



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en DERECHO

Cooperación jurídica
internacional en materia de prueba
del Derecho extranjero

Presentado por:

Brenda Bianca Gonçalves costa

Tutelado por:

Dámaso Francisco Javier Vicente Blanco

Valladolid, XXX de julio de 2022

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar los problemas que plantea la prueba del Derecho extranjero en el ordenamiento jurídico español, cual se pauta en cinco cuestiones principales: imperatividad de las normas de conflicto; el Derecho extranjero: ¿es una cuestión de hecho o de Derecho?; la carga de la prueba del derecho extranjero; los medios de prueba; y consecuencias de falta de prueba.

En la actualidad, después de la entrada en vigor de la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil, el 31 de julio de 2015, existen tres preceptos que regulan la prueba del Derecho Extranjero ante los órganos jurisdiccionales españoles: el art.12.6 del Código Civil; el art. 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y el art. 33 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional. Los tres artículos proporcionan una amplia, confusa, indeterminada y contradictoria explicación, del régimen de prueba del Derecho extranjero, dando lugar a diferencias interpretativas entre la práctica jurídica española y la doctrina.

Así pues, la finalidad del trabajo es estudiar los preceptos del Derecho Español que responden a esas cinco cuestiones principales de la prueba del Derecho extranjero, habida cuenta de la multiplicidad de su interpretación, ya que se caracteriza por su naturaleza abierta.

La prueba del Derecho extranjero es una materia compleja, que entraña múltiples aspectos. No obstante, este trabajo se centra únicamente en los puntos fundamentales de este tema, con el objetivo de estudiarlas en detalle, las cuestiones relacionadas con la aplicación extrajudicial del Derecho extranjero, el reenvío, la excepción de “orden público internacional”, los problemas de “adaptación”, o la denominada “aplicación integral” del Derecho extranjero, el recurso de casación por infracción del Derecho extranjero, entre otros, quedan excluidos de este análisis.

PALABRAS CLAVE

Ley 29/2015, Reglamento 1/2018, Cooperación Judicial internacional, Derecho Extranjero, Carga de la Prueba, Prueba del derecho extranjero, De oficio.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the problems posed by the test of foreign law in the Spanish legal system, which is based on five issues: imperative of conflict rules; foreign law: is it a matter of fact or law? the burden of proof of foreign law; the means of proof; and the consequences of lack of proof.

Currently, after the entry into force of Law 29/2015 on international legal cooperation in civil matters, on July 31, 2015, there are three precepts that regulate the proof of Foreign Law before the Spanish courts. These precepts are art.12.6 of the Civil Code; Article 281.2 of the Code of Civil Procedure; and article 33 of the Law on International Legal Cooperation. The three articles provide a broad, confusing, indeterminate and contradictory explanation of the evidentiary regime of foreign law, giving rise to interpretative differences between Spanish legal practice and doctrine.

Thus, the purpose of the work is to study the precepts of Spanish law that answer the five questions of the foreign law test, considering the multiplicity of its interpretation, since it is characterized by its open nature.

The test of foreign law is a complex subject, involving multiple aspects. However, this work focuses only on the fundamental points of this topic, with the aim of studying them in detail, the issues related to the extrajudicial application of foreign law, the referral, the exception of "international public order", the problems of "adaptation", or the so-called "integral application" of foreign law, the appeal for infringement of foreign law, among others, are excluded from this analysis.

KEY WORDS:

Law 29/2015, Regulation 1/2018, International Judicial Cooperation, Foreign Law, Burden of Proof, Proof of Foreign Law, Ex officio.

ÍNDICE

| | |
|---|-----------|
| RESUMEN | 2 |
| PALABRAS CLAVE | 2 |
| ABSTRACT | 3 |
| KEY WORDS:..... | 3 |
| ABREVIATURAS..... | 7 |
| 1. INTRODUCCIÓN | 8 |
| 2. LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL | 10 |
| 2.1. ¿QUÉ ES LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL? | 10 |
| 2.2. CONCEPTO | 11 |
| 3. LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO EN LAS RELACIONES JURÍDICO-PRIVADAS INTERNACIONALES..... | 15 |
| 4. LA CARACTERÍSTICA FUNDAMENTAL DEL DIPRIV. EN LA APLICACIÓN DE LA NORMA DE CONFLICTO | 17 |
| 4.1. EL CARÁCTER IMPERATIVO O FACULTATIVO DE LA NORMA DE CONFLICTO | 19 |
| 4.2. LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA ANTE LA IMPERATIVIDAD DE LA NORMA DE CONFLICTO..... | 21 |
| 4.3. TRASCENDENCIA DE LA APLICACIÓN DE LA NORMA DE CONFLICTO | 24 |
| 5. LA EVOLUCION DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL EN LA OBTENCIÓN Y PRÁCTICA DE PRUEBA..... | 27 |
| 6. LA RELEVANCIA DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL EN ESPAÑA | 31 |
| 6.1. Ley 29/2015, de 30 de julio, cooperación judicial internacional en ámbito civil | 32 |

| | | |
|-------------|---|-----------|
| 6.1.1. | Caracteres básicos | 32 |
| 6.1.2. | La práctica de la prueba procesal | 34 |
| <u>6.2.</u> | <u>Reglamento 1/2018 sobre Auxilio judicial internacional</u> | <u>35</u> |
| 7. | LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO | 36 |
| 7.1. | Régimen anterior | 36 |
| 7.2. | Régimen actual | 37 |
| 7.2.1. | ¿El Derecho extranjero es una cuestión de hecho o de Derecho?..... | 38 |
| 7.2.2. | ¿Quién debe probar el Derecho extranjero? | 41 |
| 7.2.3. | Carga de la prueba del Derecho extranjero | 45 |
| 7.2.4. | El Objeto de la prueba del Derecho extranjero..... | 46 |
| 7.2.5. | ¿Siempre se debe probar el contenido y vigencia de un Derecho extranjero?..... | 48 |
| 8. | TRATAMIENTO PROCESAL DE LOS MEDIOS DE PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO | 50 |
| 8.1. | Características..... | 50 |
| 8.2. | Los medios de prueba de las partes | 51 |
| 8.3. | Los medios probatorios del Juez | 54 |
| 8.4. | El valor de la prueba del Derecho extranjero..... | 57 |
| 9. | CONSECUENCIAS JURÍDICAS EN CASO DE FALTA DE PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO..... | 60 |
| 10. | CONCLUSIONES | 66 |
| 11. | BIBLIOGRAFÍA | 71 |
| | DOCTRINA | 71 |

| | |
|-----------------------------------|-----------|
| RECURSOS ELECTRÓNICOS..... | 73 |
| LEGISLACIÓN..... | 74 |
| JURISPRUDENCIA..... | 75 |

ABREVIATURAS

- AP. Audiencia provincial
- Art. Artículo
- CC. Código civil
- CE Constitución Española
- CJI Competencia Judicial Internacional
- DIP Derecho Internacional Privado
- Ed. Edición
- LCJI Ley de Competencia Judicial Internacional
- LEC Ley de Enjuiciamiento civil
- Op. cit. Obra citada
- p. Página
- pp. Páginas
- SAP Sentencia de la Audiencia provincial
- STC Sentencia del Tribunal Constitucional
- STS Sentencia del Tribunal Supremo
- SSTS Sentencias del Tribunal Supremo
- TC Tribunal Constitucional
- TS Tribunal Supremo
- UE Unión Europea

1. INTRODUCCIÓN

Las relaciones privadas entre personas físicas y jurídicas se originan con mayor frecuencia en el ámbito internacional, dejando atrás, la renuencia existente a establecer los diversos tipos de relaciones privadas con elementos de extranjería.

La internacionalización paulatina de las relaciones personales se justifica por numerosos factores, como el crecimiento global de la economía, el proceso de integración en la Unión Europea o el mejoramiento de las comunicaciones. Estos hechos han dado lugar a un cambio en el panorama social y jurídico en el que interactúan los distintos ordenamientos jurídicos, forzando el desarrollo fastuoso del derecho internacional privado, y por consiguiente el tratamiento procesal del derecho extranjero.

A raíz de dicha internacionalización, para poder atender a los litigios que surjan entre las partes, los tribunales deben ser conscientes de la existencia de distintos ordenamientos jurídicos susceptibles de aplicación. Ello no debería constituir un problema, dado que los cuerpos jurídicos deben garantizar la continuidad de las relaciones jurídicas entre los individuos, sin que los límites territoriales sean un obstáculo.

Cuando se formula uno de estos litigios, es posible que el Tribunal español que juzgue el caso no se ajuste al Derecho español, sino que se ajuste al Derecho de algún otro Estado. De este modo, por ejemplo, cuando un matrimonio, constituido entre un español y portugués, desee divorciarse, es posible el juez español deba aplicar el Derecho portugués, para solucionar el litigio. Esto se aplica también en caso de que dos empresas, una española y la otra alemana, acuerden que el Derecho inglés rija su contrato, con estas condiciones, en caso de incumplimiento contractual el juez aplicará la norma inglesa.

Con la realización de la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil, el 31 de julio de 2015, los tres preceptos que regulan la prueba del Derecho extranjero¹, proporcionan una amplia explicación, confusa, indeterminada y contradictoria del régimen de prueba del Derecho extranjero, dando lugar a diferencias interpretativas entre la práctica jurídica española y la doctrina.

¹ El art.12.6 CC, el art. 281.2 de la LEC y el art. 33 de la LCJL

Analizaremos la norma de conflicto, como presupuesto en la cooperación judicial internacional en materia de prueba del derecho extranjero, puesto que estas diferencias interpretativas, conducen a que la aplicación del derecho extranjero por parte de un tribunal plantee diversas cuestiones, provocando que no se consiga la finalidad última de la norma de conflicto, es decir, una aplicación efectiva del Derecho extranjero asignado por esta.

2. LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL

2.1. ¿QUÉ ES LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL?

El origen de la cooperación internacional la encontramos, como un enfoque legislativo, inicialmente en la Carta de las Naciones Unidas, con posterioridad en el ámbito europeo, en sus tratados constitutivos de mediados del S. XX.

La concepción de cooperación internacional surge por primera vez, en la Carta de Naciones Unidas de 1945, en el tercer inciso de su artículo 1, con una finalidad de cooperar en la resolución de los problemas internacionales sociales, económicos, humanitarios, desarrollando y estimulando el respeto a los derechos y libertades fundamentales sin distinción². ANA SALINAS DE FRÍAS (2003) examina la Carta desde una perspectiva histórica, cuando la sociedad internacional aún se encontraba en una etapa heterogénea, por consiguiente, indica la inexistencia del ámbito judicial en la cooperación internacional, que se recoge en la Carta.

En la Unión Europea, también se han desarrollado procedimientos jurídicos de cooperación entre estados, al ser una organización que tiene la colaboración como base económica, jurídica y política, la liberalización y la libre circulación de personas, bienes y capitales, provocan que exista de forma reiterada situaciones y relaciones transnacionales idóneas para un desacuerdo jurídico, siendo fundamental la existencia de una cooperación judicial en Unión Europea.

Los mecanismos de cooperación internacional elaborados por la Unión Europea tienen tres principios básicos, antes que nada, la Unión dispone de una homogeneidad natural entre sus Estados miembros, en tanto que da la facultad de reconocer sentencias de jurisdicciones nacionales en otros estados miembros, por otro lado, esta cooperación existe por la necesidad de que haya

² Naciones Unidas (1945) Capítulo I: Propósitos y Principios. Art.1 de la Carta de las Naciones Unidas.

² SALINAS DE FRÍAS, A. (2003) "La cooperación judicial en materia civil en la unión europea: origen, evolución y fundamento". *Revista Seqüencia* nº 46. (p. 3)

una participación común ya que regularmente se generan, como ya se ha mencionado, situaciones que conducen controversias transnacionales en el ámbito de la unión y, finalmente, la autora mencionada con anterioridad, identifica el compromiso de cooperar y crear mecanismos que puedan subsanar el antiguo arbitrio estatal³.

En consecuencia, se entiende que la creación progresiva de un orden jurídico europeo. – e internacional – que deriva del tráfico de factores entre los estados, limita el poder soberano que han tenido los estados durante la historia, para llevar a cabo un desempeño más social y común con la finalidad de conciliar las jurisdicciones nacionales y dotar de libertad a los ciudadanos para ejercer sus derechos, con independencia de si se encuentra dentro o fuera de su estado⁴.

2.2. CONCEPTO

En la Ley 29/2015⁵ de 30 de julio, podemos observar cómo usa el término “cooperación jurídica internacional” tanto en su título como en sus artículos, lo que entra en conflicto con la doctrina más tradicional, la cual parece haber elegido siempre usar los términos “cooperación judicial internacional”⁶, “asistencia judicial internacional” o, tan solo, “auxilio judicial”

En primer lugar, la doctrina moderna, parece que prefiere utilizar el término “cooperación” cada vez que vayamos a hablar de un procedimiento continuado en el tiempo como el europeo, utilizando palabras como “auxilio” o “asistencia” para hacer referencia a actos puntuales.

En segundo lugar, el empleo del término “jurídica” parece que se ha transferido al de “judicial”, ciertamente porque la noción de “cooperación judicial” denota

³ CHICHARRO, L (2016) Iura Vasconiae, “La Trascendencia de la cooperación judicial europea en materia civil en el derecho privado de los estados miembros y sus entes territoriales” (p 298)

⁴ SALINAS DE FRÍAS, A. (2003) “La cooperación judicial en materia civil en la unión europea: origen, evolución y fundamento”, *Revista Seqüencia* N° 46. (pp. 1-5)

⁵ “La Ley 29/2015, 30 de julio, Cooperación jurídica internacional en materia civil”. BOE, 31 de julio de 2015, N° 182 (pp. 65906-65942.)

⁶ HILDA AGUILAR GRIEDER (2010): “La cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa”. Cuadernos de Derecho Transnacional (marzo 2010), (p. 309) Vol. 2, N.º 1,

una cooperación en la que exclusivamente los órganos judiciales de dos Estados toman parte, no obstante, la cooperación jurídica existente en la Unión Europea supera hoy en día esta idea. Por consiguiente, podríamos decir que la cooperación jurídica abarca la cooperación judicial, así como otros elementos procesales, legislativos e institucionales.

No disponemos de una definición íntegra y consensuada del concepto. Los autores lo definen de manera distinta, contemplando ciertas materias que otros no. Por ello creo que sería conveniente precisar una definición que pueda servirnos de cara al trabajo.

Entre todas las definiciones existentes, trabajaré a partir de una definición simple y presumiblemente consensuada, la que nos ofrece por el Diccionario Jurídico de la Real Academia de la Lengua: “*Asistencia o ayuda que un tribunal presta a otro a efectos de hacer factible el ejercicio de sus atribuciones o la cumplimentación de sus decisiones*”⁷. Debemos mencionar que esta definición corresponde al término cooperación judicial y no jurídica, dado que esta última no existe en el diccionario, manifestándose así, la dificultad que impera a la hora de establecer el término.

La definición del concepto carece de elementos que debemos considerar. Por un lado, está dirigido a tener en cuenta un acto único y no a una realidad continua. Asimismo, establece que los tribunales son los únicos agentes que toman parte de la cooperación, siendo esta, una concepción muy limitada. Por último, no hace referencia al modo en que se va a sustentar la cooperación, si existe o no una ley que la determine y bajo que términos.

Teniendo en cuenta esas correcciones, la definición parece ser más más útil a la hora de determinar el concepto objeto de este trabajo. Ahora hemos de aplicarla en el contexto internacional. La cooperación jurídica internacional se refiere a un régimen convenido entre dos o más Estados que, a través de una relación de cooperación y reconocimiento mutuo, permite realizar el trabajo de

⁷ Real Academia Española (2022). Diccionario del español jurídico. Disponible en: <https://dej.rae.es/lema/cooperación-judicial>

sus respectivas competencias judiciales y no socavar los intereses de sus ciudadanos en cuestiones transfronterizas.

Sin lugar a dudas, si esto se cumpliera literalmente, significaría una cooperación total entre dos Estados, algo poco común incluso en ámbito europeo. Pero, al margen del grado de compromiso de los Estados participantes, queda claro, que toda cooperación supone una reducción del poder soberano que cada Estado tiene sobre su territorio. No en vano se debería haber acordado esa cooperación mediante la firma de un tratado internacional, donde se especifique el grado de cooperación existente, tal como si se trata de una cooperación recíproca o unidireccional.

Los tres problemas que todo sistema de cooperación jurídica en el ámbito internacional procura resolver son los siguientes:

En primer lugar: ¿A qué órgano le compete conocer de un asunto transfronterizo? Todo litigio en el que participe un elemento extranjero puede presentar la duda de si los órganos jurisdiccionales de un Estado tienen la competencia para conocerlo.

En segundo lugar: ¿En virtud de qué leyes se rige un proceso transfronterizo? Debido a que estamos manejando asuntos de derecho privado y no público, por lo general, esta cuestión tiene una respuesta clara: la Ley aplicable será la determinada por la voluntad de las partes.⁸ No obstante, es posible que las partes no acuerden de forma tácita o expresa la Ley aplicable, o que la naturaleza del asunto considerado requiera limitar la libertad de acuerdo de las partes para, de este modo, defender los intereses de una de ellas. Es responsabilidad de un sistema de cooperación jurídica, como el modelo europeo, establecer la Ley que se ha de aplicar en estos casos concretos.

Y, por último: ¿Qué procedimiento debería seguirse para garantizar que la resolución judicial de un Estado se reconozca o incluso sea ejecutada en territorio extranjero? La problemática del exequatur es sin lugar a duda un tanto ajena a las otras dos. Aquí ya no se cuestiona la competencia del órgano que

⁸ WILLIAM FERNANDO MARTÍNEZ LUNA (2014). "Reflexiones sobre la Ley aplicable al contrato internacional en defecto de elección en el derecho de la Unión Europea". *Journal of International Law*. Vol. 5, 01. (enero - junio 2014), (pp. 27-28)

conoce el asunto, ni la ley que regirá el proceso. Nos encontramos ante una resolución judicial ya dictada que precisa de ser reconocida o ejecutada en un Estado extranjero para ser plenamente efectiva. Es, por ende, imprescindible definir un proceso por el que dichas resoluciones sean reconocidas en otros Estados, el llamado exequatur.

3. LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO EN LAS RELACIONES JURÍDICO-PRIVADAS INTERNACIONALES

El cometido del Derecho internacional privado (DIPr) es conferir una solución justa a los problemas que se producen en las relaciones privadas de naturaleza internacional generadas entre particulares, como resultado de la existencia de diversos ordenamientos jurídicos independientes, que aparentemente vinculados a una determinada relación jurídica son potenciales reguladores del mismo⁹.

Por consiguiente, en el momento de atender a un litigio transnacional, existen determinadas cuestiones que previamente se han de resolver con la aplicación de las normas de Derecho internacional privado.

Antes que nada, es necesario establecer qué tribunal o autoridad será la competente para solventar el asunto, en virtud las normas de competencia judicial internacional (CJI). El procedimiento se va a regir por el derecho procesal del foro¹⁰ (*lex fori regit processum*).

Tras concretar la jurisdicción competente para conocer el litigio, es necesario determinar la normativa aplicable para resolver el fondo de la causa. Para ello, se aplican las normas que determine la ley aplicable a los supuestos de derecho internacional privado. Generalmente concurren varias normas jurídicas pertenecientes a diversos ordenamientos jurídicos susceptibles de ser aplicadas, generando un conflicto de leyes que se soluciona por medio de la técnica de la denominada norma de conflicto o técnica indirecta.

⁹ ESPLUGUES, C., IGLESIAS, J. L., BUHIGUES, PALAO G. (2014). "Derecho Internacional Privado". Valencia: *Tirant lo Blanch* (pp. 75- 82)

FERNÁNDEZ, J. C., SÁNCHEZ S. (2013). "Derecho Internacional Privado". Pamplona: *Civitas*. (pp. 23-27).

¹⁰ En DIPr. el foro hace referencia a los tribunales competentes para conocer de una determinada causa.

Como consecuencia, el resultado que normalmente se origina es la eventual aplicación del derecho del foro¹¹, o bien a la inversa, de un derecho extranjero¹². En el último caso, dado que el juez competente para resolver la causa no conoce el derecho extranjero, se exigirá su acreditación. En particular, el sistema jurídico español, requiere la prueba del Derecho extranjero para que se pueda aplicar en el procedimiento¹³.

¹¹ Derecho del foro: la ley del Estado del juez es la que conoce del asunto. En caso de que resultaran competentes los tribunales españoles para conocer el fondo de un asunto internacional privado, la ley del foro sería el derecho español.

¹² Derecho extranjero: ley diferente a la ley nacional de los órganos judiciales competentes. Frente un litigio internacional privado, resultan competentes los tribunales españoles. En aplicación de las normas de DIPr. se determina que la ley aplicable no será el derecho español (derecho del foro) sino que será el derecho italiano, es decir, un derecho extranjero.

¹³ ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ (2021) "Práctica jurisprudencial del régimen de alegación y prueba del derecho extranjero en España" (p.177)

4. LA CARACTERÍSTICA FUNDAMENTAL DEL DIPRIV. EN LA APLICACIÓN DE LA NORMA DE CONFLICTO

Una de las cuestiones más controvertidas que tiene su origen en la resolución de un proceso internacional privado, ya sea, civil o mercantil, es establecer qué norma jurídica de las concurrentes, implementará el órgano competente para conocer la causa y, de este modo, aportar una solución al conflicto. Como se ha aludido anteriormente, es el derecho internacional privado el que confiere una respuesta a esta cuestión, en especial, numerosos Reglamentos europeos referentes a la Ley aplicable, que tienen como método, la norma de conflicto, por la cual determina el Derecho aplicable al litigio, tal como, las normas convencionales y las normas de derecho autónomo.

La norma de conflicto¹⁴ es una norma indirecta, es decir, no presenta una solución directa a la cuestión determinada, sino que mediante una respuesta indirecta nos establece el Derecho aplicable, en cuyas normas materiales se encuentra la solución al fondo de la causa¹⁵. Por lo tanto, su consecuencia jurídica es precisar la aplicabilidad de un Derecho estatal específico, ubicando con esto, el supuesto para que el juez competente, pueda responder la demanda de las partes litigantes, en virtud de la aplicación de tal derecho.

En este caso puede darse una doble posibilidad, esto es, que la norma de conflicto identifique el Derecho español (ley del foro), o bien, el Derecho extranjero, como ley aplicable. El carácter bilateral de la norma de conflicto¹⁶, tiende a suscitar que la autoridad del estado en concreto, que aplica las

¹⁴ A mediados del siglo XIX F. K. VON SAVIGNY, introdujo las normas de conflicto como mecanismo de localización indirecta del ordenamiento jurídico estatal concreto que debía aplicarse a la relación jurídica.

¹⁵ La estructura de la norma de conflicto es distinta a la del resto de normas jurídicas, atendiendo a su especial función y objetivos. Los tres elementos que configuran la norma de conflicto son: el supuesto de hecho, el punto de conexión o criterio de atribución, y la consecuencia jurídica.

¹⁶ ESPLUGUES, C., IGLESIAS, J. L., BUHIGUES, PALAO G. (2014). "Derecho Internacional Privado". Valencia: *Tirant lo Blanch* (p. 271).

normas de conflicto existentes en el ordenamiento jurídico nacional, se vea enfrentado la necesidad de aplicar un derecho privado distinto del propio¹⁷.

La existencia de esta clase de normas se justifica con garantía de la aplicación de un imparcial a la relación privada internacional¹⁸.

Según, PICÓ I JUNOY, J, el sistema conflictual presupone la igualdad de los ordenamientos jurídicos que coexisten, de modo que la norma de conflicto localiza el ordenamiento más vinculado a la situación privada concreta. Para salvaguardar la seguridad jurídica en la identificación de la ley aplicable, las normas de conflicto deben ser de carácter apolítico, esto es, deben ser promulgadas al margen del interés de los Estados en aplicar su propia ley¹⁹. A. L. CALVO-CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ sostienen que: “A la norma de conflicto le resulta indiferente cuál sea la concreta Ley estatal aplicable a la situación privada internacional. Es una norma “neutra”: lo mismo le da una Ley estatal que otra, ya que todos los derechos estatales son en principio justos”²⁰.

De esta manera, las notas características del sistema de conflicto -se trata de un sistema neutral, lógico y completo- permiten una legislación fácil y útil.

¹⁷ El art.12.6 CC le confiere un carácter imperativo a la norma de conflicto. Por lo tanto, el juez español está obligado a aplicarla, de la misma forma y términos en que lo está a aplicar el resto de las normas del ordenamiento jurídico nacional.

¹⁸ Fernández, J.C, y Sánchez S., (2009). “Derecho internacional privado”. Pamplona: Civitas. (p. 114).

¹⁹ PICÓ I JUNOY, “Práctica de la prueba del derecho extranjero” (pp. 44-74) Madrid: la ley-actualidad

²⁰ Calvo, A. L; Carrascosa, J., (2010). “Derecho internacional privado” Granada: Comares. (pp. 243-245).

4.1. EL CARÁCTER IMPERATIVO O FACULTATIVO DE LA NORMA DE CONFLICTO

En el *modelo imperativo*, las partes prescinden de aplicar la ley designada por la norma de conflicto, ya que los jueces deben aplicarla ex officio, esta imperatividad tiene el propósito de que los tribunales, se instruyan e implementen el Derecho extranjero, aun cuando las partes no efectúen una actividad mínima probatoria.

La argumentación fundamental sobre la que se basa este sistema es considerar al Derecho extranjero como “Derecho” que ejerce una “función estrictamente jurídica” (A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ). Así pues, el tribunal concedor de la causa deberá tratar a la norma extranjera, así como su propio derecho.

Por otra parte, el objetivo es garantizar el principio de seguridad y justicia en el tráfico internacional, evitando diferentes soluciones a casos similares.

Bélgica, Suiza e Italia son ejemplos de países que han conferido a la norma de conflicto calidad imperativa²¹.

El *modelo facultativo*, es la potestad que tienen las partes de adoptar la aplicación del Derecho extranjero, se define como su propio nombre indica, dado que el derecho foráneo lo deben probar las partes. Las normas de conflicto solo se adoptarán a solicitud de las partes. Por ende, la adopción del Derecho extranjero queda sujeto a la determinación de las partes; De ese modo, en el supuesto que los litigantes eludan el elemento de extranjería, que justifica la aplicación de la norma de conflicto, e invoquen en su lugar el derecho material del foro (el Derecho español), el tribunal competente resolverá conforme a éste, sin tener en cuenta el conflicto. Así, las partes asumirán la carga de la prueba, quienes tendrán que informarse del contenido del Derecho extranjero (caso quieran invocarlo en juicio), en vista

²¹ CALVO, A., CARRASCOSA, J. (2006). La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles. Estudios De Deusto 54 (2), 61-109. [https://doi.org/10.18543/ed-54\(2\)-2006pp61-109](https://doi.org/10.18543/ed-54(2)-2006pp61-109) pp. 64-66. *Revista de Derecho Público*
VIRGÓS, M., GARCIMARTÍN, F., (2007). “Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional” Pamplona: Civitas (pp. 518-519)

de que el juez no está obligado a adoptarlo si las partes no le prueban su contenido.

Los argumentos que sustentan este modelo facultativo son fundamentalmente tres: el criterio de economía procesal, puesto que el proceso probatorio del Derecho extranjero es un gasto para las partes; tiempo y esfuerzo adicional exigidos al juez para estudiar derecho extranjero, que no conoce y que, por otro lado, es posible que se acoja a una tradición jurídica distinta a la suya, reduciendo así, las garantías de una aplicación adecuada; una norma de conflicto mal elaborada que puede implicar la puesta en práctica de un Derecho poco relacionado al supuesto.

Entre los países que aplican este modelo, aunque con considerables matices, destacan, Francia, Reino Unido, Brasil, Argentina, entre otros.²²

Antes de empezar a explicar en qué grupo se halla el ordenamiento español, considero que es importante exponer las particularidades del sistema facultativo inglés, para comprender así, lo práctico que es el sistema conflictual español.

El *conflict of laws* considera al Derecho extranjero como un *hecho* que requiere ser probado por las partes, en ausencia de prueba en contrario, se adopta la presunción de que el Derecho extranjero es igual que el Derecho inglés. Por lo tanto, para que se implemente el derecho foráneo en un conflicto, en el sistema anglosajón, la parte interesada lo debe reclamar y probar, debido a que la aplicación de la norma de conflicto es opcional. Los tribunales británicos no prevén la capacidad de examinar y adoptar de oficio el derecho foráneo.

Según Adrian Briggs, para que el tribunal británico adopte una ley extranjera es necesario que cumpla cuatro condiciones:

- 1- La implantación de la norma de conflicto inglesa (choice of law rules) debe disponer que es primordial la aplicación Derecho foráneo al conflicto.

²² CALVO, A., CARRASCOSA, J. (2006). *Op. cit.* (pp.65-80).

- 2- El Derecho extranjero no debe ser incompatible o estar prohibido por el derecho inglés.
- 3- La parte que invoca el Derecho extranjero debe defender su aplicabilidad.
- 4- Esta misma parte debe facilitar y probar el Derecho extranjero frente el Tribunal, como si de un *hecho* se tratase.

Si se cumplen las 4 condiciones, el juez estará obligado a adoptar las leyes extranjeras; no obstante, ante el silencio de las partes o la insuficiencia de pruebas, el juez aplicará su *lex fori*, esto es, la Ley inglesa²³

4.2. LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA ANTE LA IMPERATIVIDAD DE LA NORMA DE CONFLICTO

Considero importante que estudiemos con anterioridad el artículo 12.6 CC, debido a que nos informa cómo se deben de llevar a cabo las normas de conflicto españolas, posteriormente pasaremos a explicar el sistema seguido por el legislador español.

Tras la reforma del Título Preliminar del Código civil de 1974²⁴, el artículo 12.6 CC permaneció redactado (hasta la derogación del párrafo segundo, de la ley 1/2000) con el siguiente contenido: “1. Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español. 2. La persona que invoque el Derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de

²³ PICÓ I JUNOY, J., (2011) “Práctica de la prueba del derecho extranjero” (p. 56) Madrid: la ley-actualidad

CRAWFORD, E., CARRUTHERS, J (2011). United Kingdom. ESPLUGUES, C., IGLESIAS, J. L, BUHIGUES, PALAO G., *Application of foreign law*. (pp. 75- 82). Múnich: Sellier.

²⁴ Con la reforma, aparte de modificar las normas de conflicto, se cubrió el vacío legal existente respecto a la aplicación judicial y extrajudicial del derecho extranjero, puesto que hasta entonces la respuesta en este ámbito era puramente jurisprudencial. La tendencia era aplicar el derecho del foro excusándose mayoritariamente ante la falta de prueba del derecho extranjero. No obstante, la doctrina internacional privatista ya entonces, se mostraba contraria a esa determinada práctica judicial, recriminando la correcta aplicación del sistema conflictual previsto en el Código Civil.

averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas”.²⁵

En el análisis, del texto actualmente derogado, es manifiesta la imperatividad de las normas de conflicto, en su apartado primero, las cuales el juez o autoridad tenían el deber de aplicar de oficio. El párrafo segundo, hacía mención de aspectos de carácter procesal, por ejemplo, a quién recae la carga de la prueba del derecho foráneo, pero también, los medios de prueba y la función del juez. En consecuencia, de ello, la mayor parte de la doctrina exigió que el segundo párrafo se suprimiera de la regulación del Código Civil, objetivo que se alcanzó con la reforma de la Ley de enjuiciamiento civil del 2000.

Si contrastamos el art. 12.6 CC actual, con el anterior párrafo primero del derogado, constatamos que su contenido no se ha modificado ni un ápice, el redactado sigue siendo el mismo. Esto plasma el carácter *ius cogens*²⁶ de las normas de conflicto, quedando reflejada la aplicación obligatoria por parte del juez o autoridad competente del derecho designado, aun cuando éste no sea el derecho español (derecho del foro).²⁷

Siguiendo la estructura de análisis, tras la lectura del vigente artículo 12.6 CC, obtenemos tres ideas claras²⁸.

- 1) El carácter imperativo de la norma, el operador jurídico debe aplicar la norma de conflicto cuando se encuentre ante un caso que presente un componente de extranjería.

²⁵ Fernández, J. C. (1995). “Artículo 12, apartado 6 del Código civil: Aplicación judicial y extrajudicial del Derecho extranjero” *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (p. 991). Madrid: Edersa.

²⁶ En la exposición de Motivos del Decreto 1837/1974 se disponía expresamente el carácter *ius cogens* de la norma de conflicto.

²⁷ CALVO, A., CARRASCOSA, J. (2006). “La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles. Estudios De Deusto 54 (2), 61-109. [https://doi.org/10.18543/ed-54\(2\)-2006pp61-109](https://doi.org/10.18543/ed-54(2)-2006pp61-109) (pp. 68), *Revista de Derecho Público*
MARTÍNEZ RIVAS, FRANCISCO. (2010). “La prueba del Derecho extranjero en la Jurisprudencia Española” *Tesis doctoral*
Universidad Católica San Antonio de Murcia. Departamento de Ciencias Sociales Jurídicas y de la Empresa. Murcia.

²⁸ ESPLUGUES, C., IGLESIAS, J. L., BUHIGUES, PALAO G. (2014). “Derecho Internacional Privado”. Valencia: *Tirant lo Blanch* (p. 277).

- 2) Con respecto a la observación anterior, si las partes no invocan la aplicación de la norma de conflicto, el tribunal o autoridad competente tiene la obligación de aplicarla de oficio, en virtud de su imperatividad.
- 3) La norma de conflicto es imperativa y se adopta de oficio sin tener en cuenta su origen, sea esta estatal o de origen convencional o institucional, a condición de que estos últimos textos vinculen a nuestro país.

Conforme el artículo 12.6 CC, el sistema conflictual español salvaguarda la obligatoriedad de aplicación de oficio de las normas de conflicto, por tanto, el juez, por mandato *ius cogens*, tiene la responsabilidad de aplicar la ley determinada por la norma de remisión. El resultado es el reconocimiento formal de incluir o fijar el sistema conflictual español como un modelo imperativo, definido por el cumplimiento *ex officio* de las normas de conflicto por parte de los jueces.

Pese a la claridad de la norma 12.6 CC, la práctica jurídica resulta ser diferente.

Según ESPLUGUES, C.²⁹, el carácter imperativo de la norma de conflicto se ve directamente afectado por el requisito de prueba exigido por las partes en el derecho extranjero. Esto puede dar lugar a que el juez aplique de oficio la norma de conflicto del ordenamiento español de DIPr, que esta norma remita la regulación de la situación planteada a un sistema jurídico y que, en definitiva, dicho ordenamiento No es aplicable por falta de pruebas de las partes.

Por lo tanto, ante el carácter imperativo de las normas de conflicto, el sistema español pertenecería al grupo de Estados que adoptan un modelo imperativo, no obstante, la práctica es muy distinta.

Nuestro sistema de Derecho positivo determina en sus artículos 12.6 CC, 281.2 LEC y 33 LCJI la conexión existente entre la naturaleza de las normas de conflicto y el régimen procesal del Derecho extranjero. La consecuencia resultante de estos es un *modelo indeterminado*, debido a que, se le ordena

²⁹ ESPLUGUES, C., IGLESIAS, J. L., BUHIGUES, PALAO G. (2014). "Derecho Internacional Privado". Valencia: *Tirant lo Blanch* (p. 277).

al juez que aplique las normas de conflicto (12.6 CC), y además, carga de la prueba del Derecho extranjero que se le confiere a las partes (281.2 LEC Y 33 LCJI). Por consiguiente, las partes tienen la facultad de optar por aplicar la ley del foro, sin tener la necesidad de probar el Derecho extranjero, interfiriendo, de esta manera, en el mandato del legislador español. Por ende, podríamos contemplar al sistema conflictual español como un sistema *sui generis*³⁰, esto es, un sistema conflictual facultativo³¹.

En la práctica, pese a que se establezca estipulación determinada, manifestando que la norma de conflicto debe ser aplicada de forma imperativa, solo se tiene la capacidad de obedecer este mandato si se dispone de los mecanismos procesales pertinentes³².

