

CINCO AÑOS DESPUÉS DE LA LEC 1/2000: ALGUNOS INTERROGANTES EN TORNO A LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO

por

Javier Carrascosa González

Profesor Titular de Derecho internacional privado

(Universidad de Murcia, España)

carras@um.es

SUMARIO: I. Introducción. II. Tres problemas en busca de una nueva solución. 1. Alegación del Derecho extranjero. 2. Necesaria prueba del Derecho extranjero. 3. Flexibilización de los medios de prueba del Derecho extranjero. III. El cambio del “modelo general”. 1. Los dos grandes modelos básicos. 2. Hacia un modelo de “prueba de oficio” del Derecho extranjero.

Palabras clave: derecho extranjero, medios de prueba.

I. Introducción.

1. Hace ya más de cuarenta años, el gran comparatista R. DAVID escribió que un sistema de DIPr. que no asegura la aplicación de la Ley extranjera designada por sus normas de conflicto, era un “sistema ficticio de DIPr.”, un sistema que no funcionaba¹. Esta afirmación encierra una verdad sustancial: si el legislador entiende que una situación privada internacional *debe* regirse por un Derecho extranjero, entonces no aplicar tal Derecho comporta una “Justicia de baja calidad”. Y ello es así, con mayor razón, cuando lo que impide la aplicación del Derecho extranjero son problemas puramente procedimentales. Problemas que, como explica O. LANDO, comprometen seriamente la potencialidad del DIPr. para hacer “Justicia” en relación con los litigios internacionales². Entre tales problemas ocupa un lugar de privilegio, naturalmente, la acreditación o “prueba del Derecho extranjero”.

2. En enero de 2006 se han cumplido cinco años desde la fecha de entrada en vigor de la LEC 1/2000. Esta nueva LEC derogó el art. 12.6.II Cc. e incorporó a su articulado la regulación jurídica de la prueba del Derecho extranjero. Este cambio de “sede legal” de las normas que regulan la cuestión ha reactivado el debate sobre la prueba del Derecho extranjero. En los cinco años de vigencia de la LEC 1/2000, un dato no escapa al observador interesado en este aspecto: los tribunales no alcanzan un acuerdo sobre la interpretación y

¹ R. DAVID, *La loi étrangère devant le juge du fond. Étude comparative*, París, 1964, pp. 22-25.

² O. LANDO, “The Eternal Crisis”, en *Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, 1998, pp. 361-379.

alcance del art. 281.2º LEC. La cuestión tiene raíces más lejanas. Durante los últimos años de vigencia del art. 12.6.II Cc., algunos valientes tribunales decidieron arriesgarse a una catarata de recursos, incluso de casación, con tal de ofrecer una solución más satisfactoria a los supuestos de falta de prueba del Derecho extranjero. Para ello, había que desafiar la decimonónica y centenaria jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Y así fue. En dicho momento se produce el cambio legal y el art. 281.2º LEC entra en escena. Las divergencias continúan: mientras algunos tribunales continuistas son receptivos al *argumentum ad baculum* y fallan en sintonía plena con la doctrina centenaria del TS (= el poder persuasivo del TS es enorme, sobre todo cuando puede desmontar procesos enteros cuando “casa” sentencias), otros se han refugiado en las trincheras y defienden posiciones alternativas (= *fiat Iustitia et pereat mundus*). Y para terminar de complicarlo todo, el transatlántico comienza a girar sobre sí mismo: en 2005 una sentencia de la Sala Primera del TS, la STS 10 junio 2005, abre perspectivas hasta ahora inéditas en la doctrina del Alto Tribunal. Ya no está tan claro lo que siempre ha estado tan claro en los estrados del Tribunal supremo.

3. Aunque pueda parecer extraño, esta situación de divergencia jurisprudencial es saludable y así lo hemos puesto de relieve en otros trabajos³. Frente al monolitismo jurídico de la conocida regla *One Right Answer* (= *veritas una*), un enfoque realista y postmoderno nos dice que la verdad, en la vida y también en el Derecho, no puede condensarse en una sola fórmula matemática de rígida aplicación. Que “la Verdad sólo es una” es una afirmación que hoy perece ante el relativismo que nos rodea. También, por fortuna, el mundo del Derecho. Porque, ¿quién dice lo que es “verdad”? ¿Puede cambiarse lo que es “verdad”? Demasiadas preguntas incómodas. Más saludable parece un “diálogo de perspectivas”, un intercambio de argumentos entre los defensores de unas y otras posturas, para extraer lo que de “verdad” hay en cada una de las tesis enfrentadas. El diálogo es la fuente del saber. Y para que exista el diálogo resulta muy útil que las normas jurídicas lo permitan. Es decir, en relación con la prueba del Derecho extranjero, es necesario que las normas que regulan esta cuestión no sean normas “rígidas” o “cerradas” que de manera taxativa zanjen la cuestión. Si ello es así, el peso del positivismo formalista sobre los tribunales impide todo diálogo y todo progreso. Encerrada en normas rígidas, la jurisprudencia no puede avanzar. Los jueces se convierten en el sueño de MONTESQUIEU: los jueces deben aplicar las normas de Derecho positivo porque son, exclusivamente, la “boca de la Ley” (= la *bouche de la loi*). Con normas rígidas, el juez procede a subsumir los hechos en las normas jurídicas y tarea concluida. No hay espacio para la interpretación del Derecho, que se convierte en una labor mecánica y subsidiaria: lo importante es la “fabricación de las Leyes”, que lleva a cabo el legislador, y no la aplicación de las Leyes, que llevan a cabo los jueces. Normas rígidas facilitan que el brocardo “*in claris non fit interpretatio*” se extienda como una mancha de aceite. Normas rígidas abren la puerta

³ A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol.I, 7ª ed., Ed.Comares, Granada, 2006, pp. 241-280; ID., “Aplicación del Derecho extranjero en España y la nueva LEC”, *Tribunales de Justicia*, nov. 2000, n.11, pp. 1155-1170; ID., “Normas de conflicto, aplicación del Derecho extranjero en España y nueva LEC”, *AEDIP*, núm. 1, 2001, pp. 215-237; ID., “El Derecho extranjero y el TS: la Sala de lo Social contraataca”, *AEDIP*, 2002, pp. 103-114; ID., “La prueba del derecho extranjero en la nueva Ley española de Enjuiciamiento Civil 1/2000”, *Diario La Ley*, 2005, núm.6178 de 28 enero 2005, pp. 1-7; ID., “The Proof of Foreign Law in the New Spanish Civil Procedure Code 1/2000”, *IPRax*, 2005-2, pp. 170-174; ID., “El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo ante la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero (en torno a la STS, Social, de 4 noviembre de 2004)”, *Diario La Ley*, núm. 6238 de 25 abril 2005, pp. 1-11.

a los planteamientos más dogmáticos. Dogma es lo contrario a diálogo, porque el dogma no se discute. Y sin discusión ni diálogo no hay avance del conocimiento.

4. Pues bien: el art. 281.2º LEC, que se ocupa de la prueba del Derecho extranjero ante los tribunales y autoridades españolas, no es una “norma rígida”, como han puesto de manifiesto los elaborados estudios de F.F. GARAU SOBRINO⁴. El art. 281.2º LEC es una “norma dialogante”⁵. En efecto, el citado precepto no cierra las cuestiones que abre la prueba del Derecho extranjero. El art. 281.2º LEC ofrece una regulación meramente “parcial” (= no exhaustiva ni completa) de la cuestión. El precepto sólo ofrece una regulación “de líneas generales”⁶. En el año 2000, cuando la vigente LEC ve la luz, los problemas suscitados por la aplicación del Derecho extranjero ante tribunales españoles son de sobra conocidos. Sin embargo, el legislador tomó partido por un modelo de “habilitación legal” al juez y al operador jurídico para que los operadores jurídicos concreten la solución más apropiada en los casos específicos que plantea la práctica diaria del DIPr. (K. KREUZER⁷). Nada, por tanto, de regulación minuciosa de la cuestión. Nada de reglamentismo. Dicho lo poco que dice el art. 281.2º LEC, es el turno de los tribunales, de los aplicadores del Derecho.

