Ley de Cooperación jurídica internacional, pues se aplicará única y exclusivamente cuando el supuesto en cuestión no se encuentre regulado por normativa legal europea o por Convenios o Tratados internacionales bilaterales⁸⁸ o multilaterales que se encuentren en vigor y hayan sido ratificados por España. Dicha Cooperación Judicial en materia civil que inicialmente estaba regida por Convenios Internacionales o normativas europeas fue incluida en el Tratado de Maastricht de 1992 como una cuestión de interés general y posteriormente en el Tratado de Ámsterdam del año 1997, que sitúa la cooperación judicial en materia civil en el ámbito comunitario. La Cooperación Jurídica Internacional está adquiriendo en los últimos años una creciente importancia, en particular en la Unión Europea pues poco a poco y con el desarrollo de la sociedad actual han ido a llegando no solamente a nuestros juzgados españoles, sino a los tribunales jurídicos de todo el mundo, casos en los que están presentes uno o varios elementos internacionales y que deben ser resueltos.

⁸⁸ BOE núm. 151, de 25 de junio de 1997. Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos de 30 de mayo de 1997.

BOE núm. 26, de 31 de enero de 1994. Tratado de asistencia judicial entre el Reino de España y la República Popular China en materia civil y mercantil.

BOE núm. 52, de 1 de marzo de 2003. Convenio entre el Reino de España y la República de Túnez sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales.

BOE núm. 164, de 10 de julio de 1991. Convenio de asistencia judicial en materia civil entre el Reino de España y la República Federativa del Brasil.

En concreto son los artículos 34 a 36 de la LCJIMC los que regulan toda la información sobre el Derecho extranjero y el Derecho español:

- 7- El artículo 34 expone la regulación acerca del texto, vigencia, contenido, sentido, alcance y cualquier otra información relevante sobre el derecho extranjero.
- 8- El artículo 35 aborda las solicitudes que efectúan las autoridades españolas para obtener información acerca de un determinado Derecho extranjero.
- 9- El artículo 36 aborda el caso contrario, las solicitudes efectuadas por autoridades extranjeras para obtener información acerca del Derecho español.

En estas líneas, se aprobó el Reglamento 1/2018 sobre Auxilio judicial internacional y redes de cooperación judicial internacional con el objetivo de desarrollar la regulación expuesta en la ley 29/2015, aportando los mecanismos de organización y gestión imprescindibles para la consecución de la cooperación judicial internacional. Gracias a ello, se han ido creando diversos órganos de cooperación como la Red Judicial Europea, la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional, IberRed o el Eurojust que proporcionan a los Tribunales que están conociendo del asunto la ayuda necesaria para redactar las solicitudes de Cooperación Internacional, saber a quién dirigirlas, tratar diversos apartados como las extradiciones pasivas, órdenes europeas de detención ejecutadas en España, el cumplimiento de condenas impuestas en el extranjero o abordar supuestos de cesión de la jurisdicción.

Pero, aunque el principio general que establece el artículo 4 de la LCJIMC indique que las autoridades españolas deberán cooperar con el resto de autoridades extranjeras en todas aquellas materias objeto de esta ley, es posible que esa reciprocidad juegue un papel residual. Esto viene a significar que la Ley no exige reciprocidad por parte del otro Estado, no se requiere que las autoridades extranjeras colaboren con las autoridades españolas cuando éstas así lo soliciten y viceversa.⁸⁹

Finalmente, considero preciso mencionar el papel primordial que se ha desarrollado gracias a la creación de la Instrucción 6/2010 de la Secretaría General de la Administración de Justicia pues estableció la constitución y regulación de la Red española de Secretarios Judiciales de Cooperación Internacional (RESEJ). Con la creación de esta Secretaría General y el impulso en la creación de

⁸⁹ Como indica el Preámbulo, II LCJIMC se priman los intereses de la ciudadanía incluido el derecho a la tutela judicial efectiva

órganos e instrumentos internacionales orientados a la mejora del sistema de cooperación jurídico internacional se ha progresado a pasos agigantados en este ámbito.