4.3. TRASCENDENCIA DE LA APLICACIÓN DE LA NORMA DE CONFLICTO

Como ya se ha mencionado, la propia naturaleza bilateral de la norma de conflicto faculta que el derecho aplicable, el cual ha estado predeterminado indirectamente por la norma de conflicto, sea el Derecho Español (ley del foro), o bien, un Derecho extranjero. Debido a esta condición dual es necesario analizar, qué ocurre en cada caso.

Supongamos que, en caso de conflicto privado internacional, los tribunales españoles tienen competencia para conocer de la controversia. Una vez que se ha establecido el CJL, la norma de conflicto establece que el Derecho aplicable para atender la causa será el Derecho Español (la ley del foro). En este caso, el *forum* y el *ius* coinciden, por lo que el juez de acuerdo con el

³⁰ CALVO, A., CARRASCOSA, J. (2006). "La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles. Estudios De Deusto 54 (2), 61-109. [https://doi.org/10.18543/ed-54\(2\)-2006pp61-109](https://doi.org/10.18543/ed-54(2)-2006pp61-109) (pp.75) *Revista de Derecho Público*

³¹ VIRGÓS, M., GARCIMARTÍN, F. (2007). "Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional" Pamplona: Civitas. (pp. 519-520).

³² OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, PATRICIA, (2011). "Imperatividad de la norma de conflicto y prueba del Derecho extranjero en los reglamentos sobre ley aplicable a las situaciones privadas internacionales", *La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, laboral y contencioso-administrativa*. (p. 481). Madrid: La Ley.

principio *iuris novit curia* aplicará su propio derecho³³. Este planteamiento tiene ventajas y desventajas.

El aspecto positivo de esta primera opción es que, equivale a una comodidad y a una economía procesal, dado que el juez competente conoce perfectamente el derecho a aplicar y de este modo, ahorra el oneroso procedimiento probatorio. Sin embargo, uno de los aspectos negativos que puede dar lugar, es la problemática de las situaciones claudicantes, es decir, que el fallo determinado por el juez sea válido en el país donde se ha decretado, pero nulo en otros países debido a la ley aplicada al fondo.³⁴

En contraste, en una hipótesis contraria, en la cual el juez español esté obligado a adoptar en su jurisdicción un derecho que no es el suyo, como regla general, no debería de ser un impedimento, dado que nos encontramos frente a un mundo globalizado e internacionalizado donde la respuesta a los conflictos privados que puedan tener los ciudadanos debe estar asegurada, al margen del hecho de traspasar fronteras.

La función del tribunal en esta cuestión es la misma, es decir, su deber es aplicar y pronunciarse conforme lo haría el juez del derecho extranjero, de conformidad con el principio de justicia y la garantía del derecho de las partes a obtener un fallo fundamentado en Derecho –el derecho extranjero. Por ello, lo idóneo y lo cometido es que los litigantes obtengan fallo igual que si lo hubiera dictaminado el juez del Derecho extranjero que se aplica³⁵.

Con carácter de excepción, el Tribunal podrá obviar la aplicación del derecho extranjero asignado por la norma de conflicto, invocando la excepción de *orden público internacional*. Es un mecanismo que exime la solución de la controversia con arreglo a la legislación extranjera, considerando que éste viola los principios informadores del sistema jurídico español, esto es, de

³³ GÓMEZ JENE, MIGUEL; GUZMÁN ZAPATER, MÓNICA; HERRANZ BALLESTEROS, MÓNICA; PÉREZ VEGA, ELISA; VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, MARINA (2021) “Lecciones de Derecho Internacional Privado” Valencia: TIRANT LO BLANCH (p.269)

³⁴PICÓ I JUNOY, “Práctica de la prueba del derecho extranjero” Madrid: la ley-actualidad. (pp. 57-58).

³⁵ FRANCISCO JAVIER GARDEAZABAL “La acreditación del derecho extranjero” *Revista 54, DGRN: cambios de criterio*.

aplicarse esta ley, sería una violación a los principios jurídicos fundamentales del sistema jurídico del foro.

Como veremos más tarde, en la práctica, la aplicación del derecho extranjero por un tribunal plantea numerosas cuestiones, y el fin último de la norma de conflicto no siempre se consigue, es decir, la aplicación efectiva del Derecho extranjero asignado por esta, por ello hemos analizado a la norma de conflicto, como presupuesto en la cooperación judicial internacional en materia de prueba del derecho extranjero.

5. LA EVOLUCION DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL EN LA OBTENCIÓN Y PRÁCTICA DE PRUEBA.

Hallamos las primeras apreciaciones sobre Obtención de Pruebas en el Extranjero, en Materia Civil y Comercial, con el Convenio de la Haya de 1970, el cual ofrecía mecanismos que procuraban depurar las divergencias entre el derecho romano-germánico y el *common law* en lo que respecta a la práctica y la obtención de pruebas³⁶.

Este convenio sustituye al Convenio de la Haya sobre el Procedimiento Civil de 1954, y determina que un tribunal – de conformidad a su ley nacional – tiene la facultas de requerir a la autoridad judicial extranjera la práctica de la prueba mediante comisión rogatoria. CALVO y CARRASCOSA (2020)³⁷ critican este convenio ya que no especifica cuándo se debe de practicar la prueba en el extranjero, dejándolo bajo control de la legislación de cada estado.

El Tratado de Maastricht, también conocido como Tratado de la Unión Europea, se firmó en 1992. Estableciendo una Unión Europea, muy similar a la que conocemos en la actualidad, el Tribunal de la Unión Europea desarrolló e incorporó un mecanismo de funcionamiento común, estructurado en tres pilares. El tercer pilar, que contemplaba la cooperación en materia de justicia y asuntos de interior, ha sido el origen de la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, que se desarrollará posteriormente.

El TUE supuso un punto fundamental en la cooperación judicial internacional en materia civil al establecerla como disposición central del tratado. Centrándonos en materia de derecho procesal privado, destacan los artículos 61 a 69 del título IV del TCE, en especial el artículo 65, que hacía referencia sobre determinadas mejoras en la cooperación judicial en materia civil, entre ellas, el sistema de

³⁶ Convenio de La Haya (18 de marzo de 1970) Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial (2010).

³⁷ CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS; CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER; CEBRIÁN SALVAT, MARÍA ASUNCIÓN; LORENTE MARTÍNEZ, ISABEL (2020) "MATERIALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO Y ESPAÑOL" ed.5 (P.2288)

notificación y obtención de pruebas, tal como el reconocimiento y ejecución de resoluciones³⁸.

En 1997 se celebra el tratado de Ámsterdam revisando el tratado de Maastrich, que incorpora la cooperación intergubernamental en el ya citado título IV del TCE dotando de eficacia al artículo 2 del TUE, que define a la UE como un espacio de respeto e igualdad³⁹, constituyéndose la UE como un espacio de libertad, seguridad y justicia⁴⁰, fundamentándose en la Carta de Derechos Fundamentales, acordada y elaborada en 1998⁴¹.

Por lo tanto, la fundamentación del ámbito judicial establecido por la Unión Europea con la aprobación de este tratado pasa a integrar la cooperación judicial entre todos los estados miembros, destinado a facilitar y salvaguardar la vida de los ciudadanos europeos.

La cooperación judicial internacional en materia civil ya adoptaba, a finales del siglo XX, un carácter integrado en facilitar la Unión Europea, y es en el Consejo Europeo de Tampere de 1999 cuando el espacio europeo de justicia arranca un nuevo período *“el auténtico espacio europeo de justicia”* que se basa fundamentalmente en la imposibilidad de acceso a la justicia, debido a los complejos sistemas judiciales de los estados miembros.

El Consejo de la Unión Europea aprobó el Reglamento 1206/2001⁴² sobre obtención y práctica de prueba, tras el ya mencionado Consejo Europeo de

³⁸ Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. (vigente hasta el 1 de diciembre de 2009)

³⁹ El espacio de libertad, seguridad y justicia del Tratado de Ámsterdam tiene un carácter más social en comparación con acuerdos anteriores, dado que confiere a la Unión Europea competencias relativas a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, igualdad entre hombres y mujeres, la libertad de circulación de las personas, en materia de asilo e inmigración, convirtiendo al individuo en el centro de gravedad del proceso de *“comunitarización”*.)

⁴⁰ SALINAS DE FRÍAS, A. (2003) La cooperación judicial en materia civil en la unión europea: origen, evolución y fundamento, Revista Seqüencia nº 46 (P.170)

⁴¹El Consejo Europeo de Colonia decidió, en 1998, redactar una Carta de Derechos Fundamentales reconocida por la Unión Europea y basadas en los tratados comunitarios, los convenios internacionales y las constituciones de los Estados miembros adoptados anteriormente. Dicha carta ha sido proclamada en Niza.

⁴² Derogado y sustituido por el Reglamento (UE) 2020/1783, que entra en vigor ahora, el 1 de julio de 2022, que tiene como objetivo, mejorar y simplificar la cooperación judicial entre los países de la UE, además de acelerar la obtención de pruebas en los procedimientos jurídicos en materia civil o mercantil.

Tampere, en el que Consejo señaló la necesidad de avanzar en el desarrollo del derecho procesal transfronterizo, específicamente en la obtención de pruebas⁴³.

Tras el desastre de la “*Constitución Europea*”⁴⁴ el Tratado de Lisboa entró en vigor en 2009 con el objetivo de reforzar el ámbito de libertad, seguridad y justicia heredado del Tratado de Ámsterdam, consolidación que pertenecería al Consejo en virtud de su potestad legislativa⁴⁵. En materia de justicia civil, el tratado de Lisboa contemplaba la continuidad de las medidas adoptadas hasta la fecha en lo que respecta al establecimiento de iniciativas para garantizar el acceso a la justicia de los ciudadanos europeos⁴⁶.

La cooperación judicial civil se incorporó al título V del Tratado de Funcionamiento de la UE (en adelante TFUE) donde, además, estaban previstos elementos en cuanto al espacio de libertad, seguridad y justicia (ELSJ)⁴⁷. El reciente artículo 81 del TFUE que establece el tratado de Lisboa, considera la base jurídica para la asunción de medidas sobre las iniciativas de cooperación judicial en materia civil⁴⁸, salvo en el ámbito de Derecho de Familia⁴⁹.

⁴³ Reglamento (CE) nº 1206/2001 del Consejo (de 28 de mayo de 2001) sobre la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en materia de práctica de la prueba en materia civil y mercantil.

⁴⁴ La “*Constitución Europea*” fue un proyecto encaminado a estructurar la Unión Europea desde el punto de vista jurídico, que aúne en un solo texto todas las disposiciones adoptadas desde la creación de la Unión. La interpretación de este texto jurídico como “*norma de normas*” no fue bien acogida, por entenderse como una violación de la soberanía de los Estados miembros. No obstante, en 2007, al firmarse el Tratado de Lisboa, este proyecto fue sustituido. FERNANDA PENAGOS, M. (2008) “La constitución europea el primer intento de la unión para consolidar su estructura constitucional” *Revista Academia y Virtualidad*, Vol. 1, Nº. 1, 2008, (pp.58-72)

⁴⁵ AGUILAR GRIENDER, H (2010) “La cooperación judicial internacional en materia civil en el tratado de Lisboa” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 2. (p 310).

⁴⁶ ALICIA CHICHARRO LÁZARO (2010) “El tratado de Lisboa y el programa de Estocolmo: los nuevos retos de la cooperación judicial en materia civil”, (p.24) *Revista electrónica de estudios internacionales*.

⁴⁷ EUR-LEX. Glosario de síntesis. Cooperación judicial en materia penal y civil.

⁴⁸ ALICIA CHICHARRO LÁZARO (2010) “El tratado de Lisboa y el programa de Estocolmo: los nuevos retos de la cooperación judicial en materia civil” (p.15) *Revista electrónica de estudios internacionales*.

⁴⁹ Art. 81 establece las normas pertinentes sobre asuntos civiles en el marco del procedimiento legislativo ordinario, en el que el Parlamento Europeo y el Consejo actúan como colegisladores junto con la Unión.

AGUILAR GRIENDER, H (2010) y ALICIA CHICHARRO LÁZARO (2010) reconocen y enumeran los objetivos de la cooperación judicial internacional civil contemplados en el tratado de Lisboa. En primer lugar, se puede observar que el objetivo principal es facilitar una tutela judicial efectiva, contemplado en el artículo 65 del tratado de Lisboa – y en el reciente artículo 81 del TFUE antes citado – se trata de una novedad dado que este precepto no se contemplaba en el artículo 65 del TCE y, además, se encuentra plasmado en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Otro objetivo del tratado de Lisboa pretende unificar las normas de Derecho Internacional Privado de los estados miembros, el artículo 65 establece medidas que adoptarán los estados miembros como las del apartado 2 (subapartados b y d), para garantizar la notificación y el traslado de documentos judiciales y extrajudiciales, la cooperación en la obtención de pruebas, procurando así la armonización de ciertos ámbitos del derecho procesal interno de los países miembros, armonizándolos para prevenir trabas que limiten la plena efectividad del derecho a tutela judicial de los ciudadanos de la UE cuando se traten conflictos transfronterizos.

De acuerdo con la vigente normativa europea, sigue en vigor el Reglamento (CE) 1206/2001 sobre Cooperación en la Obtención de Pruebas en Materia Civil, que Tiene carácter intraeuropeo, lo que significa que la obtención de pruebas debe tener lugar en otro estado europeo – por tanto, se entiende que el material probatorio debe encontrarse en ese estado. El ejercicio de la prueba, de conformidad con el reglamento anterior, se realizará a instancia de esta, priorizando una comunicación directa entre los órganos jurisdiccionales competentes en virtud del artículo 2.

6. LA RELEVANCIA DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL EN ESPAÑA

La base de la cooperación judicial internacional es, garantizar la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales, recogida en la Constitución Española en su artículo 24⁵⁰. A fin de que no se efectúe una indefensión hacia las partes del proceso en el supuesto de un conflicto transnacional, es imprescindible la existencia de una legislación española que garantice la cooperación entre las autoridades españolas y las autoridades extranjeras, con el fin de facilitar el proceso.

En caso de que no se apliquen los instrumentos jurídicos europeos e internacionales, se impondrá el ordenamiento español sobre cooperación jurídica internacional, que se clasifica en tres grupos. Primero, la ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil; la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) en sus artículos 276 a 278 y la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) en su artículo 177.

La Ley 29/2015, de 30 de julio, una ley tardía que debería haberse aprobado hace casi diez años, se considera central para el sistema de cooperación judicial de España, siendo Las disposiciones anteriores de la LOPJ y la LEC, en palabras de los Catedráticos ALFONSO LUIS CALVO y JAVIER CARRASCOSA (2017), no son más que un recordatorio de la necesidad de remitirse a las normas europeas y a la propia ley 29/2015. Además, se aprobó el Reglamento 1/2018 sobre Auxilio judicial internacional y redes de cooperación judicial internacional con el objetivo de organización y dirección necesarios para lograr la cooperación judicial internacional.

Este apartado tratará, en primer lugar, de las reglamentaciones establecidas en la Ley 29/2015 y su eficacia práctica será objeto de análisis, centrándose en el sistema español de notificación, el traslado de documentos y la práctica de la prueba, destacando ciertas deficiencias que se explicarán a continuación. Posteriormente, se hará una breve presentación del Reglamento 1/2018, en un

⁵⁰ Constitución Española (1978) Artículo 24, Sección 1º del Título I, Capítulo segundo.

intento de desarrollar lo dispuesto en la Ley 29/2015. Sin embargo, debido al carácter complementario de ambas legislaciones, detectamos la dificultad de progresar en los sistemas de cooperación sin reformas en las normas europeas.

6.1. Ley 29/2015, de 30 de julio, cooperación judicial internacional en ámbito civil

6.1.1. Caracteres básicos

Esta ley fue promulgada con el objetivo de superar las fallas características del sistema procesal del derecho internacional privado en nuestro país, ya que antes de la aprobación de esta ley no existían regulaciones sobre la cooperación jurídica internacional al margen de los tratados y los convenios. Se incorporan avances y soluciones que se adaptan a la complejidad a medida que el tráfico jurídico internacional comienza a hundirse. Frente los actuales desafíos mediáticos, la ley de cooperación judicial internacional pretende responder, técnicamente, al desarrollo de mecanismos de cooperación obsoletos.

La ley 29/2015 determina las bases para una cooperación extraeuropea, es decir, entre España y terceros países⁵¹. En cuanto al ámbito intraeuropeo, debido a la naturaleza subsidiaria de esta ley, establecido en el artículo 2 de la misma, solo regirá aquellos mecanismos que no hayan sido previamente establecidos por normativa europea, convenios internacionales o por los reglamentos en los que España sea parte.⁵² Respecto al procedimiento de notificación, traslado de documentos y práctica de la prueba, la ley establece unas pautas de actuación, pero se remitirá a la normativa europea que desarrolle las materias anteriores.

El legislador no pretende establecer la reciprocidad en el procedimiento cooperativo, ni exige la cooperación de otro Estado para que España coopere⁵³. Esa idea está estrechamente vinculada al preámbulo II, que establece la importancia de proteger los derechos de los ciudadanos consiguiendo la efectiva

⁵¹ Preámbulo de la Ley 29/2015,30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

⁵² Artículo 2 de la Ley 29/2015, 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

⁵³ Artículo 3.3 de la Ley 29/2015, 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

materialización del derecho a una tutela jurídica efectiva. Como tal, esta ley protegería los intereses de los ciudadanos, incluso si el otro país no cooperara con las autoridades españolas. La base fundamental de la cooperación judicial internacional radica, por tanto, en el objetivo de proporcionar un acceso rápido y seguro a la justicia para todos, tal como se establece en el artículo 3.3.

Por tanto, la justicia debe ser rápida y eficaz, y eso es lo que pretende la Ley 29/2015. Para ello, ha desarrollado un sistema de comunicación directa, como el sistema de regulación los Reglamentos de la Comisión Europea descrito anteriormente, contemplado en su artículo 4, a través de él, las autoridades competentes de los diferentes estados se comunican directamente sin intermediarios de ningún tipo, sin perjuicio de la independencia de las autoridades judiciales, el derecho de defensa de las partes involucradas en el caso.⁵⁴ El TJUE, que apoya la efectividad de los procesos judiciales, señala en el asunto C-325/18 que el sistema de comunicaciones directas se elabora con el objetivo de simplificar y agilizar el proceso⁴⁸.