5. La prueba del Derecho extranjero suscita infinitos puntos de debate. Tantos que, como demuestra J.H. MERRYMAN, puede hablarse incluso de una “Ciencia de la aplicación del Derecho extranjero”⁸. Una nueva “Ciencia” en la que encuentran caldo de cultivo perspectivas nuevas, como el *Law and Economics* y el análisis constitucional del DIPr., perspectivas a las que la doctrina española no ha permanecido ajena⁹. En el presente estudio sólo se abordarán tres aspectos concretos: la alegación del Derecho extranjero, la necesaria prueba del Derecho extranjero y la flexibilización de los medios probatorios del Derecho extranjero. Para terminar, se llevará a cabo una reflexión sobre el “modelo general” de prueba del Derecho extranjero en DIPr. español. El lector interesado puede encontrar otros desarrollos sobre otros aspectos de la prueba del Derecho extranjero en otros trabajos de A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, a los que se remite desde ahora¹⁰, así como

⁴ F. GARAU SOBRINO, “La prueba del Derecho extranjero en la nueva LEC”, *RGD*, n.678-679, marzo-abril 2001, pp. 2343-2366; ID., “Der Beweis des ausländischen Rechts in der neuen spanischen Zivilprozessordnung vom 7.januar 2000: Chronik einer Ernüchterung”, en J. BASEDOW Y OTROS, *Aufbruch nach Europa - 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 685-703.

⁵ Art. 281.2º LEC: “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”.

⁶ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Nota a STS 17 diciembre 1991”, *REDI*, 1992, vol.XLIV, pp. 239-243.

⁷ K. KREUZER, “Zur funktion von kollisionsrechtlichen Berichtigungsnormen”, *Z.f.Rvgl.*, 1992/3, p. 183; ID., “Berichtigungsklauseln im Internationalen Privatrecht”, en *Mélanges Imre Zajtay*, Tübingen, 1982, pp. 295-331; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Diversification, spécialisation, flexibilisation et materialisation des règles de droit international privé”, *RCADI*, 2000, vol.287, pp. 9-426, esp. p. 187.

⁸ J.H. MERRYMAN, “Foreign Law as a Problem”, *Stanford Journal of International Law*, 1983, pp. 151-173.

⁹ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Art.12.6 Cc.”, en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO / S. DÍAZ ALABART, tomo I, vol.II, 2ª ed., Ed.Revista de Derecho privado / Edersa, Madrid, 1995, pp. 973-1082; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Sobre la norma de conflicto y su aplicación procesal (cinco cuestiones clásicas)*, Madrid, Tecnos, 1994.

¹⁰ A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol.I, 7ª ed., Ed.Comares, Granada, 2006, pp. 241-280; ID., “Aplicación del Derecho extranjero en España y la nueva LEC”, *Tribunales de Justicia*, nov. 2000, n.11, pp. 1155-1170; ID., “Normas de conflicto, aplicación del Derecho extranjero en España y nueva LEC”, *AEDIP*, núm. 1, 2001, pp. 215-237; ID., “El Derecho extranjero y el TS: la

en las abundantes reflexiones que la doctrina española sobre la siempre candente cuestión de la prueba del Derecho extranjero¹¹.

II. Tres problemas en busca de una nueva solución.

1. Alegación del Derecho extranjero.

6. Desde hace más de cien años una duda importante se ha cernido sobre el régimen jurídico de la prueba del Derecho extranjero cual guadaña matadora. ¿Debe alegarse el Derecho extranjero? Y si no se alega, ¿queda el Derecho extranjero “fuera del proceso” y por lo tanto no se aplica? Sabido es que los “hechos” deben alegarse al proceso. Lo dice el art. 399 LEC. Pero el Derecho extranjero no es un “hecho procesal”. Basta leer el art. 281.2 LEC, cuyo tenor es claro. El precepto separa, con meridiana transparencia, los “hechos” por un lado, y el “Derecho extranjero” por otro. Ello comporta varias consecuencias.

1º) El Derecho extranjero no debe ser alegado por las partes como si fuera un “hecho procesal” más. En consecuencia, la aplicación del Derecho extranjero a un caso concreto no depende de que las partes lo aleguen o no lo aleguen. La aplicación del Derecho extranjero a un caso litigioso “internacional” deriva directamente de la norma de conflicto española.

2º) Salvo excepciones legalmente previstas, si una parte no alega un “hecho”, éste no puede ser tomado en consideración por el tribunal para fallar el caso. El hecho, en tal caso, “desaparece del proceso”. El hecho no existe (= *quod non est actis non est in mundus* dice con rotundidad el Tribunal Supremo al referirse mediante este adagio medieval a la cuestión: STS 16 octubre 1989, STS 7 mayo 1991, etc.). Pero mucho cuidado: si una parte no alega el Derecho extranjero, éste no “desaparece” del proceso, porque sigue siendo el Derecho

Sala de lo Social contraataca”, *AEDIP*, 2002, pp. 103-114; ID., “La prueba del derecho extranjero en la nueva Ley española de Enjuiciamiento Civil 1/2000”, *Diario La Ley*, 2005, núm.6178 de 28 enero 2005, pp. 1-7; ID., “The Proof of Foreign Law in the New Spanish Civil Procedure Code 1/2000”, *IPRax*, 2005-2, pp. 170-174; ID., “El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo ante la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero (en torno a la STS, Social, de 4 noviembre de 2004)”, *Diario La Ley*, núm. 6238 de 25 abril 2005, pp. 1-11.

¹¹ P. ABARCA JUNCO / M. GÓMEZ JENE, “Alegación y prueba del Dcho.Extranjero en el procedimiento laboral”, *Rev.Esp.Der.Trabajo*, sept.-oct. 2003 núm.119, pp. 713-737; ID., “De nuevo sobre la alegación y prueba del Derecho extranjero en el procedimiento laboral: A propósito de la STS (Social) de 4 noviembre 2004)”, *Rev.Esp.Der.Trabajo*, abril-junio 2005, n.126, pp. 119-130; S. ALVAREZ GONZÁLEZ, “La aplicación judicial del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional”, *REDI*, 2002-I, pp. 205-223; F. CALVO BABÍO, “Problemas para probar Derecho extranjero en procedimientos judiciales españoles”, *Iuris*, n.93, 2005, pp. 85-61; L. CARBALLO PIÑEIRO, “El carácter imperativo de la norma de conflicto y la prueba del Derecho extranjero, Una relectura en clave procesal y constitucional”, *AEDIP*, núm.1, 2001, pp. 483-503; L. CARRILLO POZO, “Alegación y prueba del Derecho extranjero en el ámbito laboral y tutela judicial efectiva”, *Rev.Esp. Dcho Trabajo*, núm.111, mayo-junio 2002, pp. 451-473; ID., “Una doctrina constitucional sobre alegación y prueba de la Ley extranjera”, *Ar.Social*, 2003, núms.7-8, pp. 53-84; A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Nota a STC Sala 2ª núm. 172/2004 de 18 octubre 2004”, *REDI*, 2005, vol. 57, pp. 344-349; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Sobre la norma de conflicto y su aplicación procesal (cinco cuestiones clásicas)*, Madrid, Tecnos, 1994; ID., “Nota a STS 17 diciembre 1991”, *REDI*, 1992, vol.XLIV, pp. 239-243; F. GARAU SOBRINO, “La prueba del Derecho extranjero en la nueva LEC”, *RGD*, n.678-679, marzo-abril 2001, pp. 2343-2366; A. MARÍN LÓPEZ, “La prueba de la Ley extranjera en la nueva LEC”, *AEDIP*, núm.1, 2001, pp. 305-423; V. CUARTERO RUBIO, “Prueba del Derecho extranjero y tutela judicial efectiva”, *Derecho Privado y Constitución*, n.14, 2000, pp. 21-71; J. MASEDA RODRÍGUEZ, “La aplicación judicial del Derecho extranjero: el nuevo régimen de la LEC y la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Actualidad Civil*, n.12, 2002, pp. 413-446.

aplicable al caso, lo quieran o no lo quieran las partes, lo digan o no las partes, lo aleguen o no lo aleguen las partes.