7. CONCLUSIONES

Una vez analizado el tema referente a la “Aplicación del Derecho extranjero por los Tribunales españoles”, las conclusiones que he podido sustraer han sido las siguientes:

1. El sistema español ha optado por el modelo de aplicación del Derecho extranjero a instancia de parte consistente en que sea la parte la que deba fundamentar su pretensión en un ordenamiento jurídico extranjero, así como su posterior prueba. Sin embargo, y en mi opinión, pueda que esta postura no sea la más conveniente y sea preferible optar por el modelo mixto ya que este defiende la colaboración entre las partes litigantes y el Tribunal a la hora de alegar y probar el Derecho extranjero, pues de esta manera existe una repartición en la carga que le corresponde a las partes, y estas no se verían tan apuradas por tener que soportar todo el coste que implica el ejercicio de estas acciones.

En estas líneas, me estoy refiriendo a una cooperación entre el Juez y las partes cuando estas no han conseguido llegar a probar la norma extranjera por causas ajenas a su voluntad. De esta manera, si se llegara a producir esta situación de imposibilidad, nuestro sistema jurídico español permite que el Juez competente desempeñe un rol bastante destacable y complementario permitiéndole intervenir haciendo uso de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación, o bien, otra manera de colaboración que propone nuestro ordenamiento es acceder a que el Juez complete la prueba realizada por las partes.

2. El Derecho extranjero no debe ser considerado como un mero hecho, sino como el Derecho vigente de un determinado Estado de carácter *sui generis*, que deberá ser tratado y aplicado por los jueces nacionales de otro Estado extranjero en las mismas condiciones y garantías en las que lo aplicaría la autoridad judicial del Estado al que esa regulación jurídica pertenezca. Precisamente los jueces españoles aplicarán las normas extranjeras que determine la norma de conflicto para ofrecer una solución al fondo del asunto.

3. No se puede negar la imperatividad de la norma de conflicto que se regula en el artículo 12.6 del Código Civil, por consiguiente, no es factible aplicar al caso concreto un Derecho distinto al designado, como que tampoco es viable que las partes intenten eludir su aplicación.

4. En el sistema español la regulación sobre la alegación y prueba del Derecho extranjero está a cargo de tres preceptos en concreto: El artículo 12.6 del CC donde se remarca el carácter imperativo de la norma de conflicto, el artículo 281.2 de la LEC que recoge la regulación sobre el objeto de prueba del Derecho extranjero y su necesidad de prueba, y en último lugar, y siendo más novedosos porque se introdujeron tras la reforma del año 2015, los artículos 33 a 36 de la Ley de Cooperación jurídica internacional en materia civil de 30 de julio de 2015, que ofrecen una regulación a las situaciones de imposibilidad de aplicar el Derecho extranjero y las actuaciones que pueden realizar las autoridades judiciales para averiguar información sobre el Derecho extranjero en cuestión.

5. Si las partes no consiguen llegar a probar el Derecho extranjero, se han planteado varias tesis distintas, pero en todas ellas encuentro desventajas: Si se adopta la primera, y aplican de oficio el Derecho extranjero, no se estaría respetando el principio de colaboración que presenta el modelo mixto entre las partes y el juez, ya que recaería sobre la autoridad judicial todo el peso que conlleva la acreditación del Derecho extranjero. En segundo lugar, pueden optar por la aplicación del Derecho español ya que supone la vía más fácil y rápida para los Tribunales de ofrecer una solución al litigio suscitados entre las partes, ya que los jueces nacionales tienen el deber de conocer su propio Derecho, pero no un Derecho extranjero.

Pero aparte de la comodidad que pueda conllevar la aplicación del Derecho español, si considero que puede resultar perjudicial para las partes pues no se estaría valorando de una forma más completa la situación de las partes. En ese sentido se procede a aplicar la normativa española porque es más rápido a la hora de ofrecer una solución, pero poco acertada para satisfacer los intereses de las litigantes. Y si finalmente se opta por la desestimación de la demanda como última vía, nos encontramos con una vulneración del Derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE.