Estas comunicaciones directas podrán realizarse por correo electrónico, oralmente por teléfono, videoconferencia o cualquier medio de transmisión de audio. Según IGNACIO GOICOECHEA (2016), El objeto de esta comunicación podría ser, por ejemplo, una solicitud de información sobre cualquier aspecto de un sistema legislativo extranjero o cualquier característica particular que vincule a los dos jueces implicados⁵⁵. Por lo tanto, la introducción de medios electrónicos de comunicación directa entre las jurisdicciones es un gran avance con respecto a los Reglamentos europeos ya promulgados. La ley 29/2015 regula numerosos ámbitos de la cooperación internacional en el proceso civil, la litispendencia internacional, el exequátur, el reconocimiento y ejecución de sanciones, notificación y el traslado de documentos, práctica de pruebas, etcétera.

⁵⁴ CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS; CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER (2017) (p 43.) "Asistencia judicial internacional"

⁴⁸ tribunal de Justicia de la Unión Europea. (Sala Primera) Sentencia del 19 de septiembre de 2018 Hampshire County Council contra C.E. y N.E. (Asunto C325/18.)

⁵⁵ GOICOECHEA, I. (2016) Nuevos desarrollos en la cooperación jurídica internacional en materia civil y comercial, (p.139) *Revista da secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*

6.1.2. La práctica de la prueba procesal

El Capítulo IV de la ley establece una serie de normas que se impone al procedimiento de prueba procesal. Cuando la prueba se solicite desde España, deberá recabar la información exigida en los artículos 10 y 30 de la Ley. La solicitud debe entonces indicar la legislación en la que se verá envuelto el proceso o si se utilizarán medios tecnológicos.

Se detecta, pues, la falta de atención del legislador sobre los medios tecnológicos para la obtención y realización de pruebas, sin mencionar la videoconferencia, que constituye el medio telemático por excelencia. Casi diez años antes de que se adoptara dicha ley, el TS en la sentencia 971/2004, de 23 de julio de 2004, reconoce a la videoconferencia como método de obtención de pruebas desde Estados Unidos, incluso antes de que en España existieran normas procesales que respaldaran este método procesal⁵⁶.

La Ley 29/2015 define otros puntos del proceso como el requerimiento de las partes interesadas y describe los procedimientos para la recogida de pruebas. Este procedimiento, como determina el artículo 31, deberán definir los diferentes aspectos según el tipo de prueba a ejercer, tratándose de prueba documental, testifical, entre otros. Por ejemplo, en el supuesto de que la prueba sea testimonial, se debe incluir la información de los testigos y las preguntas que se formularán. Asimismo, deberá constar el derecho a no declarar y a no presentar documentos, según la ley del estado extranjero o la ley del requirente.

Por otra parte, cuando una autoridad extranjera solicita el ejercicio de la prueba, deben respetarse las garantías de la legislación española y esta prueba debe realizarse de conformidad con las normas de procedimiento españolas, de acuerdo al artículo 29 de la ley. Este artículo también señala que cuando se exija en España la práctica de la prueba antes del inicio de un proceso judicial extranjero, se requiere que la práctica sea efectúe de forma anticipada y se admita de conformidad a la legislación española⁵⁷.

⁵⁶ Sala de lo Penal del Tribunal Supremo STS 971/2004 de 23 de julio

⁵⁷ Artículo 29 de la Ley 29/2015, del 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

La legislación española reconoce la cooperación judicial en la obtención y práctica de pruebas por medios tecnológicos, pero al final, es evidente que no es suficiente, por haberse adoptado recientemente. El papel que juega la protección del derecho español se hace evidente cuando lo que realmente se requiere es la cooperación de las legislaciones y de los medios de comunicación, además de adaptar el poder legislativo español a las nuevas tecnologías.

6.2. Reglamento 1/2018 sobre Auxilio judicial internacional

Conforme a lo ya mencionado, en septiembre de 2018 se aprobó este reglamento que manifiesta la necesidad de desarrollar los instrumentos y sistemas de organización entre las autoridades judiciales puesto que, como puede verse por el análisis anterior, la ley 29/2015 peca al no ahondar en el sistema, solo se limita a exponer las características básicas de la regulación de la cooperación judicial internacional en el estado español, pero sin ninguna aplicación práctica, y por ello nace la Reglamento 1/2018.⁵⁸.

Sin embargo, su carácter subsidiario, al igual que ocurre con la Ley 29/2015, imposibilita la notificación, el traslado de documentos y la recogida de pruebas, ya que ambas legislaciones se remiten a la normativa europea en esta materia y, además, estas leyes europeas prevalecen sobre el derecho nacional, con independencia de actualización de la ley española, no podrá aplicarse y desarrollarse libremente hasta que se reformen los reglamentos mencionados.

⁵⁸ Boletín Oficial del Estado (15 de octubre de 2018) Reglamento 1/2018, de 27 de septiembre, sobre auxilio judicial internacional y redes de cooperación judicial internacional.

7. LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO

7.1. Régimen anterior

En el siglo XIX, la Sala Primera del Tribunal Supremo introdujo una serie de normas para determinar el tratamiento procesal del derecho extranjero en España, que no estaban presentes en el proyecto original de Código Civil de 1889. Se puede sintetizar tres grandes reglas o proposiciones.⁵⁹:

- 1) El derecho extranjero siempre debe ser invocado por no tratarse procesalmente como derecho, ya que ello supondría un ataque a la soberanía española, ya que en España esto significa aceptar “mandatos de soberanos extranjeros”. Por tanto, para el Tribunal Supremo, el derecho extranjero es un hecho procesal⁶⁰.
- 2) Un juez tiene potestad, pero no la obligación, de injerir en la práctica de la prueba del derecho extranjero. Sin embargo, TS nunca indicó cuándo podía intervenir un juez, de modo que era discrecional⁶¹.
- 3) El tribunal fallará de conformidad al Derecho material español, en caso de que la parte interesada no prueba el Derecho extranjero⁶².

De este modo, a lo largo del siglo XX los tribunales españoles siguieron por unanimidad las normas establecidas por la Sala Primera del Tribunal Supremo, sin que las posteriores modificaciones legislativas (art. 12.6.II CC y la Constitución española de 1978) tuvieran el más mínimo efecto en la esfera del tratamiento procesal del Derecho extranjero. Esto se debía a la falta de

⁵⁹ CALVO, A., CARRASCOSA, J. (2006). “La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles. Estudios De Deusto 54 (2), 61-109. [https://doi.org/10.18543/ed-54\(2\)-2006pp61-109](https://doi.org/10.18543/ed-54(2)-2006pp61-109) *Revista de Derecho Público* (p.68)

CALVO, A., (2016) “Aplicación judicial del derecho extranjero en España. consideraciones críticas. Vol. 68/2, *Revista Española de Derecho Internacional*.

⁶⁰ Algunas de las sentencias en las que el TS recoge esta primera regla son: STS 21 junio 1864 STS 20 marzo 1877, STS 7 noviembre 1896, STS 1 febrero 1934, STS 5 noviembre 1971.

⁶¹ Algunas de las sentencias en las que el TS recoge esta segunda regla son: STS de 26 de mayo de 1887, STS de 30 de enero de 1930, STS de 14 de diciembre de 1940.

⁶² Algunas de las sentencias en las que el TS recoge esta tercera regla son: STS de 16 de diciembre de 1960, STS del 10 de diciembre de 1966, STS del 9 de mayo de 1988.

coherencia entre los dos apartados del art. 12.6 CC⁶³, dado que en el primero de ellos se refleja la condición de norma jurídica del derecho extranjero; el segundo punto, sin embargo, lo consideraba un acto que atribuía la carga de la prueba de la ley extranjera a la parte que la invocaba, eso sí, permitiendo la cooperación del Tribunal en su investigación. Por consiguiente, la falta de claridad del párrafo 6 del art. 12 del CC dio lugar a diferentes interpretaciones⁶⁴, imponiéndose la tendencia que hasta ahora el Tribunal Supremo había mantenido, esto es, considerar el derecho extranjero como un hecho⁶⁵.

7.2. Régimen actual

Hoy, tras la derogación del segundo punto del artículo 12.6 del Código Civil con la entrada en vigor de la Ley 1/2000, dos preceptos rigen la prueba del derecho extranjero: el artículo 281.2 LEC, y tras la promulgación de una nueva ley de cooperación jurídica internacional, surge una nueva disposición, el artículo 33 LCJI.

Todas las cuestiones que se derivan de la prueba del derecho extranjero contenida en los dos principios anteriores requieren especial atención, por su carácter abierto, y susceptible de un análisis en profundidad, pues no existe un consenso sobre, ni doctrinal ni jurisprudencialmente.

⁶³ Artículo 12.6.II CC: “1. Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español. 2. La persona que invoque el Derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas.”

⁶⁴ Algunas sentencias han optado por una interpretación contraria. en ausencia de pruebas de las partes, el juez está obligado a probar el derecho extranjero. (SAP Oviedo, Sec. 4.ª, 13 marzo 1990, SAP Granada, Sec. 3.ª, 12 febrero 1992).

⁶⁵ CALVO, A., CARRASCOSA, J. (2006). “La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles. Estudios De Deusto 54 (2), 61-109. [https://doi.org/10.18543/ed-54\(2\)-2006pp61-109](https://doi.org/10.18543/ed-54(2)-2006pp61-109) (pp.68-69), *Revista de Derecho Público*

Gómez Jene, Miguel; Guzmán Zapater, Mónica; Herranz Ballesteros, Mónica; Pérez Vega, Elisa; Vargas Gómez-urrutia, Marina (2021) “Lecciones de Derecho Internacional Privado” Valencia: TIRANT LO BLANCH (p.286)

7.2.1. ¿El Derecho extranjero es una cuestión de hecho o de Derecho?

El artículo 281.2 LEC es una de las normas que regulan la prueba del derecho extranjero frente los tribunales españoles. Es necesario precisar su redacción, para comprender su carácter abierto e indefinido, la consecuencia de ello es la falta de uniformidad en cuanto a la formación jurídica del derecho extranjero, y el resultado es una heterogeneidad jurídica de tesis.

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

Es una norma que ofrece una reglamentación parcial, es decir, no completa su contenido de manera exhaustiva, ofreciendo, de esta manera, una regulación de líneas generales. El poder legislativo, ha asumido por facultar legalmente a los operadores jurídicos, de modo que estos son los que finalmente terminan delimitando su interpretación jurisdiccional⁶⁶.

El efecto principal y más importante proviene de la naturaleza abierta del arte. 281 LEC, es la falta de consenso sobre si el derecho extranjero es un hecho procesal o un derecho. Existe un debate contradictorio entre la jurisprudencia y la doctrina.

Este conflicto se debe al derogado art. 12.6.II CC y al segundo apartado del art. 281 LEC. resulta evidente que existe una modificación sustancial, en la regulación anterior en relación con el actual, que va desde la declaración expresa de que la carga de la prueba en virtud de la legislación extranjera

⁶⁶ CARRASCOSA, J. (2006). Cinco años después de la LEC 1/2000: Algunos interrogantes en torno a la prueba del Derecho extranjero. *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*. Vol. 1, nº1, (p. 3)

recae sobre las partes para desaparecer en la nueva regulación, la mención expresa de la carga de la prueba en el derecho extranjero.

Así, el hecho de que las normas aplicables no aborden la ambigua cuestión de la carga de la prueba del derecho extranjero ha dado lugar a interpretaciones contradictorias, diferenciando así, cuál es la posición mayoritaria que apoya la doctrina y cuál la jurisprudencia⁶⁷.

La práctica judicial, en su mayor parte, sigue enraizado en la jurisprudencia secular del TS, de considerar el derecho extranjero como un hecho (STS del 25 de enero de 1999⁶⁸). Ello se debe en parte a que interpretan el art. 281.2 LEC como el derogado art.12.6. II CC; pero también porque el art. 281.2 continúa exigiendo la prueba del derecho extranjero.; Dicho de otro modo, la retención continuada del término “*prueba*” puede conducir al error de imputación a las partes. (como ocurría con el antiguo art. 12.6.II CC). Por consiguiente, debería modificarse el término “*probar*” por “*verificar*” o “*averiguar*”, para recalcar que no nos encontramos ante una auténtica actividad probatoria y que, por lo tanto, es imposible equiparar la prueba del derecho extranjero con la prueba de los hechos⁶⁹.

La doctrina científica optó por una interpretación completamente diferente, dentro del mismo grupo existe una división, están quienes contemplan el Derecho extranjero como un Derecho y, por el contrario, quienes lo contemplan como un *tertium genus* entre el Derecho y los hechos procesales. La primera interpretación cuenta, con el respaldo de una minoría doctrinal,

⁶⁷ CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS, Y JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ. 2012. “La Prueba Del Derecho Extranjero Ante Los Tribunales españoles”. *Estudios De Deusto* 54 (2), 61-109. [https://doi.org/10.18543/ed-54\(2\)-2006pp61-109](https://doi.org/10.18543/ed-54(2)-2006pp61-109) (P.91) *Revista de Derecho Público*

⁶⁸ El Tribunal Supremo sostiene que “el Derecho extranjero supone una cuestión de hecho, y como tal ha de ser alegada por la parte invocadora, siendo necesario acreditar tanto la exacta entidad del Derecho vigente, como su alcance y autorizada interpretación”

⁶⁹ PICÓ I JUNOY, “Práctica de la prueba del derecho extranjero” (pp. 34-36) Madrid: la ley-actualidad

⁶⁹ VIRGÓS, M., GARCIMARTÍN, F. (2007). “Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional” Pamplona: Civitas. (pp. 526-527).

puesto que la mayoría apoya a la última interpretación por considerar que se ajusta mejor al contenido del art. 281 LEC⁷⁰.

Así pues, si nos fijamos en la naturaleza literal de este precepto, entendemos que el Derecho extranjero no es un hecho procesal, el precepto diferencia una cosa de la otra, así, el primer punto se refiere a la necesidad de presentar pruebas de los hechos, mientras que en el segundo punto se refiere a la prueba de la costumbre y el derecho extranjero.

Conforme M. V. CUARTERO RUBIO: “este trato probatorio conjunto de la costumbre y del Derecho extranjero, es un claro síntoma de que no se trata de simples hechos, sino de auténticas fuentes del Derecho, aunque también deban ser probados”⁷¹.

Por consiguiente, su carácter particular significa que el derecho extranjero se asimila a veces al requisito procesal de los hechos (al ser las partes las que las partes deben tratar de demostrar el derecho extranjero.) así como en otros casos, a las normas jurídicas nacionales (cuando la aportación de la parte no sea suficiente, el Tribunal podrá examinarla de oficio.), quedando establecida la naturaleza procesal híbrida del Derecho extranjero.

Sin embargo, la práctica del Tribunal Supremo, así como de otros órganos judiciales inferiores, parece haber variado, adaptándose a los nuevos tiempos, la sentencia del TS 17 de abril de 2015⁷² viene a sostener con sus alegaciones el carácter *tertium genus* del Derecho extranjero. Sobresale la siguiente

⁷⁰ VIRGÓS, M., GARCIMARTÍN, F. (2007). “Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional” Pamplona: Civitas. (pp. 528).

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

CARRASCOSA, J., (13 junio 2015) Breves reflexiones sobre la STS del 17 de abril de 2015. Principio de adquisición procesal y prueba del Derecho extranjero y muchas cosas más. [Post en un Blog]. Recuperado de: [Breves reflexiones sobre la STS 17 abril 2015. Principio de adquisición procesal y prueba del Derecho extranjero y muchas cosas más. | \(accursio.com\)](#)

⁷¹ FERNÁNDEZ, J. C., SÁNCHEZ S. (2013). “Derecho Internacional Privado”. Pamplona: Civitas. (p.163).

⁷² CARRASCOSA, J., (13 junio 2015) Breves reflexiones sobre la STS 17 abril 2015. Principio de adquisición procesal y prueba del Derecho extranjero y muchas cosas más. [Post en un Blog]. Recuperado de: [Breves reflexiones sobre la STS 17 abril 2015. Principio de adquisición procesal y prueba del Derecho extranjero y muchas cosas más. | \(accursio.com\)](#)

argumentación.: “Si de acuerdo con la norma de conflicto española es aplicable el Derecho extranjero, la exigencia de prueba de este no transforma el Derecho extranjero, con respecto al conjunto de reglas para la solución de controversias, en un simple hecho...”. TS entiende que el derecho extranjero no es sólo un hecho procesal, porque de ser así, el tribunal no puede interferir en su prueba.; Además, no desempeña la misma función que los hechos en el proceso, debido a que su labor es estrictamente jurídica, consistente en resolver el fondo del conflicto (SAP Tarragona 13 abril 2011). Además, continúa diciendo que: “El régimen de prueba del Derecho extranjero en el proceso judicial desarrollado en España es el régimen de prueba que el legislador ha previsto para los *hechos procesales*. El Derecho extranjero recibe un tratamiento similar al que reciben los hechos, pues debe ser objeto de alegación y prueba”.⁷³ El tratamiento jurídico de los “hechos procesales” y del Derecho extranjero es *similar*, pero no *igual* o *el mismo*: los hechos procesales y Derecho extranjero son realidades diferentes”.

Por lo tanto, se observa una mutación en el criterio de las sentencias del TS, que comienzan a disociarse del reconocimiento arcaico del Derecho extranjero como un hecho procesal, para seguir la interpretación predominante de la doctrina y una mejor adaptación al carácter literal del art. 281.2 LEC, esto es, contemplar al Derecho extranjero como un *tertium genus*.

7.2.2. ¿Quién debe probar el Derecho extranjero?

Empezando por incuestionable prueba del Derecho extranjero, al amparo de los art. 281.2 LEC y 33 LCJI, surgen nuevos interrogantes: ¿quién debe atender a la prueba? ¿a las partes?, al encontrarse frente una carga procesal; ¿o asimismo al Tribunal?, por ser cuestión de Derecho.