3º) La fundamentación jurídica de las pretensiones de las partes es siempre “objetiva”. Los pleitos se ganan (= si se prueban los hechos, naturalmente), a través de la fundamentación jurídica correcta. Por ello, a cada pretensión corresponde una fundamentación jurídica correcta. Es ésta y ninguna otra. En consecuencia, si un supuesto se rige por un Derecho extranjero, las partes deben fundar sus pretensiones en tal Derecho extranjero, y si no lo hacen y basan sus pretensiones, por el contrario, el Derecho español, la pretensión debe ser desestimada. Y debe ser desestimada porque en tal caso, la fundamentación jurídica de la pretensión de las partes es incorrecta. El tribunal no tiene por qué hacer el trabajo de unos abogados que son profesionales de la defensa técnica de las partes. Si la fundamentación jurídica es incorrecta, la demanda, o la contestación a la demanda, se desestima, la pretensión jurídica se rechaza. No está correctamente fundada. Y esto es así tanto en litigios internacionales como en litigios internos, se aplique Derecho español o se aplique Derecho extranjero.

7. Pues bien, el TS, desde el siglo XIX hasta fechas muy recientes, sostuvo una “postura fáctica” en relación con la alegación del Derecho extranjero (STS 16 diciembre 1960, STS 10 diciembre 1966, STS 9 mayo 1988): a) El Derecho extranjero debe ser alegado siempre por las partes interesadas; b) La falta de alegación del Derecho extranjero por las partes conduce a la “no aplicación” del Derecho extranjero al supuesto; c) El momento procesal oportuno para la alegación del Derecho extranjero es la primera instancia y no la apelación ni la casación; d) El Derecho extranjero debe alegarse en las fases del proceso aptas para la aportación al proceso de “elementos de hecho”: hoy, en la demanda y contestación a la demanda.

8. Pero las cosas están cambiando. La radical diferencia entre “hechos” y “Derecho extranjero”, diferencia que se extrae del art. 281 LEC, se está haciendo eco en la jurisprudencia más actual del TS sobre esta cuestión. Una nueva luz se extiende sobre la cuestión a partir de la STS 10 junio 2005. Esta sentencia deja atrás con decisión la vieja postura decimonónica del TS. Como afirma la STS 10 junio 2005, “[e]n efecto, los hechos están regidos por la regla de aportación de parte (*quod non est in actis non est in mundo*), mientras que, en nuestro ordenamiento, el Tribunal está facultado para valerse de cuantos medios de averiguación estime 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 (artículo 12.6 CC). 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 mas que ello sea para darle el tratamiento procesal que corresponda. Lo que han de alegar las partes son hechos que, por la concurrencia de elementos extranjeros, se subsuman bajo la previsión de la norma de conflicto. Basta con tal alegación para que, como efecto de dicha norma, se considere que el litigio debe resolverse según el Derecho extranjero en la misma designado”.

9. Viene a decir el TS en la citada sentencia que el Derecho extranjero no tiene que ser alegado en el proceso por las partes para que el tribunal lo aplique. El Derecho extranjero se aplica porque es designado por la norma de conflicto, con total independencia de que la prueba del contenido de tal Derecho extranjero se lleve a cabo a instancia de parte. Ésa es cuestión distinta. Esta STS 10 junio 2005 supone un paso adelante de grandes dimensiones en la comprensión del círculo hermenéutico del art. 281.2º LEC en lo relativo a la prueba del Derecho extranjero. Bienvenida sea, pues, la STS 10 junio 2005.

2. Necesaria prueba del Derecho extranjero.

10. Desde hace más de cien años, antes de que hubiera Código Civil en España, el TS exigió que el Derecho extranjero debía probarse para ser aplicado por tribunales españoles. Esta idea se mantuvo tras 1889 ante el silencio que el Código Civil mantuvo al respecto y llegó tal cual a nuestros días (STS 7 noviembre 1896, STS 9 enero 1936, STS 6 junio 1969; STS 12 noviembre 1976; STS 19 diciembre 1977; STS 23 octubre 1992, STS 18 febrero 1993, STS 10 marzo 1993, etc.). El art. 281.2 LEC recoge la antorcha y exige la prueba del Derecho extranjero. La explicación de esta exigencia radica en que el Derecho extranjero debe probarse porque el tribunal y las partes están obligados a conocer las normas jurídicas españolas escritas (art. 1.6 Cc.: *jura novit curia*), pero ni el tribunal ni las partes están obligados a conocer las normas jurídicas extranjeras (I. ZAJTAY¹²). Por tanto, el Derecho extranjero es “procesalmente inferior” al Derecho escrito español, puesto que éste nunca debe ser probado (F. MÉLIN¹³).

11. Pero el art. 281.2 LEC no es taxativo, porque no indica si la prueba del Derecho extranjero debe realizarse en cada litigio regulado por un Derecho extranjero, “proceso por proceso” y si debe probarse siempre. Para afrontar el problema cabe formular una “regla general” y una “excepción”: *every rule has its exception*.

a) Regla general: cada vez que debe aplicarse un Derecho extranjero, éste debe probarse en el concreto proceso. El Derecho extranjero se debe probar porque se parte del principio siguiente: las partes y el tribunal no conocen el Derecho extranjero ni tienen el deber de conocerlo. El tribunal no puede fallar si no tiene el “material jurídico” necesario al efecto. Habrá que proporcionárselo, pues.

b) Excepción: cuando el Derecho extranjero es conocido por el tribunal no parece necesario exigir que se pruebe “otra vez”. De nuevo la citada STS 10 junio 2005 se sitúa en esta línea *obiter dictum*: la prueba del Derecho extranjero y la aportación de las partes al respecto sólo es precisa si se desconoce el Derecho extranjero. En efecto: la prueba es

¹² I. ZAJTAY, “L’application du droit étranger, science et fiction”, *RIDC*, 1971, pp. 49-59; ID., “L’applicazione del diritto straniero, scienza e fictio”, *RDIPP*, 1972, pp. 755-767; ID., “The application of foreign Law”, *IECL*, vol.III, chapter 14, 1972; ID., “La reception des droits étrangères et le droit comparé”, *RIDC*, 1957, pp. 686-713; ID., *Contribution à l’étude de la condition de la loi étrangère en droit international privé français*, Paris, 1958; ID., “Le traitement du droit étranger dans le procès civil. Étude de droit comparé”, *RDIPP*, 1962, pp. 233-253; ID., “Grundfragen der Anwendung ausländischen Rechts im Zivilprozess”, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 12, 1971, pp. 271-280.