6. Gracias a la reforma del año 2015, se creó la Ley de Cooperación Judicial Internacional en materia civil, que dentro de los pocos cambios que se han hecho en la legislación, ha conseguido aportar un sistema para la solicitud de información sobre el contenido y vigencia del Derecho extranjero, fomentando con ello la creación de vías de auxilio judicial entre las diferentes autoridades de cada uno de los Estados. Se ha convertido en una técnica de comunicación judicial directa, fluida y más ágil entre autoridades nacionales y extranjeras que ha ido ganando mucho peso gracias al desarrollo de los medios de comunicación, la globalización y la flexibilización de las fronteras entre los Estados.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ALONSO CUEVILLAS SAYROL, J.: “Las normas jurídicas como objeto de prueba” *Tratamiento del Derecho extranjero y de la costumbre en el proceso civil español*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
2. CALVO BABÍO, F: *Aplicación judicial del Derecho extranjero en materia de familia*, Editorial Tirant lo Blanch, Segunda Edición, Valencia, 2019.
3. CARRILLO POZO, L.F.: “El Tribunal Constitucional ante el Derecho Extranjero” Revista doctrinal Aranzadi Social núm. 7/2003, Editorial ARANZADI S.A.U, 2003
4. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, Editorial COMARES, Vol. I, Decimosexta Edición, Granada, 2016.
5. CALVO CARAVACA, A.L.: “Aplicación del Derecho extranjero en España: Consideraciones críticas”, Revista Española de Derecho Internacional Privado, Vol. 68/2, Madrid, 2016.
6. ESPLUGUES MOTA, C, IGLESIAS BUHIGUES, JL, PALAO MORENO, G. *Derecho Internacional Privado*, Editorial Tirant lo Blanch, Décimo tercera Edición, Valencia 2019.
7. RODRIGUEZ BENOT, e YBARRAS BORES.: “Crónica sobre Derecho Procesal Civil Internacional”, Revista electrónica de estudios internacionales, 2014.

8. RODRÍGUEZ BENOT, CAMPUZANO DÍAZ, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ e YABARRA BORES: *Manual de Derecho Internacional Privado*, Editorial Tecnos, Sexta edición, Madrid, 2019.
9. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Aplicación judicial y extrajudicial del Derecho Extranjero: El Artículo 12.6 CC”. Comentario al Código Civil y compilaciones forales, Vol. II, Editorial Edersa, Madrid, 1995.
10. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P y DE CAVIEDES, H.: “Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil (Tomo I)”, Editorial Aranzadi S.AU, marzo de 2011.
11. LAPIEDRA ALCAMÍ, R. y REIG FABADO, I.: “Comentario al Artículo 12 del Código Civil”, Vol. I, Editorial CIVITAS S.A, enero de 2016.
12. MONTERO AROCA, J.: “La prueba en el proceso civil” Editorial CIVITAS, Madrid, 2002.
13. MORENO SÁNCHEZ, A., “Las normas de conflicto del Reglamento de la Unión Europea 2016/1103 sobre regímenes económicos matrimoniales: normas materialmente orientadas”, *Revista Electrónica de Direito*, Vol. 18, N° 1, 2019.
14. ORTEGA GIMÉNEZ, A.: “Régimen de alegación y prueba del Derecho Extranjero y la Lex Loci Delicti Commissi. Comentario a la SAP de Las Islas Baleares de 13 de diciembre de 2018” 2019.
15. PASCUAL SERRTAS, FERRANDO NICOLAU, MORÁN GARCÍA, GARCÍA GONZÁLEZ, KILLIAM BENEYTO, IGLESIAS BUHIGUES.: *La Cooperación jurídica internacional civil y mercantil española más allá de la Unión Europea*, Editorial Tirant lo Blanch, Primera Edición, Valencia, 2019.