⁷³ José Carlos Fernández Rozas (2022) Transporte marítimo en régimen de conocimiento de embarque: en virtud de la Cláusula Paramount son de aplicación las Reglas de la Haya-Visby (SAP Madrid 28ª 14 enero 2022) (Post en un blog)

Recuperado en [Transporte marítimo en régimen de conocimiento de embarque: en virtud de la Cláusula Paramount son de aplicación las Reglas de la Haya-Visby \(SAP Madrid 28ª 14 enero 2022\) – El Blog de José Carlos Fernández Rozas \(fernandezrozaz.com\)](#)

Como se mencionó anteriormente, la jurisprudencia mayoritaria considera que son las partes las que deben probar y argumentar sobre el derecho extranjero, si pretenden respaldar sus pretensiones en virtud de esa norma foránea, ya que la función del juez está supeditado a la potestad, no a la obligación, de intervenir en su investigación a través de medios e instrumentos de que dispone.

Sin embargo, el carácter facultativo del apartado final del artículo 281.2 de la LEC es contrario al carácter imperativo de la norma de conflicto (12.6 CC). Con el fin de resolver esta ambigüedad, el Tribunal Constitucional dictó sentencia, cuyo propósito consistía en resolver esta aparente contradicción entre el artículo 281.2 LEC *in fine* y el artículo 12.6 CC.

La sentencia (STC 10/2000⁷⁴) viene a decir que, si la parte interesada es diligente desde el punto de vista del procedimiento, aporta pruebas sobre el contenido y la validez del Derecho extranjero, usando todos los medios de prueba a su disposición, y aun así, el juez considera que no ha sido suficientemente probado, en vista de que no ha quedado satisfecho sobre el contenido, el juez *deberá* investigar por sí mismo la norma foránea con el fin de formar una noción más clara.

El TC, comprende que: “hubiese exigido a los órganos judiciales, y dadas las singularidades del caso, una participación más activa en la consecución de dicha prueba una vez que se aporta un principio de prueba, sin que en algún momento del procedimiento se dé razón de por qué no se acudió a otras medidas complementarias, habida cuenta de la facultad que el art. 12.6.II CC confiere a los órganos judiciales”.

El TC responsabilizó al órgano jurisdiccional por impedir una práctica de la prueba que fuera adecuada y no prestar a la parte la colaboración requerida, por medio de los instrumentos de cooperación judicial internacional, cuando

⁷⁴ Tribunal Constitucional (Sentencia 10/2000) del 17 de enero del 2000, estimó y entendió el recurso como un supuesto de denegación de justicia, el hecho de que el juzgador no procediera a colaborar en la práctica de la prueba y concluyera en la estimación de la demanda por causa de prueba insuficiente del derecho extranjero.

se produjo una diligencia probatoria por parte interesada. Por lo tanto, la concepción del Derecho extranjero como hecho y Derecho, con respecto a la prueba del derecho extranjero, requiere la responsabilidad solidaria de las partes y el órgano judicial⁷⁵. Cuando la parte haya utilizado todos los medios a su alcance, sin éxito, la colaboración del juez pasa de ser facultativa a ser obligatoria.⁷⁶

Distinto sería, según la STC 10/2000, que ninguna de las partes recurra a la ley extranjera, o que invocándole no faciliten prueba sobre la ley foránea, puesto que, si así fuera, el juez deberá pronunciarse de conformidad con la legislación española, ya que no ha existido un mínimo de diligencia probatoria por parte de las partes.⁷⁷

No obstante, el pronunciamiento constitucional no parece haber tenido mucho efecto sobre la práctica judicial, puesto que los aplicadores de la ley consideran que, si la norma extranjera no ha sido probada de manera suficiente, suscitando dudas conceptuales, En lugar de utilizar sus propios medios, deciden resolver la controversia basándose en el derecho del foro. (opción adoptada por la Sala Civil del TS: STS del 25 de enero de 1999, STS del 29 de diciembre de 2003, STS 4 de julio de 2006), o el sobreseimiento de la demanda (Sala de lo Social del TS: STS del 22 de mayo de 2001, 25 de mayo de 2001). Por lo tanto, los jueces asumen una función pasiva, interpretando este poder en el sentido más estricto, desperdiciando la oportunidad de asistir a las partes en la investigación legal, incumpliendo el carácter imperativo de las normas de conflicto, y la STC 10/2000.⁷⁸

⁷⁵ CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS, Y JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ. 2012. "La Prueba Del Derecho Extranjero Ante Los Tribunales españoles". *Estudios De Deusto* 54 (2), 61-109. [https://doi.org/10.18543/ed-54\(2\)-2006pp61-109](https://doi.org/10.18543/ed-54(2)-2006pp61-109). (p.85) *Revista de Derecho Público* FERNÁNDEZ, J. C., SÁNCHEZ S. (2013). "Derecho Internacional Privado". Pamplona: *Civitas*. (pp.163-166).

⁷⁶ Así lo manifestó el T.C (STC 10/2000 de 17 de enero), exigiendo en ese supuesto, la colaboración del juez en la prueba del derecho extranjero.

⁷⁷ GÓMEZ JENE, MIGUEL; GUZMÁN ZAPATER, MÓNICA; HERRANZ BALLESTEROS, MÓNICA; PÉREZ VEGA, ELISA; VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, MARINA (2021) "Lecciones de Derecho Internacional Privado" Valencia: *TIRANT LO BLANCH* (p.289)

⁷⁸ CALVO, A., CARRASCOSA, J. (2006). "La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles. *Estudios De Deusto* 54 (2), 61-109. [https://doi.org/10.18543/ed-54\(2\)-2006pp61-109](https://doi.org/10.18543/ed-54(2)-2006pp61-109) *Revista de Derecho Público*. (pp.72-73)

Para agravar la cuestión, y resaltar la total controversia jurisprudencial en torno a esta materia, el TS en la sentencia del 10 de junio de 2005, se aparta de su línea predominante de apreciación, abriendo una nueva trayectoria, a través de dicha manifestación.: “en efecto, los hechos están regidos por la regla de aportación de parte (quod non est in actis non est in mundo), en cuanto que, en nuestro ordenamiento, el Tribunal tiene la facultad a fin de valerse de cuantos medios de averiguación considere necesarios para la aplicación del Derecho extranjero (artículo 12.6.2 CC, redacción anterior a la Ley 1/2000, de 7 de enero, LEC que era la vigente al interponerse la demanda, y artículo 281.2 de esta última Ley), lo que significa tanto como que debe aplicarlo si es que lo conoce y, al fin, que de hecho la aportación de parte sólo sea necesaria para suplir aquella información. Por otro lado, la norma jurídica extranjera viene designada por la de conflicto del foro, que pertenece al ordenamiento que el Tribunal debe aplicar de oficio. Como consecuencia el derecho extranjero no tiene que ser alegado en el proceso por las partes para que el Juez deba tener en cuenta la designación que de él efectúa la norma de conflicto, por mucho que sea para para que reciba el tratamiento procesal que corresponda. Las partes deben alegar hechos que, debido a la presencia de elementos extranjeros, están incluidos en la disposición de la norma de conflicto. Tal alegación es suficiente para que, como finalidad de la norma, se entienda que la controversia debe ser resuelta según el Derecho extranjero designado”.

Por lo tanto, la presente sentencia del TS incluye una nueva línea al estipular que el derecho extranjero es aplicable con arreglo a la norma de conflicto, independientemente de que las partes la invoquen previamente en el procedimiento.; el juez debe aplicarlo, aun cuando las partes no lo prueben⁷⁹.

⁷⁹ CALVO, A., CARRASCOSA, J. (2006). “La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles. Estudios De Deusto 54 (2), 61-109. [https://doi.org/10.18543/ed-54\(2\)-2006pp61-109](https://doi.org/10.18543/ed-54(2)-2006pp61-109) Revista de Derecho Público (p.74)

CARRASCOSA, J (2006) “Cinco años después de la LEC 1/2000: algunos interrogantes en torno a la prueba del Derecho extranjero” (pp.5-6) *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas*; Vol 1, No 1

7.2.3. Carga de la prueba del Derecho extranjero

La formulación del párrafo 2 del artículo 281 de la LEC, admite que el Derecho extranjero sea probado tanto por las partes –sin identificar si ambos deben hacerlo indistintamente, o solo la parte que basa su demanda en el Derecho a probar– como por la autoridad judicial.

En este apartado sólo se analizará la carga de la prueba de la legislación extranjera a petición de una parte, para determinar a qué parte le corresponde realizar la prueba, ante la deficiente concreción del artículo 281.2 LEC.

Frente a un conflicto con elementos de los extranjeros, en el cual la norma de conflicto establezca que la ley aplicable a ese supuesto es una norma distinta a la Ley del foro, las partes deben probar la ley extranjera para su ulterior aplicación por el tribunal. Es cierto que la LEC no señala si la prueba recae al demandante o al demandado, en ausencia de indicación jurídica, se aplicarán las disposiciones generales, en concreto el artículo 217.2 y el 3 de la LEC, en virtud de la cual el demandante debe alegar y probar la legislación extranjera si ésta es la base de su pretensión, y el demandado hará lo mismo si fundamenta su contestación a la demanda o su reconvención en ella. Así lo recoge específicamente el TS en su jurisprudencia: *“Por ello, el segundo párrafo del artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige la prueba de “su contenido y vigencia”, si bien, de conforme al principio de adquisición, la LEC no pone la prueba a cargo de “la persona que reclame el derecho extranjero”.*

De esta sentencia se desprende un perjuicio que el demandado debe soportar si no prueba la ley extranjera. Según JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ: *“La conclusión del TS es injusta ya que no solo obliga al demandado a soportar la inactividad probatoria del demandante, sino que es contraria a la imperatividad de la norma de conflicto y al principio de congruencia”.*

Por lo tanto, el demandado ha de estar vigilante, pues, si la aplicación del Derecho extranjero resulta vital para garantizar su estrategia procesal, debe probarlo (en caso de que no lo pruebe el demandante), no sirve la simple la contestación y declarar en ella que corresponde al demandante probar ese Derecho, puesto en ese caso, el tribunal adoptará el derecho material español, por lo tanto, siguiendo la jurisprudencia del TS⁸⁰.

7.2.4. El Objeto de la prueba del Derecho extranjero

La formulación del art. 281.2 LEC “[...]El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia [...]”, y el art. 33.1 LCJI: “La prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero se someterá a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones aplicables en la materia”, determina cual ha de ser objeto de prueba del Derecho extranjero.⁸¹

Con el fin de ser capaces de definir en qué consiste este objeto debemos formularnos las siguientes cuestiones:

- 1- ¿Qué se debe entender con la prueba del contenido y la validez del Derecho extranjero previsto por la norma de conflicto española?
- 2- ¿Basta con probar solamente ambos extremos, o es necesario probar, además, otros aspectos del Derecho extranjero?

Una vez más, la LEC no brinda declaraciones al respecto. Asimismo, el artículo 33.1 LCJI, se limita a remitirse de forma genérica a las normas de la LEC que regulan esa cuestión; se sobreentiende que, en particular, hace referencia al artículo 281.2 de la LEC, ya que regula de forma expresa esta

⁸⁰ CARRASCOSA, J (2006) “Cinco años después de la LEC 1/2000: algunos interrogantes en torno a la prueba del Derecho extranjero” (pp.5-6) *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas*; Vol 1, No1

CARRASCOSA, J., (13 junio 2015) Breves reflexiones sobre la STS 17 abril 2015. Principio de adquisición procesal y prueba del Derecho extranjero y muchas cosas más. [Post en un Blog]. Recuperado de: [Breves reflexiones sobre la STS 17 abril 2015. Principio de adquisición procesal y prueba del Derecho extranjero y muchas cosas más. | \(accursio.com\)](https://accursio.com/2015/06/13/breves-reflexiones-sobre-la-sts-17-abril-2015-principio-de-adquisicion-procesal-y-prueba-del-derecho-extranjero-y-muchas-cosas-mas/)

⁸¹ GÓMEZ JENE, MIGUEL; GUZMÁN ZAPATER, MÓNICA; HERRANZ BALLESTEROS, MÓNICA; PÉREZ VEGA, ELISA; VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, MARINA (2021) “Lecciones de Derecho Internacional Privado” Valencia: *TIRANT LO BLANCH* (pp. 288-289)

cuestión, dejándola abierta a otros posibles preceptos de la LEC que puedan ser aplicables⁸². Por otro lado, el art. 33.1 LCJl *in fine*, también identifica que, además de la LEC, la prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero, serán objeto de las demás disposiciones pertinentes. Este último inciso, se caracteriza por la incertidumbre de su significado; el legislador no quería que las normas de la LEC fueran las únicas que regularan el objeto de la prueba de la ley extranjera, Por esta razón, ha previsto, por medio de una redacción abierta, la posibilidad de que los órganos judiciales apliquen todas las normas que estimen oportunas para regular tal cuestión.

Con carácter excepcional, tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la doctrina internacional privatista coinciden en este punto, esto significa que deben probarse todos los aspectos de derecho extranjero necesarios para que el tribunal español resuelva el conflicto de la forma más aproximada a como lo haría un tribunal de ese Estado extranjero. (STS del 30 de junio de 1960, STS 5 de noviembre 1971). El objeto de prueba del Derecho extranjero es la legislación extranjera como sistema jurídico⁸³.

La STS de 25 enero de 1999, y autores ilustres, (CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ), afirman que los puntos que deben probarse son: “a) el contenido del derecho foráneo, el contenido literal de las normas extranjeras; b) La validez y existencia de leyes extranjeras, lo que es importante respecto a los estados de nueva creación y en los casos en que pueda haber un conflicto entre la ley de un país en particular y la constitución del país allí.; c) Interpretación específica de las normas del derecho extranjero: incluida la prueba de la jurisprudencia extranjera aplicable y la interpretación del derecho extranjero; d) la aplicabilidad de una ley extranjera al caso concreto”.

Así, la prueba exhaustiva del derecho extranjero asegura que dicho sistema no suscita "la más mínima duda razonable ante los tribunales españoles"

⁸² CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS, Y JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ. (2012). “La Prueba Del Derecho Extranjero Ante Los Tribunales españoles”. *Estudios De Deusto* 54 (2), 61-109. [https://doi.org/10.18543/ed-54\(2\)-2006pp61-109](https://doi.org/10.18543/ed-54(2)-2006pp61-109). (pp.82-83) *Revista de Derecho Público*

⁸³ VIRGÓS, M., GARCIMARTÍN, F., (2007). “Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional” Pamplona: Civitas (p. 524).

como hizo el TS (STS de 17 de julio de 2001) resolviendo las pretensiones de las partes, de forma motivada y sobre la base de la ley extranjera. Sin embargo, este requisito puede parecer excesivo aquellos órganos jurisdiccionales que opten por flexibilizar este planteamiento y “cumplir con el principio de probabilidad suficiente respecto del contenido y validez del derecho extranjero” (SAP Granada, 12 de mayo de 1992). Porque los jueces, sin aplicar sus propias leyes, dictan fallo con absoluta certeza⁸⁴

Si, previo al reconocimiento satisfactorio del derecho extranjero, el tribunal resuelve la controversia mediante la aplicación del derecho sustantivo español, la sentencia tiene un vicio de “nulidad” (SAP Málaga de 29 julio de 2004).⁸⁵

7.2.5. ¿Siempre se debe probar el contenido y vigencia de un Derecho extranjero?

La doctrina y la jurisprudencia han convenido en arrojar luz sobre la cuestión de si una ley extranjera debe probarse siempre, Cuando los tribunales españoles se encuentran con frecuencia ante un litigio internacional privado, que trata de la misma problemática y se aplica a una determinada ley extranjera (por ejemplo, la ley italiana), cual está probada ante la autoridad judicial, esta ¿siempre deberá ser aprobada? La regla general es que deba probarse en cada controversia, pues se parte del principio de que ni los jueces ni las partes tienen conocimiento del Derecho extranjero. Por tanto, para proceder a una correcta resolución de la controversia, es necesario probarlo previamente en el procedimiento.

Sin embargo, existe una excepción, la STS de 10 de junio de 2005, que establece que no es necesario probar la sustancia y validez de un derecho que se ha probado previamente ante un tribunal español, esta excepción tiene

⁸⁴ VIRGÓS, M., GARCIMARTÍN, F., (2007). “Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional” Pamplona: Civitas (p. 526)

⁸⁵CALVO, A., CARRASCOSA, J. (2006). La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles. Estudios De Deusto 54 (2), 61-109. [https://doi.org/10.18543/ed-54\(2\)-2006pp61-109](https://doi.org/10.18543/ed-54(2)-2006pp61-109) ; *Revista de Derecho Público* (p.82)

por objeto evitar demoras y costos económicos derivados de la prueba de normas extranjeras.⁸⁶

⁸⁶ Se pronuncia la sentencia de la Audiencia provincial de Baleares 26 abril 2005, considerando que la legislación inglesa relacionada con el régimen económico matrimonial está suficientemente probada, dado que las Islas Baleares albergan a un gran número de extranjeros que aplican la legislación inglesa a sus relaciones privadas, especialmente en cuanto al régimen económico matrimonial.
CALVO, A., CARRASCOSA, J. (2006). La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles. *Estudios De Deusto* 54 (2), 61-109. [https://doi.org/10.18543/ed-54\(2\)-2006pp61-109](https://doi.org/10.18543/ed-54(2)-2006pp61-109)
; *Revista de Derecho Público* (p.82)
CARRASCOSA, J (2006) “Cinco años después de la LEC 1/2000: algunos interrogantes en torno a la prueba del Derecho extranjero”, *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas*; Vol 1, No 1. (pp. 6-7).

8. TRATAMIENTO PROCESAL DE LOS MEDIOS DE PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO

Este es uno de los puntos fundamentales para lograr el fin deseado por norma de conflicto, pues de acuerdo con los medios de prueba utilizados para probar el derecho extranjero, el juez lo considerará demostrable y por lo tanto lo aplicará.; en cambio, si no lo estima probado, aplicará la legislación española (*Lex fori regit processum*). Así lo determinan VIRGÓS SORIANO Y GARCIMARTÍN ALFÉREZ⁸⁷ al afirmar que: “Los medios probatorios del Derecho extranjero tienen trascendencia en sí mismos, porque indican cómo probar ese Derecho, pero también tienen trascendencia en sede de carga de la prueba, porque indican si el juez debe resolver conforme al Derecho extranjero invocado o conforme al Derecho español”.