¹³ F. MÉLIN, *Droit international privé*, 2ª ed., Gualino éditeur, Paris, 2005, pp. 125-1138; ID., *La connaissance de la loi étrangère par les juges du fond (Recherches sur l’infériorité procédurale de la loi étrangère dans le procès civil)*, PUAM, 2002, pp. 55-69.

necesaria cuando el contenido de la prueba (= en este caso, el Derecho extranjero) se desconoce. Pero no en caso contrario. ¿Por qué hay que probar lo que se conoce con total certeza? Cuando el juez y presumiblemente también las partes conocen a la perfección el Derecho extranjero no tiene sentido exigir la prueba de lo que se conoce. Así, en los casos en los que resulta muy frecuente la aplicación del Derecho extranjero y éste ha sido probado anteriormente de modo indubitado ante tribunales españoles, dicha prueba no debe exigirse. Requerir la prueba de un Derecho extranjero cuando el juez y las partes lo conocen de modo exacto porque ya ha sido probado en otro proceso, es costoso y no es necesario. Esta excepción (= “eximente de prueba” del Derecho extranjero) puede resultar muy útil en el caso de tribunales que ejercen sus funciones en poblaciones con un número elevado de extranjeros de una determinada nacionalidad y que aplican con mucha frecuencia un determinado Derecho extranjero. Un ejemplo será útil: la SAP Baleares 26 abril 2005 estima suficientemente probado el Derecho inglés relativo al régimen económico matrimonial porque su aplicación en Eivissa por los tribunales españoles es muy frecuente. Sería supérfluo y provocaría dilaciones inútiles volver a probar un Derecho extranjero cuyo contenido es conocido.

3. Flexibilización de los medios de prueba del Derecho extranjero.

12. La prueba del Derecho extranjero es una “cuestión procesal”. Por tanto, debe ser la Ley española (= porque es sabido que *Lex fori Regit Processum* según el art. 3 LEC), la que determine los “medios de prueba” a emplear para acreditar el Derecho extranjero que deben aplicar las autoridades y tribunales españoles. La cuestión no es baladí. Numerosos pleitos se deciden en un sentido u otro porque las partes prueban “correctamente” o “no correctamente” el contenido del Derecho extranjero aplicable al fondo del asunto.

13. El art. 281.2 LEC no especifica qué concretos medios de prueba deben emplear las partes para probar el Derecho extranjero. El resto de la LEC calla sobre la cuestión. Pues bien, ante el total silencio de la Ley, pueden formularse algunas observaciones orientativas.

14. Primera. El art. 281.2 LEC se refiere a la “prueba” del Derecho extranjero. Sin embargo, el Derecho extranjero, más que “probarlo”, hay que “acreditarlo”. Lo dice con extraordinaria finura jurídica la STS 3 marzo 1997. La prueba es una actividad diseñada para los “hechos procesales”. Pues bien: deberíamos hablar de “acreditación del Derecho extranjero” y no de “prueba del Derecho extranjero” porque el Derecho extranjero no es un mero “hecho procesal”. Hecha la distinción, la cuestión adquiere matices interesantes.

15. Segunda. La “acreditación del Derecho extranjero” no sigue estrictamente las reglas sobre la prueba rigurosa de los hechos procesales. El sistema de acreditación del Derecho extranjero es un sistema flexible, vertebrado en torno a la “libertad de medios probatorios” o “prueba libre” (SAP Huesca 14 diciembre 2005). De tal modo se facilita la acreditación del Derecho extranjero y se potencia su correcta aplicación.

16. Tercera. No existe una “lista cerrada” de medios apropiados para acreditar el Derecho extranjero. El legislador no ha querido formular esa “lista cerrada”, precisamente para facilitar la acreditación del Derecho extranjero. Ello es lógico porque probar un hecho

requiere unos medios determinados que pueden “encapsularse” en la LEC. Ahora bien, probar un Derecho extranjero ya no es tan sencillo. Dictar una lista cerrada de medios de acreditación del Derecho extranjero sería inconveniente. Por tanto, puede afirmarse que la acreditación del Derecho puede llevarse a cabo a través de todos los medios, instrumentos y herramientas técnicas que, por su propia naturaleza, sean adecuadas para acreditar el contenido del Derecho extranjero, ya sean o no “medios probatorios” de los admitidos en la LEC (art. 299.3 LEC por analogía). Ejemplos: el interrogatorio o dictamen de un “experto en Derecho extranjero” (*Expert Witness*), es apropiado para acreditar el Derecho extranjero, aunque el art. 299 LEC no lo incluye como “medio de prueba”. La SAP Huesca 14 diciembre 2005 admitió un dictamen elaborado por la profesora de Derecho internacional privado Dra. Dña. PILAR DIAGO DIAGO en torno al Derecho matrimonial marroquí aplicable al régimen económico matrimonial. E hizo muy bien.

17. Cuarta. En el caso de emplearse auténticos medios probatorios, como la prueba pericial o documental, éstos no tienen por qué ajustarse “de modo riguroso” a las exigencias que la LEC requiere a tales medios. No se trata de “probar hechos”. Se trata de “acreditar un Derecho”. Son cuestiones diferentes.

18. Quinta. No todos los medios de prueba previstos en la Ley española para probar “hechos procesales” (art. 299.1 y 2 LEC) son apropiados para acreditar el Derecho extranjero. Para probar el Derecho extranjero sólo pueden utilizarse los medios de prueba que permitan constatar con certeza el contenido del Derecho extranjero. Así, por ejemplo, el “reconocimiento judicial” no es un “medio idóneo” para probar el Derecho extranjero. Sin embargo, la interrogación de un “experto en Derecho extranjero” (*Expert Witness*), sí que lo es, como también los “documentos públicos” o el “dictamen pericial”.

19. Sexta. El objetivo de la acreditación del Derecho extranjero es convencer al tribunal del contenido de tal Derecho extranjero. Una vez conseguido dicho objetivo, el tribunal puede aplicar el Derecho extranjero y dar una solución al litigio. En general, todos los medios de acreditación del Derecho extranjero son de libre apreciación por el tribunal. Es decir, el tribunal valorará la fuerza probatoria de los diferentes medios de prueba con arreglo a las “reglas de la sana crítica” y no está vinculado por las pruebas y datos proporcionados por las partes. Sin embargo, los documentos públicos a través de los que se acredita el Derecho extranjero hacen “prueba plena” del “estado de cosas” que se contiene en tales documentos en torno al Derecho extranjero (arts. 317, 319 y 323 LEC). De todos modos, los certificados que en ocasiones expiden los Consulados y Embajadas extranjeras sobre el Derecho de sus países suelen ser muy parcos. El texto legal y nada más. Por tanto, dichos documentos públicos harán “prueba plena” pero sólo de lo que dicen, del contenido del texto legal foráneo. Para acreditar la interpretación de dicho texto, su aplicación por los tribunales extranjeros, etc., deberá recurrirse a otros medios de acreditación del Derecho extranjero.

20. Séptima. Es perfectamente admisible que las partes, cuando prueban el Derecho extranjero, utilicen al efecto, exclusivamente, “un solo medio de prueba”. en ningún sitio está escrito que deba probarse el Derecho extranjero mediante “varios medios probatorios de forma cumulativa”. Si un solo medio de prueba es suficiente, nada más habrá de exigirse. Por ejemplo: prueba del Derecho extranjero, exclusivamente, mediante documentos públicos, o mediante dictamen pericial. En la prueba del Derecho extranjero las partes no están obligadas

a utilizar varios medios de prueba cumulativamente, ni a emplear determinados medios de prueba. En la práctica más reciente de los tribunales españoles es frecuente la prueba de un Derecho extranjero, exclusivamente, mediante documentos públicos: STS 6 abril 1979, STS 12 enero 1989, STS 17 diciembre 1991, STS 16 julio 1991, STS 17 marzo 1992, STS 15 noviembre 1996, SAP Asturias 14 enero 2002, SAP Alicante 27 febrero 2004, SAP Guadalajara 14 enero 2004, SAP Baleares 31 marzo 2004.