FUENTES NORMATIVAS

Fuentes normativas europeas

1. Reglamento 1/2018 sobre Auxilio judicial internacional y redes de cooperación judicial internacional.

Fuentes normativas internacionales

1. El Convenio Europeo acerca de la información sobre el Derecho extranjero: Convenio de Londres de 7 de junio de 1968. (BOE núm. 240, de 7 de octubre de 1974).
2. La Convención Interamericana sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero hecha en Montevideo a 8 de mayo de 1979. (BOE núm. 11, de 13 de enero de 1988).
3. Protocolo de Estrasburgo de 15 de marzo de 1978 adicional al Convenio Europeo de información sobre el Derecho extranjero. (BOE núm. 150, de 24 de junio de 1982).
4. Convenio de cooperación jurídica en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Madrid el día 30 de mayo de 1997. (BOE núm. 151, de 25 de junio de 1997).
5. Convenio de cooperación jurídica entre el Reino de España y la República Oriental de Uruguay de 4 de noviembre de 1987, (BOE Núm. 103, de 30 de abril de 1998)
6. Convenio de asistencia judicial en materia civil y mercantil entre el Reino de España y el Reino de Tailandia, hecho en Madrid el día 15 de junio de 1998. (BOE núm. 109, de 7 de mayo de 1999).
7. Convenio sobre la asistencia jurídica, reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles entre el Reino de España y Checoslovaquia de 4 de mayo de 1987. (BOE núm. 290, de 3 de diciembre de 1988).
8. Tratado de asistencia judicial entre el Reino de España y la República Popular China en materia civil y mercantil. BOE núm. 26, de 31 de enero de 1994.

Convenio entre el Reino de España y la Republica de Túnez sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales. BOE núm. 52, de 1 de marzo de 2003.

Fuentes normativas nacionales

1. Constitución Española BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.
2. Código Civil. RD de 24 de julio de 1889.
3. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 7 de 8 de enero del 2000.
4. Ley 29/2015 de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo

1. STS (Sala Social) de 5 de junio de 2000, Ponente: Joaquín Samper Juan, Núm. Recurso: 2469/1999. Id Cendoj: 28079140012000100932
2. STS 1132/2000 de 13 de diciembre de 2000, Ponente: Antonio Romero Lorenzo, Núm. Recurso: 3275/1995. Id Cendoj: 28079110012000101278
3. STS 4079/2006 de 4 de julio de 2006, Ponente: Encarnación Rocas Trias, Núm. Recurso: 2421/1999. Id Cendoj: 28079110012006100711
4. STS 1322/2006 de 27 de diciembre de 2006, Ponente: Vicente Luis Montes Penades, Núm. Recurso: 2769/1999. Id Cendoj: 28079110012006101372
5. STS 338/2008, de 30 de abril de 2008, Ponente: Antonio Salas Carceller, Núm. Recurso: 1832/2001. Id Cendoj: 28079110012008100160
6. STS 602/2010 de 8 de octubre de 2010, Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz, Núm. Recurso: 313/2007. Id Cendoj: 28079110012010100585
7. STS 528/2014 de 14 de octubre de 2014, Ponente: Sebastián Sastre Papiol, Núm. Recurso: 2969/2012. Id Cendoj: 28079110012014100702
8. STS 198/2015 de 17 de abril de 2015, Ponente: Jimena Rafael Saraza, Núm. Recurso: 611/2013. Id Cendoj: 28079110012015100235

9. STS 287/2015 de 20 de mayo de 2015, Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno, Núm. Recurso: 724/2013. Id Cendoj: 28079110012015100390
10. ATS (Sala Primer) de 22 de marzo de 2017, Ponente: Antonio Salas Carceller, Núm. Recurso: 1399/2016. Id Cendoj: 28079110012017200724
11. STS 224/2018 de 17 de abril de 2018, Ponente: María de los Ángeles Parra Lucan, Núm. Recurso: 2058/2017. Id Cendoj: 28079119912018100012