Es necesario analizar dos cuestiones que surgen a raíz de este análisis: qué medios de prueba son admisibles y cuándo los tribunales españoles entienden que se ha probado el derecho extranjero que alegan las partes.

8.1. Características

Existe una discusión jurisprudencial y doctrinal sobre la idoneidad de dichos medios y el tratamiento procedimental de las pruebas del derecho extranjero.

VIRGÓS SORIANO Y GARCIMARTÍN ALFÉREZ⁸⁸ observan que: “El régimen procesal del Derecho extranjero, cuando es objeto de una remisión conflictual, tiene una regulación positiva mínima: la única norma que expresamente se ocupa de esto es el artículo 281.2 LEC. Esto explica que la mayor parte de ese régimen ha sido fruto de un desarrollo judicial del Derecho. Es un régimen normativo de fuente jurisprudencial”

⁸⁷ VIRGÓS, M., GARCIMARTÍN, F., (2007). “Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional” Pamplona: Civitas (P. 530)

⁸⁸ VIRGÓS, M., GARCIMARTÍN, F., (2007). “Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional” Pamplona: Civitas (P. 518)

El carácter de "cuestión procesal" otorgado a la prueba del Derecho extranjero implica que sea el Derecho español, siguiendo el aforismo *Lex fori Regit Processum* (art. 3 LEC), el que determine los medios probatorios idóneos de ser aplicados para probar la norma extranjera. Sin embargo, el párrafo 2 del artículo 281 de la LEC no especifica los medios de prueba específicos que han de utilizar las partes para probar dicho derecho⁸⁹.

Con silencio de la LEC, lo que se logra es una interpretación y evolución mediante la doctrina y la jurisdicción, por ello, la prueba del derecho extranjero se configura como un sistema de prueba libre, entendido como la posibilidad de ir más allá de los medios de prueba en sentido estricto, pero conformes a derecho, y flexible, en tanto a la oportunidad de no tener que ajustarse a los requerimientos establecidos en la LEC para ellos.

En resumen, por analogía con el Artículo 299.3 LEC, se puede decir que todos los medios e instrumentos pueden ser utilizados para obtener la acreditación del derecho que, por su carácter, permita la correcta acreditación del contenido y la validez de la legislación extranjera, a pesar de no ser los medios de prueba previstos en la LEC, en vista de lo manifestado por CARRASCOSA GONZÁLEZ: "No se trata de probar hechos", sino de "acreditar un Derecho", son cuestiones diferentes"⁹⁰

8.2. Los medios de prueba de las partes

Los medios de prueba más comúnmente utilizados por las partes para probar el contenido y la validez de una ley extranjera son prácticamente dos:

1. La *prueba documental*, mediante documentos públicos es el medio de prueba más habitual de las partes, cabe destacar las certificaciones emitidas por la Secretaría General Técnica del ministerio de Justicia, o por

⁸⁹ CARRASCOSA, J (2006) "Cinco años después de la LEC 1/2000: algunos interrogantes en torno a la prueba del Derecho extranjero", *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas*; Vol 1, No 1. (p. 7).

⁹⁰ CARRASCOSA, J (2006) "Cinco años después de la LEC 1/2000: algunos interrogantes en torno a la prueba del Derecho extranjero", *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas*; Vol 1, No 1 (p.8)

diplomáticos o cónsules extranjeros acreditados en España o cónsules españoles acreditados en el país cuyo derecho se reclama⁹¹, , dichos documentos deben ser presentadas legalizadas o apostilladas (art. 323.3LEC) y traducidas(art. 144 LEC) También pueden presentarse documentos públicos expedidos por un fedatario público⁹².

En cuanto a la provisión de copias simples en el proceso, para tratar de acreditar las normas extranjeras, la jurisprudencia⁹³ las ha declarado inadmisibles por no considerarlas documentos públicos. No obstante, suelen ser aceptadas –aunque en menor grado–, como documentos privados, obras doctrinales de autores extranjeros, colecciones privadas de Leyes, en estos casos, se considera que tiene mayor fuerza probatoria que las fotocopias simples.

2. La *prueba pericial* se ofrece cuando las partes instruyen a un experto o a una institución de reconocido prestigio la elaboración de un dictamen pericial (art. 340.2 LEC). Éste ha sido el medio tradicional para obtención de pruebas. El Tribunal Supremo ha especificado que dicho informe debe ser aclarados por dos expertos jurídicos de la nacionalidad del Estado cuyo derecho se trate (como afirma la jurisprudencia de las SSTs de 9 de noviembre de 1984 y de 23 de octubre de 1992). Habida cuenta de su naturaleza, puede ser considerado como prueba documental o de peritaje. Sin embargo, el reciente artículo 33.4 LCJl, dota de facultad a todos los informes o dictámenes celebrados por un jurisperito, con independencia de su nacionalidad. Por tanto, en este precepto, establece la posibilidad de que los docentes de derecho internacional privado desempeñen dicho trabajo, independientemente de su nacionalidad, así como en el supuesto, de un perito alemán en Derecho inglés, dicte su informe ante los tribunales españoles. Por lo tanto, el art. 33.4 LCJl abarca todas las posibles hipótesis,

⁹¹ GÓMEZ JENE, MIGUEL; GUZMÁN ZAPATER, MÓNICA; HERRANZ BALLESTEROS, MÓNICA; PÉREZ VEGA, ELISA; VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, MARINA (2021) “Lecciones de Derecho Internacional Privado” Valencia: TIRANT LO BLANCH (p.290)

⁹² El artículo 91 del Reglamento del Registro Civil establece que “La adecuación de un hecho o documento al Derecho extranjero no conocido por el Encargado se justificará por testimonio del Cónsul en España, del Cónsul de España en el país o de Notario español que conozca tal Derecho”.

⁹³ SAP de Baleares de 26 abril de 2005; SAP Alicante 12 de mayo del 2004

cuando se trata de dictámenes, informes nacionales o internacionales, esto es, con independencia de la nacionalidad de aquel que los emite.

Pero aunque en un principio se permitan dichos medios para el convencimiento del órgano judicial, la LCJI 2015, trae consigo dos novedades, la del artículo 33.2 LCJI, donde afirma que corresponde a los órganos judiciales españoles, acreditar el contenido y vigencia de acuerdo a las reglas de la sana crítica, en segundo lugar, aunque el artículo 33.4 LCJI abarque todas las hipótesis, como dijimos anteriormente, éste rechaza que el informe o dictamen, pueda tener un carácter vinculante para los órganos judiciales españoles.⁹⁴

Finalmente, encontramos el interrogatorio a “testigos expertos en Derecho extranjero”, también conocido como *expert witness*, este medio debería de ser mucho más aplicables en nuestros tribunales, debido a su gran utilidad, de uso común en otros países, como por ejemplo en Inglaterra⁹⁵.

por último, que, a diferencia de los procedimientos civiles, en un procedimiento internacional privado, la prueba del derecho extranjero no puede aceptarse por la teoría de los hechos admitidos por ambas partes. El art. 281.3 LEC, solo se aplica únicamente a los *hechos* no a la normativa extranjera.

Es suficiente, el uso de un único medio de prueba, si con ello se consigue demostrar el Derecho extranjero con certeza. Por consiguiente, no se requieren pruebas acumulativas del derecho extranjero mediante pruebas periciales y documentales⁹⁶.

⁹⁴ GÓMEZ JENE, MIGUEL; GUZMÁN ZAPATER, MÓNICA; HERRANZ BALLESTEROS, MÓNICA; PÉREZ VEGA, ELISA; VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, MARINA (2021) “Lecciones de Derecho Internacional Privado” Valencia: *TIRANT LO BLANCH* (p.291)

⁹⁵ Calvo, A. L., Carrascosa, J. (2005). La Prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley española de Enjuiciamiento Civil 1/2000. *Diario La Ley*. Nº 6178, pp. 1-7.

⁹⁶ FERNÁNDEZ, J. C., SÁNCHEZ S. (2013). “Derecho Internacional Privado”. Pamplona: *Civitas* (pp.177-178)

VIRGÓS, M., GARCIMARTÍN, F., (2007). “Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional” Pamplona: *Civitas* (pp. 530-532)

CALVO, A., CARRASCOSA, J. (2006). La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles. *Estudios De Deusto* 54 (2), 61-109. [https://doi.org/10.18543/ed-54\(2\)-2006pp61-109](https://doi.org/10.18543/ed-54(2)-2006pp61-109) *Revista de Derecho Público* (pp. 76-79)

CARRASCOSA, J (2006) “Cinco años después de la LEC 1/2000: algunos interrogantes en torno a la prueba del Derecho extranjero”, *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas*; Vol 1, No 1. (pp. 7-9)

Antes de pasar al siguiente párrafo es importante mencionar, el impacto de las nuevas tecnologías sobre los medios de prueba del derecho extranjero.

En la sociedad tecnológica actual, donde la información puede encontrarse a través de una variedad de medios electrónicos la cuestión que se plantea es ¿podemos introducir en el procedimiento judicial la información obtenida en Internet? La respuesta debe ser afirmativa, siempre y cuando dichos medios sean fidedignos.

El autor ALONSO-CUEVILLAS plantea una solución a esta problemática: “la aportación física de los materiales o la proposición de la prueba de “cibernavegación”, la cual se puede incluir en la prueba de reconocimiento judicial o en la cláusula abierta del artículo 299.3 LEC”. Por lo tanto, En vista de la nueva realidad social, es preciso encontrar nuevas soluciones que faciliten la presencia del derecho extranjero en los procesos judiciales.

8.3. Los medios probatorios del Juez

El art. 281.2 LEC indica la facultad que tiene el juez de probar o asistir la investigación del derecho extranjero, “podrá valerse de cuantos medios de averiguación que considere necesarios”⁹⁷ Así, como ocurre con los medios de prueba que pueden utilizar las partes, existe una libertad; debido a la naturaleza abierta de la norma, en particular, el Tribunal podrá recurrir a todos los medios de prueba previstos en el LEC, que también pueden ser utilizados por las partes.

A fin de explicar claramente los diversos medios de prueba, se estructurarán según el origen o la fuente de donde procedan:

A nivel de la Unión Europea, disponemos de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil ⁹⁸, como medio de ejercicio de las funciones de los jueces. Esta Red funciona de la siguiente manera: Cada Estado miembro designa un “punto de contacto” al que los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro y de

⁹⁷ GÓMEZ JENE, MIGUEL; GUZMÁN ZAPATER, MÓNICA; HERRANZ BALLESTEROS, MÓNICA; PÉREZ VEGA, ELISA; VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, MARINA (2021) “Lecciones de Derecho Internacional Privado” Valencia: *TIRANT LO BLANCH* (p.291)

⁹⁸ [European Commission, official website \(europa.eu\)](https://european-courts.eu/)

los demás Estados miembros pueden dirigirse para pedir información sobre el derecho extranjero. Por consiguiente, estos puntos están destinados a orientar la información, esto es, si no pueden dar una respuesta directa, proceden a remitir la solicitud a las autoridades competentes para que la respuesta sea la más adecuada. También se presta asistencia a los ciudadanos interesados.

También existen fuentes de origen convencional; los instrumentos internacionales, ofrecen variedad de recursos para la asistencia y la cooperación judicial.

Destaca el Convenio Europeo acerca de la información sobre el Derecho Extranjero, hecho en Londres el 7 de junio de 1968, que establece un sistema de información mutua de los sistemas jurídicos de los estados parte. La característica principal es que cada Estado parte designa “órgano de receptor”⁹⁹, encargado de recibir las solicitudes de información del Derecho extranjero. La información emitida por el Estado requerido no será vinculante y el juez tendrá que evaluar el contenido reflejado en ella, lamentablemente, el uso de dicho Convenio por los Estados parte es casi nulo ¹⁰⁰.

Otro de los instrumentos internacionales es la Convención Interamericana sobre Prueba e Información de Derecho Extranjero, realizada en Montevideo el 8 de mayo de 1979, entre los propósitos figura la cooperación en el suministro de información sobre la legislación de cada Estado Parte.¹⁰¹

También existen Convenios bilaterales firmados por España con distintos países, cuyo principal objetivo es la colaboración en la investigación e información sobre el Derecho de cada Estado parte.

Por último, a nivel interno, el órgano encargado de la acusación puede requerir a la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio

⁹⁹ En el caso de España este órgano es la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia español.

¹⁰⁰ Existen excepciones como la SAP de Navarra del 29 de diciembre de 2004, donde el juez aplica el Convenio.

¹⁰¹ GÓMEZ JENE, MIGUEL; GUZMÁN ZAPATER, MÓNICA; HERRANZ BALLESTEROS, MÓNICA; PÉREZ VEGA, ELISA; VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, MARINA (2021) “Lecciones de Derecho Internacional Privado” Valencia: *TIRANT LO BLANCH* (p.291)

de Justicia español¹⁰² (autoridad central de España), un certificado del contenido de la legislación extranjera. Con arreglo a la LCJI 2015, esta posibilidad se regula en el Título III, concretamente en los artículos 34 y 35 de la LCJI.¹⁰³, prevé que los órganos judiciales puedan solicitar a la autoridad central española información sobre la legislación extranjera para la resolución del litigio¹⁰⁴. Además, el artículo 35.1 de la LCJI prevé la posibilidad de que las autoridades judiciales de diferentes países se consulten directamente entre sí. Es una vía que no se encontraba regulada por ninguna disposición, hasta que la LCJI entró en vigor. Se entiende que, por esta expresa disposición legal, el legislador quiere simplificar el procedimiento, mediante el contacto directo entre el personal jurídico. Por lo tanto, se logrará una mayor eficiencia en la aplicación del derecho extranjero, siempre que exista una cooperación mutua entre ambas autoridades judiciales. El art. 35.1 de la LCJI será de aplicación con carácter subsidiario o a falta de normativa internacional específica.¹⁰⁵

¹⁰² De acuerdo con el art. 11.1. a) del Real Decreto 1125/2008, de 4 de julio, a esta Dirección General, le corresponde la función de “información de derecho extranjero”.

¹⁰³ Artículo 34: “La información del Derecho extranjero podrá referirse, al texto, vigencia y contenido de la legislación, a su sentido y alcance, a la jurisprudencia, al marco procedimental y de la organización judicial, y a cualquier otra información jurídica relevante”.

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

¹⁰⁴ La cuestión que se plantea en este ámbito es si la autoridad central española podrá asumir la totalidad de las funciones que le asigna la LCJI (Con esta nueva ley, la autoridad central recibe una función muy relevante), puesto que debe tenerse en cuenta que la Tercera Disposición Adicional de la LCJI establece que tal Ley no debe implicar gastos adicionales. Por consiguiente, es muy dudoso que la autoridad central sea capaz de realizar su trabajo, sin necesidad de recurrir a otras medidas de refuerzo, hecho que implicaría un gasto económico. Si de verdad queremos que la LCJI tenga un impacto positivo, será esencial fortalecer la autoridad central española.

¹⁰⁵ GÓMEZ JENE, MIGUEL; GUZMÁN ZAPATER, MÓNICA; HERRANZ BALLESTEROS, MÓNICA; PÉREZ VEGA, ELISA; VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, MARINA (2021) “Lecciones de Derecho Internacional Privado” Valencia: *TIRANT LO BLANCH* (p.291)

Otro medio de “investigación” puede ser el *private wissen*, es decir, el propio conocimiento del juez sobre el Derecho a probar. Está relacionado con la habilidad personal del juez, sobre el conocimiento de esta ley, ya sea por su notoriedad judicial, por su capacitación o su conocimiento privado.¹⁰⁶

Con el fin de evitar vulneraciones a las garantías procesales, los tribunales deben respetar el “principio de contradicción” de las partes para puedan argumentar lo pertinente; Además, el contenido de la norma extranjera deberá indicarse en el laudo de manera completa e inequívoca, para efectos del recurso.

8.4. El valor de la prueba del Derecho extranjero

De hecho, la amplitud y libertad de los medios de prueba ha creado una gran incertidumbre jurídica respecto al desconocimiento de la fuerza exacta de la prueba que requiere un juez para considerar probado el derecho foráneo. Es posible que los medios de prueba sean los mismos pero la eficacia que tenga en un proceso sea diferente que tenga en otro, por lo tanto, el letrado no sabe “determinar las pruebas mínimas necesarias para la aplicación de la legislación extranjera.” (J. PICÓ I JUNOY)¹⁰⁷

Con anterioridad a la redacción del artículo 33.2 LCJl, no existía una mención expresa en el artículo 281.2 LEC, sobre las reglas que debe seguir un juez para determinar el valor de la prueba del derecho extranjero¹⁰⁸, por ello, se aplicaba por analogía, el artículo 218.2 LEC y la jurisprudencia, determinando el valor probatorio a las “*reglas de la sana crítica*”.

¹⁰⁶ La SAP de Tarragona, de 20 octubre de 2009, es un buen ejemplo. Se trata de un divorcio entre cónyuges de nacionalidad alemana que residían en España en el momento de presentar la demanda. Si bien el Derecho alemán es aplicable al fondo del litigio, las partes invocan el Derecho español y el Derecho catalán, sin probar la norma alemana. Frente a esa situación, el Magistrado D. Sergio Nasarre aplica automáticamente el derecho alemán, mediante su *private wissen*, esto es, su propio conocimiento, resolviendo todas las cuestiones planteadas de manera extraordinaria y emitiendo una sentencia judicial basada en el derecho alemán.

¹⁰⁷ PICÓ I JUNOY, “Práctica de la prueba del derecho extranjero” Madrid: la ley-actualidad (p. 27).

¹⁰⁸ Carmen Otero García-Castrillón (2017) Justicia Civil en la Unión Europea. Evaluación de la experiencia española y perspectivas de futuro (pp. 225-226)

Observamos como el artículo 33.2 de la LCJI, manifiesta las *reglas de la sana crítica* :“Los órganos jurisdiccionales españoles determinarán el valor probatorio de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero de acuerdo con las reglas de la sana crítica”.

La jurisprudencia define la noción jurídica de las reglas de la sana crítica como el *razonar humano* (STS del 29 de enero de 1991), que corresponde a “la lógica interpretativa y el común sentir de las gentes” (STS de 4 de marzo de 1994).