21. Octava. Sin embargo, no debe permitirse una “relajación” en la acreditación del Derecho extranjero que desvirtúe el contenido de esta práctica. Por ello, aunque ante los tribunales españoles es frecuente que las partes aporten “simples fotocopias de diversas normas aisladas” (SAP Madrid 23 noviembre 2000, SAP Tenerife 13 abril 2004, SAP Alicante 12 mayo 2004, SAP Baleares 26 abril 2005), debe estimarse que tales “documentos” no son “documentos públicos” y nada prueban. Dichas “fotocopias” no permiten probar con certeza el Derecho extranjero, por lo que no deben ser admitidas a tal efecto. Igualmente, tampoco cabe aceptar la prueba del Derecho extranjero mediante la “doctrina de los hechos admitidos”. En general, como es sabido, en el proceso civil, los hechos admitidos por ambas partes no deben probarse. Pues bien, no es admisible que las partes “acuerden” que el Derecho extranjero no debe probarse, de forma que el contenido del Derecho extranjero sea fijado “por acuerdo entre las partes”. El art. 281.3 LEC sólo es aplicable a los “hechos” no al “Derecho extranjero”. Aunque en tiempos pasados alguna jurisprudencia admitió esta tesis en relación con el Derecho extranjero (STS 9 julio 1885, STS 9 enero 1936, STS 1 febrero 1934, STS 27 abril 1978 y STS 4 octubre 1982, SAT Baleares 17 julio 1984), tras la STS 5 noviembre 1971 debe estimarse que esta tesis no puede eximir de prueba al Derecho extranjero. El tenor del art. 281.2º LEC es muy claro al respecto.

22. Novena. Otros documentos “no públicos”, como son las “colecciones privadas” de Leyes o las obras doctrinales de autores extranjeros, poseen mayor relieve probatorio que unas “simples fotocopias”. Aunque la jurisprudencia del TS ha sido reacia durante años a admitir estos documentos para probar el Derecho extranjero, no hay por qué eliminarlos radicalmente como “medios de acreditación del Derecho extranjero”. Habrá que decidir en cada caso concreto si un determinado documento privado, como por ejemplo un autorizado texto doctrinal extranjero, puede servir para acreditar el Derecho extranjero “con certeza”.

23. Décima. También cabe utilizar para probar el Derecho extranjero, exclusivamente, la “prueba pericial” (art. 335 LEC). Tal peritaje puede consistir en un informe elaborado por “expertos en el Derecho extranjero” solicitado por las partes. No es necesario que tales “expertos” sean sujetos de la nacionalidad extranjera del país cuyo Derecho se trata de probar. Sin embargo, no es un medio de prueba admisible el llamado “informe de parte”, un informe redactado por expertos legales a instancia de una parte, en el que el experto “toma partido” en favor de las pretensiones concretas de la parte (SAP Alicante 28 abril 2005).

24. Undécima. Para la acreditación del Derecho extranjero pueden emplearse “medios de acreditación del Derecho extranjero que no sean, técnicamente hablando, “medios de prueba” admitidos como tales en las leyes procesales españolas. Por ello, puede admitirse como “medio de acreditación del Derecho extranjero”, el interrogatorio de “testigos expertos en Derecho extranjero” (*Expert Witness*), mecanismo muy difundido en otros países, pero poco utilizado hasta ahora en España.

25. En relación con los medios de acreditación del Derecho extranjero, y aparte la citada STS 3 marzo 1997, el TS se ha movido en una órbita muy tradicional. Ha exigido una prueba del Derecho extranjero a través de “documentos públicos” y, además, a través de “prueba pericial”, un informe conjunto, legalizado y traducido, realizado por dos jurisperitos del país extranjero cuya Ley debe probarse (STS 13 enero 1885, STS 19 noviembre 1904, STS 25 febrero 1926, STS 30 marzo 1928, STS 12 diciembre 1935, STS 6 diciembre 1961, STS 29 septiembre 1961, STS 30 junio 1962, STS 28 octubre 1968, STS 6 junio 1969, STS 5 noviembre 1971, STS 12 marzo 1973, STS 3 febrero 1975, STS 12 noviembre 1976, STS 27 abril 1978, STS 9 noviembre 1984, STS 23 octubre 1992, etc.). Sin embargo, esta línea jurisprudencial está hoy día pendiente de un hilo muy fino. No hay decisiones recientes que avalen la línea dura de la jurisprudencia más antigua y más exigente. En efecto, tras la LEC 1/2000 puede afirmarse que: a) No es precisa una “prueba cumulativa” del Derecho extranjero mediante prueba documental y prueba pericial; b) Cabe admitir la prueba del Derecho extranjero mediante documentos públicos y privados, o mediante otros medios de prueba, como el interrogatorio de un *Expert Witness*, siempre que tales medios permitan acreditar “con certeza” el Derecho extranjero.

26. Mucho más abierta se halla la cuestión cuando se trata de “acreditar” el Derecho extranjero por parte del tribunal. El art. 281.2 LEC indica que el tribunal podrá valerse “de cuantos medios de averiguación estime necesarios” para la aplicación del Derecho extranjero. Es una “norma abierta”. En particular, y el tribunal puede utilizar para “averiguar” el Derecho extranjero los siguientes mecanismos.

1º) Todos los medios de prueba previstos en la LEC siempre que sean adecuados para probar un Derecho extranjero. Ejemplo: documentos públicos como las certificaciones o informes consulares sobre el contenido del Derecho extranjero, o un dictamen pericial.

2º) Otros “medios de averiguación” del Derecho extranjero, aunque no sean, estrictamente hablando, “medios de prueba”. Entre estos otros “medios de averiguación” cabe citar los siguientes.

Primero. *El propio conocimiento que el tribunal tenga del Derecho extranjero (private Wissen)*. A tal efecto debe subrayarse lo siguiente: a) Cuando el tribunal emplea su propio conocimiento del Derecho extranjero, el tribunal debe respetar el “principio de contradicción”. De ese modo, las partes pueden debatir, en su caso, sobre el verdadero contenido del Derecho extranjero; b) El tribunal debe también hacer constar en la sentencia, con toda claridad, la norma extranjera y su contenido, a efectos de un posible recurso (STS 10 junio 2005, STSJ Com.Valenciana Sala Civil y Penal 22 septiembre 2005); c) Los medios o instrumentos a través de los cuales el tribunal adquiere conocimiento del Derecho extranjero son en sí mismos irrelevantes, siempre que permitan al tribunal un completo y profundo conocimiento del Derecho extranjero.

Segundo. *Los mecanismos previstos en determinados Convenios internacionales para la acreditación del Derecho extranjero*. Ejemplos no faltan: Convenio europeo de Londres de 7 junio 1968 sobre información del Derecho extranjero (*vid.* SAP Navarra 29 diciembre 2004), Convención interamericana sobre prueba e información del Derecho extranjero, hecha en Montevideo el 8 mayo 1979), y ciertos Convenios bilaterales firmados por España con países como Méjico (1 diciembre 1984), Brasil (13 abril 1989), República Checa y Eslovaquia (4 mayo 1987), China (2 mayo 1992), Bulgaria (23 mayo 1993), Marruecos (30 mayo 1997), ex-URSS (26 octubre 1990), Uruguay (4 noviembre 1987). Aunque el Convenio de Londres,

citado, haya tenido una aplicación irregular en los tribunales europeos, la idea que lo sustenta es poderosa. Una revisión de este Convenio podría convertirse, explican E.J. RODGER / J. VAN DOORN, en la piedra angular de un eficaz sistema internacional de prueba *ex officio* del Derecho extranjero preparado para los desafíos del siglo XXI¹⁴. Una idea también remarcada en el ámbito americano por D.P. FERNÁNDEZ ARROYO en relación con la citada Convención interamericana sobre prueba e información del Derecho extranjero, hecha en Montevideo el 8 mayo 1979¹⁵.

Tercero. *La Red Judicial Europea en materia civil y mercantil*. Dicha Red Judicial fue creada por Decisión del Consejo 2001/470/CE, de 28 mayo 2001. Cada Estado miembro designa un “punto de contacto” al que los órganos judiciales de ese Estado miembro y de los demás Estados miembros puede dirigirse para solicitar información sobre el Derecho extranjero. Dichos “puntos de contacto” canalizan la solicitud para asegurar su buen fin: responden a la solicitud o la envían a las autoridades competentes o a las mejor situadas para dar satisfacción a la petición. También pueden ayudar directamente a los ciudadanos interesados.