Audiencias provinciales

12. SAP (Barcelona) de 28 de febrero de 2002, Sección Primera, Ponente: María Dolors Portella, Núm. Recurso: 685/1999. Id Cendoj: 08019370012002100683
13. SAP (Tarragona) de 25 de abril de 2005, Núm. resolución: 25/2005, Núm. recurso: 450/2004, Ponente: Antonio Carril Pan, , Id Cendoj: 43148370012005100008
14. SAP (Huesca) de 14 de diciembre de 2005, Núm. Resolución: 297/2005, N° de Recurso: 110/2005, Id Cendoj: 22125370012005100530
15. SAP (Las Palmas) de 13 de junio de 2008, Sección Tercera, Núm. Resolución: 25/2018, Ponente: Francisco Javier José Morales, Núm. Recurso: 695/2007. Id Cendoj: 35016370032008100403
16. SAP (Barcelona) de 28 de octubre de 2008, Sección Cuarta, Núm. Resolución: 545/2008, Ponente: Mireia Ríos Enrich, Núm. Recurso: 888/2007. Id Cendoj: 08019370042008100502
17. SAP (Castellón) de 16 de enero de 2009, Sección Primera, Núm. Resolución: 17/2009, Ponente: Aurora de Diego González, Núm. Recurso: 144/2008. Id Cendoj:12040370012009100017
18. SAP (Barcelona) de 11 de febrero de 2009, Sección 12, Núm. Resolución: 85/2009, Ponente: Pascual Martín Villa, Núm. Recurso: 462/2008. Id Cendoj: 08019370122009100081
19. SAP (Barcelona) de 25 de marzo de 2009, Sección 18°, Núm. Resolución: 169/2009, Ponente: María José Pérez Tormo, Núm. Recurso: 226/2008. Id Cendoj: 08019370182009100110

20. SAP (Barcelona) de 26 de febrero de 2016, Sección 18ª, Núm. Resolución: 170/2016, Ponente: Francisco Javier Pereda, Núm. Recurso: 331/2015. Id Cendoj: 08019370182016100161
21. SAP (Tenerife) de 19 de enero de 2018, Núm. Resolución 25/2018, Ponente: Juan Luis Lorenzo Bragado, Núm. Recurso: 419/2017. Id Cendoj: 38038370012018100055
22. SAP (Valencia) de 15 de febrero de 2018, Sección Décima, Núm. Resolución: 116/2018, Ponente: María Antonia Gaitón Redondo, Núm. Recurso: 1078/2017. Id Cendoj: 46250370102018100018
23. SAP (La Coruña) de 29 de junio de 2018, Sección Sexta, Núm. Resolución: 127/2018, Ponente: Leonor Castro Calvo, Núm. Recurso: 103/2018. Id Cendoj: 15078370062018100206
24. SAP (Barcelona), de 26 de septiembre de 2018, Núm. Resolución: 637/2018, Ponente: Francisco Javier Pereda Gámez, Núm. Recurso: 161/2018. Id Cendoj: 08019370182018100583

Tribunales Superiores de Justicia

25. STSJ 7129/2009 (Sala de lo Social) de 13 de mayo de 2009, Ponente Amador García Ros, CENDOJ nº 08019340012009104598
26. STSJ GAL 6604/2002 (Sala de lo Social) de 30 de octubre de 2002, Ponente Antonio José García Amor, Núm. Recurso: 4436/2002, Id Cendoj: 15030340012002103257.

WEBGRAFÍA

1. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Los Tratados internacionales en el sistema español de Derecho Internacional Privado y su aplicación judicial.*

https://eprints.ucm.es/7713/1/LOS_TRATADOS_INTERNACIONALES_EN_EL_SISTEMA_ESPAÑOL_DE_DIPR%20%80%A6.pdf

2. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Aplicación judicial y extrajudicial del Derecho extranjero: El artículo 12 apartado 6 del Código Civil*. Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales.

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

3. Prontuario de Auxilio Judicial Internacional. Ministerio de Justicia.

<http://www.intermigra.info/archivos/revista/prontuarioCivil.pdf>

4. La Cooperación Judicial Internacional

http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XL_curso_derecho_internacional_2013_Ana_Elizabeth_Villalta_Vizcarra.pdf

5. HEREIDA ORTIZ, P y ORTGA GIMÉNEZ A.; *Cuestiones prácticas acerca del régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero en España*.

<http://umh1448sp.edu.umh.es/wp-content/uploads/sites/952/2017/04/alegacion-y-prueba-derecho-extranjero.pdf>