La sana crítica es un sistema de valoración libre y motivada. La libre apreciación de las pruebas no debe confundirse con la discrecionalidad jurisdiccional, Una valoración libre debe ser razonada, y el juez deberá explicar cómo y porqué llegó a dicha valoración (motivarlo)¹⁰⁹.

Por lo tanto, la norma general es que el juez tiene libertad para evaluar los medios de acreditación en virtud de la legislación extranjera, el artículo 33.4 LCJI, establece que no tendrán carácter vinculante los informes o dictámenes sobre la norma foránea, con independencia de la nacionalidad de quién los emita. No obstante, esto no impide que la posición del juez se desvíe de la información que recibe de fuentes debidamente especializadas. Para ilustrar los problemas causados por la libre apreciación del juez sobre los diversos medios de prueba, analizaremos un caso real, donde los tribunales, dependiendo del caso específico, otorgan un valor probatorio diferente a los mismos medios de prueba.

Se puede observar en la STS del 17 de marzo de 1992, donde demandante proporcionó unas fotocopias de la *Gazzetta Ufficiale Italiana*¹¹⁰, para probar el Derecho Italiano, y el Tribunal Supremo consideró que las fotocopias proporcionadas constituían una prueba de la ley aplicable¹¹¹ No obstante, en otro procedimiento en Barcelona (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, 12 noviembre 2009), relativo a la adopción de medidas cautelares, las fotocopias

¹⁰⁹ MONTERO, J., (2012) *La prueba en el proceso civil*. Madrid: Civitas ed. 7 (pp. 278-279) ESPLUGUES, C., IGLESIAS, J. L., BUHIGUES, PALAO G. (2014). “Derecho Internacional Privado”. Valencia: *Tirant lo Blanch*. (p. 350).

¹¹⁰ Diario oficial de Italia.

¹¹¹ LUIS PÉREZ LOSA (20/08/2020) “La prueba del derecho extranjero en el ordenamiento jurídico español” Juez adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. (post en un blog). Recuperado de: [La prueba derecho extranjero ordenamiento español | E&J \(economistjurist.es\)](http://economistjurist.es)

proporcionadas del Código civil del Gran Ducado de Luxemburgo no tuvieron valor probatorio.¹¹².

Tras este análisis, se refleja que, según el caso concreto y la predisposición de los jueces, la valoración de los mismos medios de prueba será diferente; dado que, en el caso de proporcionar fotocopias en el proceso, la línea jurisdiccional mayoritaria no las acepta como medio de prueba, pero hay casos en los que los jueces sí los aceptan. Por consiguiente, dependerá de la apreciación subjetiva y de la actitud adoptada por el operador legal en cada caso concreto.

¹¹² PICÓ I JUNOY, “Práctica de la prueba del derecho extranjero” Madrid: la ley-actualidad (pp. 182-189).

9. CONSECUENCIAS JURÍDICAS EN CASO DE FALTA DE PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO

La práctica judicial se ha decantado en gran medida por dos soluciones diferentes frente a este supuesto: Aplicar de forma suplementaria la legislación del foro (el derecho español), o la desestimación de la demanda.

La aplicación del derecho español, en ausencia de prueba de la norma extranjera, es la teoría más difundida en la práctica jurídica española, ya que goza del apoyo de la Sala Primera del TS al manifestar en su jurisprudencia que: “ante la falta de prueba, los tribunales juzgaran, entonces, según el Derecho patrio” (STS del 25 de enero de 1999).

Según el TC, esta es la solución que mejor respeta los presupuestos constitucionales (STC del 2 de julio de 2001), ya que garantiza la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la CE), mediante la obtención de una solución lícita del litigio ante las partes, sin que se desestimen sus pretensiones.

En lo que respecta al funcionamiento del proceso, resulta ser la solución más adecuada, reduciendo los costes y el tiempo implicados en los procesos judiciales¹¹³.

Sin duda, para los abogados, en algunos casos, el hecho de que, a falta de prueba del derecho extranjero, se aplique el derecho español, puede ser de gran utilidad. En efecto, si se encuentran ante un litigio en virtud de una ley extranjera y son conscientes de que ésta les puede perjudicar en su estrategia procesal, sería suficiente no probar el derecho extranjero o no probarlo de forma suficiente, teniendo que resolver el Juez, de acuerdo con el derecho español. Ley. Así, esta

¹¹³ FERNÁNDEZ, J. C., SÁNCHEZ S. (2013). “Derecho Internacional Privado”. Pamplona: *Civitas* (pp. 165-166)

VIRGÓS, M., GARCIMARTÍN, F., (2007). “Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional” Pamplona: *Civitas* (pp. 520-521)

CALVO, A., CARRASCOSA, J. (2006). La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles. *Estudios De Deusto* 54 (2), 61-109. [https://doi.org/10.18543/ed-54\(2\)-2006pp61-109](https://doi.org/10.18543/ed-54(2)-2006pp61-109) *Revista de Derecho Público* (pp. 91-96).

solución favorece la estrategia procesal de las partes, fomentando el *forum shopping*¹¹⁴.

Sin embargo, también existen importantes argumentos en contra de esta tesis, el argumento principal, y más evidente, es el incumplimiento de la imperatividad de la norma de conflicto del art. 12.6 CC, debido a la falta de aplicación del Derecho designado por esta. Esta situación implica un alto grado de incertidumbre legal, en contravención del Art. 9 CE, puesto que resulta imposible saber a priori cuál será la ley aplicable al litigio.¹¹⁵

Otra teoría que resuelve esta incertidumbre jurídica es el sobreseimiento de la demanda. El presupuesto que lo justifica es la ausencia de pruebas, por una parte, del fundamento jurídico de su reclamación, es decir, la falta de diligencia probatoria de la parte se sanciona con la desestimación de su demanda.

La tesis que defiende la Sala de lo Social del TS desde 2001 motiva: “lo que sucede es que, si el Derecho aplicable es el extranjero, la parte que formula la pretensión tiene que alegar y probar ese Derecho para que su pretensión sea acogida” (STS, de lo Social, del 22 mayo de 2001).

En este caso, se respeta la transferencia de conflicto, por un lado, ya que el juez decidirá únicamente de conformidad con la ley extranjera designada por la norma de conflicto, y, por otra parte, se respeta asimismo la carga de la prueba impuesta a las partes. De este modo, al reforzar la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), se impide a las partes aplicar la legislación española a sus intereses y conveniencia, puesto que la ley aplicable nunca será otra que la ley designada por la regla de conflicto.

Sin embargo, esta teoría parece negar el derecho a la justicia, sin tomar en consideración la imposibilidad de probar el derecho extranjero, por motivos ajenos al control de las partes y a los costes económicos soportados por éstas

¹¹⁴ Forum shopping: Adopción del foro más conveniente, en función del derecho material que se aplica para resolver el litigio. Es la posibilidad de acogerse a tribunales de países que puedan emitir una sentencia más favorable a sus intereses.

para llevar a cabo la prueba, optando a veces por renunciar a su reclamación, si los costos superan los beneficios¹¹⁶.

No obstante, una de las cuestiones que se plantean en esta esfera es si el demandante, al que se ha desestimado la demanda, puede volver a interponerla, pero con un fundamento jurídico basado en la legislación extranjera. Según CARRASCOSA, J. Y CALVO, A. L¹¹⁷.: “el actor puede volver a instar su pretensión fundándose en el Derecho extranjero aplicable según las normas de conflicto españolas. El art. 400 LEC no debería impedir volver a plantear la cuestión, puesto que al cambiar los fundamentos de la demanda se altera la causa a pedir y el objeto del proceso. Por tanto, no se le deniega el acceso a la justicia”.

El artículo 33.3 de la LCJI prevé por primera vez, de forma expresa, la solución a adoptar por las instancias judiciales en ausencia de prueba “Con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español”.

MIQUEL GARDEÑES, interpreta este precepto de la siguiente manera: “Esto no hace sino confirmar lo que es la jurisprudencia tradicional y mayoritaria en la materia, y la consecuencia es que se desestima la otra solución alternativa, es decir, la desestimación de la demanda en caso de falta de prueba del derecho extranjero”.

Por consiguiente, estiman que el legislador ha incorporado al Derecho positivo la jurisprudencia habitual, es decir, la aplicación del Derecho español ante la falta de prueba de la norma extranjera.

¹¹⁶ FERNÁNDEZ, J. C., SÁNCHEZ S. (2013). “Derecho Internacional Privado”. Pamplona: *Civitas* (pp. 167-169)

VIRGÓS, M., GARCIMARTÍN, F., (2007). “Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional” Pamplona: *Civitas* (pp. 520-521)

CALVO, A., CARRASCOSA, J. (2006). La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles. *Estudios De Deusto* 54 (2), 61-109. [https://doi.org/10.18543/ed-54\(2\)-2006pp61-109](https://doi.org/10.18543/ed-54(2)-2006pp61-109) *Revista de Derecho Público* (pp. 97);

¹¹⁷ CALVO, A., CARRASCOSA, J. (2006). La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles. *Estudios De Deusto* 54 (2), 61-109. [https://doi.org/10.18543/ed-54\(2\)-2006pp61-109](https://doi.org/10.18543/ed-54(2)-2006pp61-109) *Revista de Derecho Público* (p. 98).

No resulta evidente que el legislador haya optado por aplicar el Derecho del foro en ausencia de pruebas por las partes del derecho extranjero. Esto se entiende así, puesto que la redacción del artículo 33.3 LCJI, establece que “podrá aplicarse el Derecho español”. Por lo tanto, esta disposición jurídica permite al juez no solo aplicar la legislación española, sino también considerar otras opciones, que pueden ser más justas, en el procedimiento.

En este sentido, el juez puede decidir aplicar una ley análoga en sus soluciones, esto es, por ejemplo, en un litigio en el que debe aplicarse la legislación de un Estado de nueva creación, Es probable que este Estado todavía no cuente con una legislación propia; por lo tanto, el juez competente puede aplicar la legislación del Estado al que perteneció anteriormente.

La tesis de la retroacción de las actuaciones procesales permite en virtud del artículo 429 LEC, que, en ausencia de prueba del derecho extranjero, se puedan retrotraer los actos procedimentales de tal forma, que la parte pueda presentar su demanda con arreglo al derecho extranjero¹¹⁸

Los tribunales también pueden aplicar de oficio el derecho extranjero, esta tesis se adapta perfectamente al art. 12.6 CC, por el carácter imperativo de las normas de conflicto, y con el art. 281.2 de la LEC, que establece que el tribunal puede intervenir en su examen. Por consiguiente, la ley aplicable al fondo de la causa nunca será diferente de la designada por la norma de conflicto, Ahora, para poder llevar a cabo dicha tesis en España, primero es necesaria una predisposición por parte del juez, para ayudar en la investigación y alegación de la ley extranjera, y, por otro lado, un mejor y mayor uso de los mecanismos actualmente previstos, para alcanzar este objetivo. Hoy en día, si el juez decide de oficio probar la norma extranjera, el tribunal deberá adjudicar los costes de la prueba practicada, a la parte que la debía de haber probado el derecho extranjero, pudiéndose el actor, renunciar o desistir de la acción.

Crear una institución de Derecho comparado (como en Suiza) o destinar recursos significativos a la información sobre la legislación extranjera, sería una

¹¹⁸ CALVO, A., CARRASCOSA, J. (2006). La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles. *Estudios De Deusto* 54 (2), 61-109. [https://doi.org/10.18543/ed-54\(2\)-2006pp61-109](https://doi.org/10.18543/ed-54(2)-2006pp61-109) *Revista de Derecho Público* (p.87)

de las opciones que sin duda ayudaría que los jueces a aplicaran con mayor frecuencia, la legislación extranjera de oficio.

En el caso que las partes obvien, el Derecho extranjero, y fundamenten su pretensión en base al Derecho español, el tribunal, de conformidad con el art. 282 de la LEC, podrá proponer, en la audiencia preliminar o al inicio de la fase oral, que se realicen determinadas pruebas¹¹⁹.

Art. 33.3 LCJI proporciona una posibilidad abierta para el operador legal a falta de pruebas de derecho extranjero, a condición de que esta ausencia de pruebas sea el resultado de una situación excepcional.

A qué se refiere el legislador cuando señala *con carácter excepcional* no se especifican elementos o notas características para saber cuándo se enfrenta una situación excepcional que impide la prueba de la ley extranjera. sobre la base de un marco general, se puede entender que dicha situación ocurrirá, cuando la prueba de la norma extranjera es imposible, por motivos que van más allá del control de las partes; Es decir, que, a pesar de poner todo el interés y la diligencia necesaria, esto no puede probarse, por diversas cuestiones. Un ejemplo podría darse cuando se trate de un Estado que se pretende la prueba de su Derecho, esté en una situación de guerra, son situaciones, excepcionales, donde resulta muy complicado obtener los medios que permitan la prueba del Derecho extranjero. (Ucrania en la actualidad)

El matiz expreso del “carácter excepcional”, al principio del precepto 33.3 LCJI, da lugar a varias cuestiones, puesto que, estrictamente hablando, excluye todas aquellas situaciones “normales”, esto es, no extraordinarias, en la cual las partes no han probado el derecho extranjero, o habiéndolo probado, el juez no lo considera suficientemente.

¿este carácter excepcional debe entenderse en todas las situaciones normales en las que, por diversos motivos, no se ha demostrado la norma extranjera? ¿Lo

¹¹⁹FERNÁNDEZ, J. C., SÁNCHEZ S. (2013). “Derecho Internacional Privado”. Pamplona: *Civitas*. (pp. 169-173).

VIRGÓS, M., GARCIMARTÍN, F., (2007). “Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional” Pamplona: Civitas (pp. 520-521)

CALVO, A., CARRASCOSA, J. (2006). La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles. *Estudios De Deusto* 54 (2), 61-109. [https://doi.org/10.18543/ed-54\(2\)-2006pp61-109](https://doi.org/10.18543/ed-54(2)-2006pp61-109) *Revista de Derecho Público*. (pp. 87-91)

que sucede en el caso de abogados de oficio donde las partes no tienen recursos suficientes para asumir el costo de la prueba de derecho extranjero? ¿Esta última situación se consideraría una excepción.?

Hay autores como, SIXTO SÁNCHEZ, que consideran que tales previsiones excepcionales acabarán siendo, sin duda, la regla general. Por tanto, se entiende que cabría excepcionalidad en todas las situaciones normales en las que las partes no invoquen el Derecho extranjero, no lo prueban suficientemente, o cuando por falta de recursos económicos pueden asumir el cargo de los costes que resultan de la prueba de la norma extranjera.

JAVIER CARRASCOSA, G y el TS en la STS¹²⁰ del 3 abril de 2018 afirma que la aplicación del Derecho español a un supuesto internacional “*debe hacerse solo con carácter excepcional*”, es decir, cuando las partes no hayan podido acreditar el contenido y vigencia del derecho extranjero, siendo así, el art. 33.3 LCJI no se puede emplear como una “coartada de comodidad” por los tribunales españoles para adoptar el Derecho español en lugar del Derecho extranjero cuando éste último ha sido convenientemente acreditado en el proceso.

Sin embargo, no está claro por qué el legislador ha optado por redactar el art. 33.3 LCJI de esta manera. Si lo que quería era proporcionar una nueva regulación de la prueba de derecho extranjero, y con ella unificar los criterios doctrinarios y jurisprudenciales, no lo ha conseguido complicando aún más el asunto que nos ocupa.

¹²⁰ CARRASCOSA, J (24 de septiembre de 2018) “Breves reflexiones sobre la STS del del 3 abril de 2018”

Recuperado de: [El Tribunal Supremo pone en su sitio al art. 33.3 de Ley de cooperación jurídica en materia civil. Larga vida a la norma de conflicto. | \(accursio.com\)](#)

10. CONCLUSIONES

- I. El artículo 33.3 LCJI, ha traído consigo en un cambio en la consideración de la legislación extranjera en los procedimientos judiciales. Con anterioridad a dicho artículo, la doctrina mayoritaria abogaba por la naturaleza híbrida de la norma foránea al entenderla como un *tertium genus* entre el Derecho y los hechos procesales, de conformidad con el art. 281.2 LEC, puesto que no especifica quién ha de probar el Derecho extranjero, dando posibilidad tanto a las partes (hecho) como a los órganos jurisdiccionales (Derecho). Sin embargo, La jurisprudencia del Tribunal Supremo, salvo algunas excepciones, ha optado por considerarla un hecho procesal, al interpretar el artículo 281.2 LEC a tenor del derogado artículo 12.6.II CC, que asignaba expresamente la carga de la prueba a las partes.

No obstante, con la nueva redacción, el legislador ha optado por atribuir al derecho extranjero el carácter del hecho procesal, mediante la especificación expresa de que la carga de la prueba de la norma extranjera corresponde a las partes. De esta manera, se rompe con la consideración de despersonalizarla, que tiene el artículo 281.2 LEC. Si el legislador hubiese tenido la intención de mantener la naturaleza híbrida del Derecho extranjero, habría omitido en la formulación del art. 33.3 LCJI “por las partes”, dejando una regulación abierta e indefinida acorde al artículo 281.2 LEC. En efecto, se trata de una contradicción entre dos preceptos que regulan el mismo tema, agravando así la situación actual, a falta de un planteamiento uniforme de la cuestión.

- II. Con respecto a la carga de la prueba, el legislador, se ha desvinculado de la naturaleza indeterminada y abierta del artículo 281.2 LEC, que contempla la posibilidad de que el juez participe en la investigación de del derecho extranjero. Esta situación ha sido matizada por el TC, al aclarar que el poder del juez para asistir en la prueba de la norma extranjera es limitado, cuando hay un mínimo de diligencia probatoria

por parte de la parte, sin embargo, en ninguno de los apartados del artículo 33 de la LCJI, se remite a la función que el juez puede efectuar en la prueba del derecho extranjero (lo que sí ocurre en el artículo 281.2 LEC) constatándose la naturaleza de hecho procesal del Derecho extranjero.