Cuarto. Mucho más dudosos son algunos mecanismos propuestos recientemente, pero que actualmente no están previstos en las leyes españolas: a) “Consulta a tribunal extranjero” (*Preliminary Reference Procedure*): un tribunal podría acreditar el contenido de un Derecho extranjero mediante “consulta directa” a un tribunal de dicho Estado. Ello podría ser especialmente útil en la UE para garantizar la correcta aplicación de las normas de DIPr. “comunitarizadas” (O. REMIEN¹⁶). El informe del tribunal extranjero podría ser vinculante (*legally binding*) o no (*only with persuasive authority*). El mecanismo es ingenioso, no cabe duda, pero presenta inconvenientes: si el informe es vinculante, el tribunal que emite el informe condicionaría la labor del tribunal consultante, y si no es vinculante, el tribunal consultado tendrá poca motivación y además las partes no podrían tener acceso al tribunal consultado; b) “Transmisión del caso” (*Forum Non Conveniens decided on the basis of the Applicable Law*): el tribunal que debe aplicar Derecho extranjero podría “transmitir” la resolución del caso a un tribunal extranjero del país cuyo Derecho se trata de aplicar y tal tribunal resolvería el litigio. Es un *Forum Non Conveniens* oculto (M. JÄNTERÄ-JAREBORG, D. McCLEAN¹⁷). El mecanismo no tiene, hoy día, cabida en el DIPr. europeo, que no lo ha previsto en ningún instrumento legal. Por ahora. Que nunca se sabe, especialmente cuando las normas jurídicas se elaboran en Bruselas.

III. El cambio del “modelo general”.

¹⁴ E.J. RODGER / J. VAN DOORN, “Proof of Foreign Law: The Impact of the London Convention”, *ICLQ*, 1997, pp. 151-172.

¹⁵ D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, *La codificación del DIPr. en América Latina*, Madrid, Eurolex, 1994, pp. 224-242.

¹⁶ O. REMIEN, “Jura Novit Curia und die Ermittlung fremden Rechts im europäischen Rechtsraum der Artt. 61 ff EGV - für ein neues Vorabentscheidungsverfahren bei mitgliedstaatlichen Gerichten”, en J. BASEDOW Y OTROS, *Aufbruch nach Europa- 74 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 617-631.

¹⁷ M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Foreign law in national courts: a comparative perspective”, *RCADI*, vol. 304, 2003, pp. 181-385; D. McClean, “A Common Inheritance? An Examination of the Private International Law Tradition of the Commonwealth”, *RCADI*, vol. 260, 1996, pp. 11-98.

1. Los dos grandes modelos básicos.

27. Como pone de relieve T.C. HARTLEY, desde hace más de cien años la doctrina especializada ha puesto de relieve que existen dos “modelos teóricos” que facilitan una respuesta global a las preguntas que plantea la aplicación y prueba del Derecho extranjero¹⁸. Con variantes y matices importantes, los distintos Estados siguen las líneas básicas de uno u otro “modelo”¹⁹. Se trata de los siguientes.

28. a) *Modelo de aplicación del Derecho extranjero a instancia de parte*. El Derecho extranjero lo deben probar las partes. Este modelo se apoya en varios argumentos: 1º) El Derecho extranjero es un mero “hecho procesal” y no es “Derecho”. Como explica con claridad meridiana H. MUIR-WATT, el Derecho extranjero no se puede considerar como “Derecho”, ya que si así fuera, se estarían aplicando, en un país, los “mandatos soberanos” dictados por otro país, lo que comportaría una lesión intolerable de la Soberanía estatal del país cuyos tribunales conocen del asunto²⁰. Como el Derecho extranjero es un “hecho procesal”, lo deben probar las partes interesadas: los tribunales permanecen al margen de la prueba de los “hechos”. Es fácil comprobar que la construcción tradicional de la Sala Primera del TS español es muy sensible a este argumento: “el Derecho extranjero es un hecho” es una frase que el Alto Tribunal ha repetido hasta la saciedad durante más de una centuria. Sin embargo, este primer argumento es, hoy día, totalmente insostenible. En efecto, aplicar un Derecho extranjero en otro país en calidad de “Derecho”, no lesiona en absoluto la Soberanía de ese otro país, pues el Derecho extranjero no es Derecho “vigente” en otro país, sino que sólo “se aplica” en otro país. Y de ello deriva que las legislaciones más modernas abandonen de modo radical la ecuación “Derecho extranjero = hecho procesal”. Dicha ecuación es falsa. Dos motivos los explican. Primero, la aplicación de un Derecho extranjero no daña la Soberanía del Estado cuyos tribunales conocen del asunto. En efecto: el Derecho extranjero “se aplica en España” pero eso no quiere decir que sea “Derecho vigente en España” (T. BALLARINO / A. BONOMI²¹). Resultado: no existe ninguna necesidad de concebir el Derecho extranjero como un mero y simple “hecho procesal”. Segundo, porque el Derecho extranjero

¹⁸ T.C. HARTLEY, “Pleading aid Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared”, *ICLQ*, 1996, pp. 271-292.

¹⁹ A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol.I, 7ª ed., Ed.Comares, Granada, 2006, pp. 241-280; B. ANCEL, “La connaissance de la loi étrangère applicable”, *Droit international et droit communautaire*, París, Centre culturel portugais, 1991, pp. 87-95; D. BUREAU, “L'accord procédural à l'épreuve”, *RCDIP*, 1996, pp. 587-620; S.M. CARBONE, “Il diritto straniero ed il giudice italiano: presente e prospettive di sviluppo”, *RDI*, 1991, vol.LXXIV, pp. 838-849; M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Foreign law in national courts: a comparative perspective”, *RCADI*, vol. 304, 2003, pp. 181-385; W. KRAUSE, *Ausländisches Rechts und deutscher Zivilprozess*, Constanza, 1990; U. KÜSTER, *Die Ermittlung ausländischen Rechts im deutschen Zivilprozess und ihre Kostenfragen. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Hannover, Diss. 1995; Y. LEQUETTE, “L'abandon de la jurisprudence Bisbal (a propos des arrêts de la Première Chambre Civile des 11 et 18 octobre 1988)”, *RCDIP*, 1989, pp. 277-339; H. LEWALD, “Le contrôle des cours suprêmes sur l'application des lois étrangères”, *RCADI*, 1936, vol.57, pp. 201-324; P. MAYER, “Le juge et la loi étrangère”, *RSDIDE*, 1991, pp. 481-501; M. RUBINO-SAMMARTANO, “Il giudice nazionale di fronte alla legge straniera”, *RDIPP*, 1991, pp. 315-344; I. ZAJTAY, “The Application of Foreign Law”, *IECL*, vol.2, Chapter 14, Tübingen, Den Haag, Paris, New York, 1972.

²⁰ H. MUIR-WATT, “Loi étrangère”, *Dalloz Droit international*, 2ª ed., 1998, p. 2.

²¹ T. BALLARINO / A. BONOMI, “The Italian Statute on Private International Law of 1995”, *Yearbook of Private International Law*, 2000, Vol. 11, pp. 99-132.

no desarrolla las funciones que despliegan los hechos procesales. El Derecho extranjero resuelve el litigio (= al igual que hace el Derecho nacional cuando es aplicable al fondo del asunto). Desarrolla, por tanto, una función estrictamente jurídica. Los hechos procesales no resuelven el fondo del litigio, no resuelven la controversia. Pero no debe olvidarse que la ecuación “Derecho extranjero = hecho procesal”, aunque sea una “ecuación borrosa” o de “lógica informal” (= pues en la práctica nunca los tribunales tratan al Derecho extranjero exactamente igual que a un mero hecho procesal), tiene un peso enorme en ciertos ambientes jurídicos de gran relieve. Como apunta S.L. SASS, los jueces suelen recordar que dicha ecuación potencia la aplicación de la *Substantial Lex Fori* y que ello, naturalmente, facilita la labor judicial, pues hace posible una Justicia “rápida” (= no se pierde tiempo y dinero en la prueba de un Derecho extraño) y “de calidad” (= los tribunales siempre aplican mejor el Derecho nacional que un Derecho extranjero)²²; 2º) El Derecho “extranjero” es “extranjero”. Por ello no se puede tratar “igual” que el Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto. Consecuencia: el principio *jura novit curia* sólo debe alcanzar al Derecho nacional y nunca al Derecho extranjero. Los hombros de la Judicatura de un país no pueden ni deben soportar el peso de la prueba del Derecho de todos los países del orbe; 3º) La aplicación del Derecho extranjero, en la mayor parte de los supuestos, beneficia exclusivamente “intereses particulares” y no “intereses generales”, razón por la que deben ser las partes interesadas las que prueben el Derecho extranjero. Indica R.D. CARSWELL que dichas partes interesadas suelen haber sido protagonistas de “actos celebrados en un país extranjero” que han generado “derechos adquiridos” que ahora tales partes desean hacer valer ante autoridades de otros países²³. Por ello, este argumento vincula esta primera tesis con la antigua idea de los “derechos adquiridos” como fundamento de la aplicación del Derecho extranjero, teoría de fuerte raigambre histórica en DIPr.²⁴ El declive de dicha teoría en el moderno DIPr. ya anunciado con demoledoras frases por P. ARMINJON a principios del siglo XX²⁵, debilita la tesis de la aplicación del Derecho extranjero a instancia de parte en su conjunto.

Son países que siguen este primer modelo, si bien con matices importantes, entre otros: Francia, España, Reino Unido, USA, Argentina, Brasil, Quebec, etc.

29. b) Modelo de aplicación del Derecho extranjero de oficio por el tribunal. El Derecho extranjero lo debe probar el tribunal que conoce del asunto. Este modelo se construye sobre un argumento clave y muy estable: el Derecho extranjero es “Derecho” (= ya que, aunque tal Derecho se aplique en otro país, no deja de ser “Derecho”), y desarrolla una “función estrictamente jurídica” (= el Derecho extranjero “resuelve el caso”, zanja la controversia). Por ello, el Derecho extranjero debe ser tratado igual que el Derecho del país cuyos tribunales

²² S.L. SASS, “Foreign Law in Federal Courts”, *AJCL*, 1981, pp. 97-118.

²³ R.D. CARSWELL, “The Doctrine of Vested Rights in Private International Law”, *ICLQ*, 1959, pp. 268-288.

²⁴ J.K. BEACH, “Uniform Interstate Enforcement of Vested Rights”, *Yale Law Journal*, 27, 1917/18, pp. 656-667; A. FERRER CORREIA, “La doctrine des droits acquis dans un système de règles de conflit bilatérales”, *Multitudo legum, Ius unum, Festschrift Wilhelm Wengler*, vol.II, Berlin, 1973, pp. 285-320; F. LASALLE, *Das System der erworbenen Rechte*, Teil 1 (*Die Theorie der erworbenen Rechte und der Collision der Gesetze*), 2ª ed., Leipzig, 1880; A. MIAJA DE LA MUELA, “Los derechos adquiridos en la doctrina española y en el sistema de DIPr. español”, *ADI*, vol.I, 1974, pp. 3-28; H. MÜLLER, *Der Grundsatz der wohlerworbenen Rechte im internationalen Privatrecht, Geschichte und Kritik*, Hamburg, 1935; A. PILLET, “La théorie générale des droits acquis”, *RCADI*, 1925-III, vol.8, pp. 485-538; W.R. WICHSER, *Der Begriff des wohlerworbenen Rechts im internationalen Privatrecht*, Zürich, 1955.

²⁵ P. ARMINJON, “La notion de droits acquis”, *RCADI*, 1933, vol.44, pp. 1-110.

conocen del asunto. Es decir: el tribunal debe probar o acreditar el contenido del Derecho extranjero (*jura novit curia*). Este modelo asegura de modo radical la “Justicia del DIPr.”, pues, como subraya J. ERAUW, si un litigio debe solventarse mediante la aplicación del Derecho extranjero, la aplicación de la *Substantial Lex Fori* al mismo arruina totalmente dicha Justicia²⁶. Como escribe M. POLLACK, un sistema de “prueba de oficio del Derecho extranjero” es el único “aliado fiel” de un sistema eficaz de normas de conflicto²⁷. Sin embargo, autores como D. BUREAU y B. FAUVARQUE-COSSON, han puesto de relieve que un sistema rígido de aplicación de oficio del Derecho extranjero puede dañar los derechos de las partes, que quizás prefieran litigar sobre la base de la *Lex Fori*²⁸.

Son países que siguen este segundo modelo: la inmensa mayoría de los que disponen de Leyes especiales de DIPr. promulgadas recientemente (Austria, Turquía, Suiza, Italia, Venezuela, Bélgica, etc.), así como Alemania, Japón, y muchos Estados de América del Sur.

30. El enfrentamiento entre ambos modelos es difícil de resolver. La razón es que el Derecho extranjero es “Derecho”, pero también es “extranjero”. Si se considera que el carácter “extranjero” del Derecho extranjero es determinante, entonces el primer modelo es preferible; si por el contrario se entiende que lo determinante es que el Derecho extranjero es “Derecho”, el segundo modelo debe imponerse. Pero tras esta “batalla jurídica”, late otra batalla social y económica, a menudo injustamente olvidada y postergada. Probar el Derecho extranjero es caro, y sobre todo, lleva tiempo y es complicado. No todos los operadores jurídicos pueden probar el Derecho extranjero con la misma “calidad” y al mismo coste. Pues bien, los Estados que prefieren un modelo de prueba del Derecho extranjero “a instancia de parte” estiman que, como los casos regidos por el Derecho extranjero son escasos en la práctica judicial, el coste de la prueba del mismo lo deben soportar, por regla general, las partes afectadas, ya que la sociedad no tiene por qué pagar con tiempo y dinero lo que afecta a un “sector reducido de sujetos”. Por el contrario, los Estados que optan por la aplicación de oficio del Derecho extranjero estiman que los casos internacionales son numerosos y por tanto es justo distribuir el coste de la prueba del Derecho extranjero entre toda la sociedad, ya que toda la sociedad está implicada, de modo que es oportuno crear “estructuras públicas de prueba del Derecho extranjero” y ordenar a los tribunales que prueben, de oficio, el Derecho extranjero.

En España, la dicción imprecisa y en cierto modo contradictoria del art. 12.6.II Cc., introducido en 1974 en el articulado del Código Civil, facilitó que la doctrina sostuviera distintas tesis sobre la cuestión de la prueba del Derecho extranjero. En general la doctrina española manifestó su preferencia por un modelo de prueba de oficio del Derecho extranjero, incluso ya en el marco del hoy derogado art. 12.6.II Cc., como puede observarse en los trabajos de M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO²⁹. Pero los tribunales continuaron su travesía del

²⁶ J. ERAUW, “Something Funny Happened To Foreign Law on Its Way to the Forum”, *Law and Reality. Essays on National and International Procedural Law in Honour of C. C. A. Voskuil*, Dordrecht / Boston / London, 1992, pp. 63-77.

²⁷ M. POLLACK, “Proof of Foreign Law”, *AJCL*, 1977/1978, pp. 470-475.

²⁸ D. BUREAU, “L’application d’office de la loi étrangère. Essai de synthèse”, *JDI Clunet*, 1990, vol.117, pp. 317-364; ID., “L’accord procédural à l’épreuve”, *RCDIP*, 1996, pp. 587-620; B. FAUVARQUE-COSSON, “Nota a la Sentencia Cour Cassation 6 mayo 1997 (*accord procédural*)”, *RCDIP*, 1997, pp. 514-526.