El legislador, en este caso, ha pasado por alto algo fundamental, ya que para garantizar el carácter imperativo de las normas de conflicto (art. 12.6 CC), es imprescindible que el juez aplique de oficio tal Derecho, y, por consiguiente, es necesario hacer referencia al papel que los operadores jurídicos deben o pueden desempeñar en este ámbito, aunque sea mínimo.

III. El apartado 1 del artículo 33 de la LCJI se limita a una referencia general a las normas de la LEC que regulan la prueba del contenido y la vigencia del Derecho extranjero, contempla la ejecución de las disposiciones aplicables en la materia, esto es, el legislador no espera que las normas de la LEC sean la única regulación del objeto de la prueba del Derecho extranjero, por esta razón, ha previsto por medio de una formulación abierta, la capacidad de que los órganos jurisdiccionales ejecuten todas las normas que estimen adecuadas para regular esta materia. Pero el legislador podría haber aprovechado y explicado en este apartado primero qué se entiende por el contenido y validez de la ley extranjera, lo define en el artículo 34 LCJI, viene a ser lo mismo que la jurisprudencia entiende cuanto al contenido y vigencia del Derecho extranjero.

IV. El segundo apartado del artículo 33 LCJI establece expresamente (en contraste con el artículo 281.2 LEC) que los jueces deben adoptar las “reglas de la sana crítica” para establecer el valor probatorio de la prueba practicada, para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero. Esta alusión expresa, no resuelve la situación de

inseguridad jurídica por el desconocimiento de la intensidad probatoria que el juez requiere para considerar probado un Derecho extranjero. En la práctica, se rige por la subjetividad del juez, por ello, según el supuesto de hecho, un determinado medio probatorio servirá para probar el Derecho extranjero y, sin embargo, no será útil en un procedimiento distinto.

- V.** Hasta la entrada en vigor de la LCJI, el dictamen pericial, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, debía ser preparado por dos jurisconsultos nacionales del Estado cuyo Derecho es sujeto de prueba. El párrafo 4 del artículo 33 de la LCJI abre la posibilidad a todos los informes o dictámenes de un experto, independientemente de su nacionalidad. Por otra parte, en contraste con el artículo 281.2 LEC, el artículo 33.4 LCJI, dispone que ningún informe, ya sea nacional o internacional, será vinculante para los operadores jurídicos. No era necesario mencionar expresamente una cosa que ya estaba clara: el juez no estará obligado por las pruebas y los datos proporcionados por las partes.
- VI.** En ausencia de prueba del Derecho extranjero, los tribunales adoptan dos soluciones distintas: o bien aplican la ley del foro, o bien, desestiman la demanda. El artículo 33.3 LCJI, por primera vez (ya que el art. 281.2 LEC no lo hacía), regula qué hacer en ausencia de prueba del Derecho extranjero por las partes. Establece que se podrá aplicar el Derecho español cuando, de forma excepcional, no se haya podido acreditar el derecho extranjero. No obstante, la lectura de este precepto va más allá, facultando al juez para aplicar no solo la ley del foro (debido a que no dispone de una obligación, ya que emplea el verbo “podrá”), sino también tener en cuenta otras opciones, que pueden resultar más justas, en el proceso, como la aplicación de un derecho similar en sus soluciones, la aplicación ex officio del Derecho extranjero, o la de ciertos principios generales del Derecho, la retroacción de las actuaciones, así como, la desestimación de la

demanda. Así pues, el apartado 3 del artículo 33 de la LCJI ofrece una posibilidad abierta al operador jurídico en ausencia de prueba del derecho extranjero, a condición de que esta ausencia de pruebas sea el resultado de una situación *excepcional*.

Nada se dice acerca del significado de *excepcional*. No obstante, puede entenderse que tal situación se dará, cuando la prueba del derecho extranjero sea imposible, por razones no atribuibles a la voluntad de las partes; por ejemplo, escenarios como la del Estado al que se solicita la prueba de su Derecho, se encuentre en una situación de guerra, o trate de un Estado que se acaba de crear. Sin embargo, parece que el artículo 33.3 LCJI no abarca en la condición de “carácter excepcional” para los supuestos donde las partes, sin que tenga lugar ninguna circunstancia extraordinaria, no prueben el derecho extranjero, o al juez no le resulte probada lo bastante, asimismo en supuestos donde las partes no tiene los recursos suficientes para hacerse cargo del coste de la prueba del Derecho extranjero (abogados de oficio).

- VII.** Es manifiesta la existencia de numerosas discrepancias entre los artículos 281.2 LEC y el 33.3 LCJI, que regulan la prueba del Derecho extranjero. De hecho, los dos preceptos se pueden aplicar sin prevalecer uno sobre el otro, en este caso, la cuestión es ¿cómo aplicarán los tribunales ambos artículos sin entrar en contradicciones?

- VIII.** El artículo 33 LCJI no ha ofrecido la solución, que gran parte de la doctrina esperaba, con respecto al régimen de la prueba de la ley extranjera. Su redacción, visible a lo largo de todo el trabajo, entraña más dudas y hace que sea aún más difícil interpretar toda la cuestión de la prueba del derecho extranjero, puede definirse como una situación “caótica”, pues no hay una uniformidad interpretativa.

En este sentido, solo se puede obtener dos resultados: optar por cambiar el carácter imperativo de las normas de conflicto, y determinar

un sistema facultativo, o facilitar la investigación del derecho extranjero por los órganos judiciales mediante una estructura pública, por ejemplo, un Instituto de Derecho comparado, existente en otros países (Alemania, Brasil, Suiza, etc.). Habida cuenta de la situación económica de España, la opción más viable sería la de optar por un sistema facultativo, puesto que la creación de una entidad pública no es viable, ya que no se dispone de suficientes recursos financieros.

- IX.** La Unión Europea ha llevado a cabo un proceso activo y exhaustivo encaminado a unificar el derecho internacional privado, en la medida en que hoy en día, hay un conjunto cada vez mayor de normas comunes, que regulan la ley aplicable a los casos privados con elementos de extranjeros. A fin de asegurar la labor del legislador europeo, debe abordarse la cuestión de la prueba del Derecho extranjero de una vez por todas.

El estudio de los diversos ordenamientos jurídicos que coexisten en la UE (sistema imperativo y el sistema facultativo), resalta las diferentes soluciones que cada sistema jurídico ofrece a esta cuestión, causando una inconsistencia con la tendencia actual, hacia la armonización del Derecho internacional privado. Esta divergencia pone en peligro la consecución del fin último: asegurar a todos los ciudadanos europeos, en la Unión Europea, el pleno acceso a la justicia. Por ello, lo más adecuado sería la aprobación de instrumentos legislativos para la armonización y elaboración de un Derecho Procesal Internacional único, ya que, de no ser así, los objetivos previstos los Reglamentos de Derecho Aplicable quedarían limitados, siendo ineficaces en su propósito, por la ausencia de garantía de que la ley extranjera designada por la norma de conflicto comunitarizada sea aplicada.

11. BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- AGUILAR GRIENDER, H (2010) “La cooperación judicial internacional en materia civil en el tratado de Lisboa” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 2. (pp. 309-310).
- ALONSO-CUEVILLAS, J. (2007) “Las normas jurídicas como objeto de prueba. Tratamiento del derecho extranjero y de la costumbre en el proceso civil español”. Valencia: Tirant lo Blanch (pp. 27-113 y 155-162)
- ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ (2021) “Práctica jurisprudencial del régimen de alegación y prueba del derecho extranjero en España” (p.177)
- CALVO, A., (2016) “Aplicación judicial del derecho extranjero en España. consideraciones críticas. Vol. 68/2, Revista Española de Derecho Internacional.
- CALVO, A. L; CARRASCOSA, J.:
 - (2005). La Prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley española de Enjuiciamiento Civil 1/2000. *Diario La Ley*. Nº 6178, pp. 1-7.
 - (2006) La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles. *Estudios De Deusto* 54 (2), 61-109. [https://doi.org/10.18543/ed-54\(2\)-2006pp61-109](https://doi.org/10.18543/ed-54(2)-2006pp61-109) . *Revista de Derecho Público* pp. (64-98)
 - (2010). “Derecho internacional privado” Granada: Comares. (pp. 243-245).
- CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS, Y JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ.
 - (2012) “La Prueba Del Derecho Extranjero Ante Los Tribunales españoles”. *Estudios De Deusto* 54 (2), 61-109. [https://doi.org/10.18543/ed-54\(2\)-2006pp61-109](https://doi.org/10.18543/ed-54(2)-2006pp61-109) *Revista de Derecho Público* (P.82-91)
 - (2017) CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS; CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER “Asistencia judicial internacional” (p 43.)
- CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS; CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER; CEBRIÁN SALVAT, MARÍA ASUNCIÓN; LORENTE MARTÍNEZ, ISABEL (2020) “MATERIALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO Y ESPAÑOL” ed.5 (P.2288)
- CARRASCOSA, J
 - (2006). Cinco años después de la LEC 1/2000: Algunos interrogantes en torno a la prueba del Derecho extranjero. *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*. Vol. 1, nº1, (p. 3-8)
 - (13 junio 2015) Breves reflexiones sobre la STS del 17 de abril de 2015. Principio de adquisición procesal y prueba del Derecho extranjero y muchas cosas más. [Post en un Blog]. Recuperado de: [Breves reflexiones sobre la STS 17 abril 2015. Principio de adquisición procesal y prueba del Derecho extranjero y muchas cosas más. | \(accursio.com\)](#)

- (24 de septiembre de 2018) “Breves reflexiones sobre la STS del del 3 abril de 2018”
Recuperado de: [El Tribunal Supremo pone en su sitio al art. 33.3 de Ley de cooperación jurídica en materia civil. Larga vida a la norma de conflicto. | \(accursio.com\)](#)
- Carmen Otero García-Castrillón (2017) Justicia Civil en la Unión Europea. Evaluación de la experiencia española y perspectivas de futuro (pp. 225-226)
- CHICHARRO, L
- (2016) Iura Vasconiae, “La Trascendencia de la cooperación judicial europea en materia civil en el derecho privado de los estados miembros y sus entes territoriales” (p 298)
- (2010) “El tratado de Lisboa y el programa de Estocolmo: los nuevos retos de la cooperación judicial en materia civil”, *Revista electrónica de estudios internacionales*. (p.15-24)
- CRAWFORD, E., CARRUTHERS, J (2011). United Kingdom. ESPLUGUES, C., IGLESIAS, J. L, BUHIGUES, PALAO G., *Application of foreign law*. (pp. 75- 82). Múnich: Sellier.
- ESPLUGUES, C., IGLESIAS, J. L., BUHIGUES, PALAO G. (2014). “Derecho Internacional Privado”. Valencia: *Tirant lo Blanch* (pp. 75-350).
- FERNANDA PENAGOS, M. (2008) “La constitución europea el primer intento de la unión para consolidar su estructura constitucional” *Revista Academia y Virtualidad*, Vol. 1, Nº. 1, 2008, (pp.58-72)
- FERNÁNDEZ, J. C. (1995). “Artículo 12, apartado 6 del Código civil: Aplicación judicial y extrajudicial del Derecho extranjero” *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* Madrid: Edersa. (p. 991).
- FERNÁNDEZ, J. C., SÁNCHEZ S.
- (2009). “Derecho internacional privado”. Pamplona: Civitas. (p. 114).
- (2013). “Derecho Internacional Privado”. Pamplona: Civitas. (pp. 23-178).
- FRANCISCO JAVIER GARDEAZABAL “La acreditación del derecho extranjero”
Revista 54, DGRN: cambios de criterio.
- GÓMEZ JENE, MIGUEL; GUZMÁN ZAPATER, MÓNICA; HERRANZ BALLESTEROS, MÓNICA; PÉREZ VEGA, ELISA; VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, MARINA (2021) “Lecciones de Derecho Internacional Privado” Valencia: *TIRANT LO BLANCH* (p.285-294)
- GOICOECHEA, I. (2016) Nuevos desarrollos en la cooperación jurídica internacional en materia civil y comercial, *Revista da secretaria do Tribunal Permanente de Revisão* (p.139)
- LUIS PÉREZ LOSA (20/08/2020) “La prueba del derecho extranjero en el ordenamiento jurídico español” Juez adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. (post en un blog), Recuperado de: [La prueba derecho extranjero ordenamiento español | E&J \(economistjurist.es\)](#)
- MARTÍNEZ RIVAS, FRANCISCO. (2010). “La prueba del Derecho extranjero en la Jurisprudencia Española” *Tesis doctoral*

- MONTERO, J., (2012) *La prueba en el proceso civil*. Madrid: Civitas ed. 7 (pp. 278-279)
- Orejudo Prieto de los Mozos, Patricia, (2011). “Imperatividad de la norma de conflicto y prueba del Derecho extranjero en los reglamentos sobre ley aplicable a las situaciones privadas internacionales”, *La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, laboral y contencioso-administrativa*. Madrid: La Ley (p. 481)
- PICÓ I JUNOY, (2011) “Práctica de la prueba del derecho extranjero” Madrid: la ley-actualidad (27-189)
- SALINAS DE FRÍAS, A. (2003) “La cooperación judicial en materia civil en la unión europea: origen, evolución y fundamento”. *Revista Seqüencia* nº 46. (p. 1-170)
- VIRGÓS, M., GARCIMARTÍN, F., (2007). “Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional” Pamplona: Civitas (pp. 518-532)
- WILLIAM FERNANDO MARTÍNEZ LUNA (2014). “Reflexiones sobre la Ley aplicable al contrato internacional en defecto de elección en el derecho de la Unión Europea”. *Journal of International Law*. Vol. 5, 01. (enero - junio 2014), (pp. 27-28)

RECURSOS ELECTRÓNICOS

- CARRASCOSA, J. (8 septiembre 2015) Orden público internacional y contrato de trabajo por tiempo indefinido a favor del Estado. Recuperado de: [Orden público internacional y contrato de trabajo por tiempo indefinido a favor del Estado | \(accursio.com\)](http://accursio.com)
- CARRASCOSA, J (24 de septiembre de 2018) “Breves reflexiones sobre la STS del del 3 abril de 2018” Recuperado de: [El Tribunal Supremo pone en su sitio al art. 33.3 de Ley de cooperación jurídica en materia civil. Larga vida a la norma de conflicto. | \(accursio.com\)](http://accursio.com)
- Carrascosa, J., (13 junio 2015) Breves reflexiones sobre la STS 17 abril 2015. Principio de adquisición procesal y prueba del Derecho extranjero y muchas cosas más. Recuperado de: [Orden público internacional y contrato de trabajo por tiempo indefinido a favor del Estado | \(accursio.com\)](http://accursio.com)
- [Glosario de las síntesis - EUR-Lex \(europa.eu\)](http://europa.eu)
- LUIS PÉREZ LOSA (20/08/2020) “La prueba del derecho extranjero en el ordenamiento jurídico español” Juez adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. (post en un blog), Recuperado de: [La prueba derecho extranjero ordenamiento español | E&J \(economistjurist.es\)](http://economistjurist.es)

LEGISLACIÓN

- Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. (BOE) núm. 182, 31-7-2015, pág. (65906-65942). [Disposición 8564 del BOE núm. 182 de 2015](#)
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (BOE [en línea], núm. 7, 08-01-2000, pág. 575-728). [BOE.es - BOE-A-2000-323 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.](#)
- Reglamento 1/2018, sobre auxilio judicial internacional y redes de cooperación judicial internacional. (BOE) núm. 249, de 15 de octubre de 2018, (p.p100017 a 100030) [BOE.es - BOE-A-2018-14035 Acuerdo de 27 de septiembre de 2018, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2018, sobre auxilio judicial internacional y redes de cooperación judicial internacional.](#)
- Reglamento (CE) nº 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil. [BOE.es - DOUE-L-2001-81590 Reglamento \(CE\) nº 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil.](#)
- Reglamento (UE) 2020/1783 [EUR-Lex - 4494861 - EN - EUR-Lex \(europa.eu\)](#)
- Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. [BOE.es - BOE-A-1958-18486 Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil.](#)
- Decreto 1837/1974, de 27 de junio, sobre crédito a compradores extranjeros (BOE) núm. 163, de 9 de julio de 1974, páginas (14275-14276) [BOE.es - BOE-A-1974-1084 Decreto 1837/1974, de 27 de junio, sobre crédito a compradores extranjeros.](#)
- Real Decreto 1125/2008, de 4 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia y se modifica el Real Decreto 438/2008, de 14 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. “BOE” núm. 165, de 9 de julio de 2008, páginas 29941 a 29950, [BOE.es - BOE-A-2008-11579 Real Decreto 1125/2008, de 4 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia y se modifica el Real Decreto 438/2008, de 14 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.](#)

JURISPRUDENCIA

- STC 10/2000, de 17 de enero de 2000. Recurso de amparo 3.130/1997. [BOE.es - BOE-T-2000-3259 Sala Primera. STC 10/2000, de 17 de enero de 2000. Recurso de amparo 3.130/1997. Promovido por doña Gaiane Charlouian frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya que, confirmando la dictada en primera instancia, desestimó su petición de separación matrimonial por no haber probado el Derecho extranjero. Vulneración de los derechos a la tutela judicial sin indefensión y a utilizar los medios de prueba pertinentes: comisión rogatoria sobre la legislación civil armenia frustrada por la actuación judicial.](#)
- STC 155/2001, 2 de Julio de 2001, ES:TC:2001:155, [STC 155/2001, 2 de Julio de 2001 - Jurisprudencia - VLEX 107231](#)
- STS 16/1999, 25 de enero de 1999. Nº 2261/1994 [STS 16/1999, 25 de enero de 1999 - Jurisprudencia - VLEX 17745909](#)
- STS 16/1999, 25 de enero de 1999 nº 2261/1994 [STS 16/1999, 25 de enero de 1999 - Jurisprudencia - VLEX 17745909](#)
- STS 971/2004, 23 de Julio de 2004, ES:TS:2004:5510, [STS 971/2004, 23 de Julio de 2004 - Jurisprudencia - VLEX 53580369](#)
- STS 17 abril 2015 de cesión de créditos y Derecho holandés nº 611/2013 [STS 198/2015, 17 de abril de 2015 - Jurisprudencia - VLEX 570375626](#)
- STS 3 abril 2018, ECLI:ES:TS:2018:1228, [STS 1228/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1228 - Poder Judicial](#)