²⁹ M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “La ausencia de prueba del Derecho extranjero”, *Justicia*, 1989, pp. 73-139; ID., “La prueba del Derecho extranjero ante los Tribunales españoles”, *RGD*, núms.541-542, 1989, pp. 6247-6314.

desierto guiados por las directrices decimonónicas de la Sala Primera del Tribunal Supremo: “*el Derecho extranjero es un hecho y como tal ha de ser probado por la parte a la que interese su aplicación....*”.

2. Hacia un modelo de “prueba de oficio” del Derecho extranjero.

31. En la actualidad existen datos poderosos que inducen a pensar que la tendencia hacia una sistema de “prueba de oficio” de la Ley extranjera es inevitable e irreversible. Todo arranca de un postulado elemental: la creciente internacionalización de la sociedad en los países occidentales provoca un aumento espectacular de las situaciones jurídicas reguladas por un Derecho extranjero. El DIPr. incrementa su aplicación. En otras palabras: la aplicación del Derecho extranjero se ha convertido en un “problema social”. Este “nuevo escenario” comporta varias consecuencias.

Primera. En los primeros años de este siglo XXI, la aplicación del Derecho extranjero es una cuestión que afecta ya a toda la sociedad y no una cuestión que implica a unos pocos sujetos. El porcentaje de litigios en los que se aplica un Derecho extranjero en Europa y también en España crece a ritmo exponencial. Llegará un momento en el que la mayor parte de los sujetos que habitan en España tendrán que litigar, alguna vez, con arreglo a un Derecho extranjero. Por ello, resulta conveniente establecer una “estructura pública de prueba del Derecho extranjero”, en la que los tribunales prueban de oficio el Derecho extranjero a un coste mucho menor que el que implica probar el Derecho extranjero mediante “estructuras privadas” por los particulares implicados en situaciones privadas internacionales. Ello explica por qué las nuevas Leyes especiales de DIPr. en los diferentes Estados (= Italia, Suiza, Rumanía, etc.), han apostado decididamente por un modelo de “prueba de oficio” del Derecho extranjero.

Segundo. El DIPr. español se está llenando de normas de conflicto “comunitarizadas”, elaboradas por las instituciones comunitarias sobre la base del art. 61 y 65 TCE³⁰. Pues bien,

³⁰ S. BARIATTI, “Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario”, *RDIPP*, 2003, pp. 671-706; J. BASEDOW, “The communitarisation of the conflict of laws under the treaty of Amsterdam”, *CMLR*, 2000, p. 687 ss.; ID., “European Conflict of Laws Under the Treaty of Amsterdam”, en P.J. BORCHERS / J. ZEKOLL (EDS.), *Essays F.K. Juenger*, Nueva York, 2001, pp. 175-192; K. BOELE-WOELKI, “Unification and Harmonisation of Private International Law in Europe”, *Liber Amicorum K. Siehr*, TMC Asser Press, The Hague, 2000, pp. 61-77; TH.M. DE BOER, “Prospects for European Conflicts Law in the Twenty-First Century”, *Essays F.K. Juenger*, Nueva York, 2001, pp. 193-214; S. BRUINIER, *Der Einfluss der Grundfreiheiten auf das internationale Privatrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2003; A.-L. CALVO CARAVACA, “El DIPr. de la Comunidad Europea”, *International Law. Revista colombiana de Derecho internacional*, núm.2, diciembre 2003, pp. 277-300; H. GAUDEMÉTALLON, “De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union Européenne”, *Estudos Magalhães Collaço*, vol. I, Almedina, Portugal, 2002, pp. 159-185; H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, “The EU and a metamorphosis of Private International Law”, *Essays P. North*, Oxford UP, 2002, pp. 111-136; CH. KOHLER, “Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam”, *RCDIP*, 1999, pp. 1-30; P. LAGARDE, “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures”, *RabelsZ*, 2004, pp. 225-243; S. LEIBLE / A. STAUDINGER, “El art. 65 TCE: ¿carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del DIPr. y procesal?”, *AEDIP*, vol.I, 2001, pp. 89-115; PH.-E. PARTSCH, *Le droit international privé européen de Rome a Nice*, Bruxelles, Lacier, 2003; P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e Diritto comunitario*, Cedam, Padova 2004; F. POCAR, “La comunitarizzazione del DIPrivo: una european conflict of laws revolution”, *RDIPP*, 2000, pp. 873-884; F. VIANGALLI, *La théorie des conflits de lois et le droit communautaire*, Aix-en Provence, 2004; R. WAGNER,

estas nuevas normas de DIPr. “comunitarizadas” sólo son efectivas si se garantiza al máximo nivel la prueba del Derecho extranjero. Ello resulta importante en el campo del Derecho de Familia. En efecto, como recuerda N. DETHLOFF, las partes pueden desconocer aspectos técnicos de la prueba del Derecho extranjero lo que puede influir de manera desastrosa en el resultado final del litigio si la prueba del Derecho extranjero se abandona exclusivamente en las manos de las partes³¹. En caso contrario, explica A. BIONDI³², la “armonía internacional de soluciones” que persiguen tales normas, se evapora (= sin una garantía elevada de que el Derecho extranjero designado por estas normas de conflicto comunitarizadas se va a aplicar, renace el *Forum Shopping* y las soluciones distintas de Estado miembro a Estado miembro). Por ello, como recuerda M. JÄNTERÄ-JAREBORG, el art. 65 c) TCE permite que la UE elabore normas uniformes que impongan la prueba de oficio del Derecho extranjero en todos los Estados miembros, algo que sucederá con toda probabilidad en un futuro no lejano³³. Las iniciativas de la Comisión UE parecen adoptar esta perspectiva, si bien las propuestas no acaban de definirse con claridad en favor de una aplicación de oficio del Derecho extranjero reclamado por las normas de conflicto comunitarias³⁴.

Las consecuencias del nuevo escenario de los litigios internacionales entre particulares conduce inevitablemente a una conclusión: la tendencia hacia un sistema de prueba de oficio del Derecho extranjero parece irreversible. Pero nadie puede adivinar el futuro, así que mientras éste llega, los tribunales deben resolver los litigios internacionales entre particulares con las llaves de la nueva “Ciencia de la prueba del Derecho”.

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ es Profesor Titular de Derecho internacional privado (Universidad de Murcia, España). carras@um.es

“EG-Kompetenz für das Internationale Privatrecht in Ehesachen?”, *RabelsZ*, 2004, pp. 119-153; K. WANNEMACHER, *Die Aussenkompetenzen der EG im Bereich des Internationalen Zivilverfahrensrechts: des räumliche Anwendungsbereich des Art. 65 EGV am Beispiel der EuGVO und der EheVO*, Frankfurt am Main, Lang, 2003; M. WILDERSPIN / A.-M. ROUCHAUD-JOËT, “La compétence externe de la Communauté européenne en droit international privé”, *RCDIP*, 2004, pp. 1-48.

³¹ N. DETHLOFF, “Arguments for the Unification and Harmonisation of Family Law”, en K. BOELE-WOELKI (Ed.), *Europe, Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Antwerp / Oxford / New York, 2003, pp. 37-64.

³² A. BIONDI, “The European Court of Justice and Certain National Procedural Limitations: Not Such a Tough Relationship”, *Common Market Law Review*, 1999, pp. 1271-1287.

³³ M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Foreign law in national courts: a comparative perspective”, *RCADI*, vol. 304, 2003, pp. 181-385.

³⁴ COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, “Action Plan of the Council and Commission on How to Best Implement the Provisions of the Treaty of Amsterdam on an Area of Freedom, Security and Justice, adopted in Vienna, 7 December 1998”, *Official Journal*, N. C 19 de 23 January 1999.