

AEDIPr, t. XVII, 2017, pp. 533–560

Recepción: 16 mayo 2017

Aceptación: 1 julio 2017

LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO TRAS LA LEY DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL

M^a Pilar DIAGO DIAGO *

SUMARIO: I. Introducción. II. Imperatividad de las normas de conflicto: art. 12.6º Cc. III. Prueba del Derecho extranjero: sistema mixto (art. 281.2º LEC y art. 33.1º LCJIMC). IV. Acreditación del Derecho extranjero por las partes. V. Imposibilidad de acreditación del Derecho extranjero (art. 33.3º LCJIMC). VI. Actuación fraudulenta o de mala fe de las partes. VII. Valor probatorio de las pruebas practicadas. VIII. Consideraciones finales.

RESUMEN: El objeto de este estudio es analizar el impacto que produce la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en el tratamiento procesal del Derecho extranjero y las repercusiones que genera en el sistema. A su vez, se proporcionan elementos de integración del método de acreditación del Derecho extranjero, que deberían orientar la actuación de los Tribunales en los supuestos de actuación fraudulenta o de mala fe de las partes.

PALABRAS CLAVE: ACREDITACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO— PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO— IMPERATIVIDAD DE LA NORMA DE CONFLICTO— INFORMACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

ABSTRACT: Proof of foreign law after the Law of International Legal Cooperation in Civil Matters

The purpose of this study is to analyze the impact of the Law of International Legal Cooperation on the procedural treatment of foreign law and the repercussions that it generates in the system. At the same time, elements of integration of the method of accreditation of foreign law are provided, which should guide the actions of the Courts in cases of fraudulent or bad faith actions of the parties.

KEY WORDS: ACCREDITATION OF FOREIGN LAW— PROOF OF FOREIGN LAW— MANDATORY OF THE CONFLICT RULE— INFORMATION ABOUT FOREIGN LAW.

* Catedrática de Derecho Internacional Privado. Universidad de Zaragoza. Responsable editorial de la Revista científica *Bitácora Millennium DIPr* <http://www.bitacoradipr.com> miembro del grupo de investigación consolidado *Ius Familiae*.

I. Introducción

El régimen procesal de la prueba del Derecho extranjero, en nuestro sistema, se ha caracterizado por una profunda indefinición en el marco legal y una importante desorientación en el ámbito jurisprudencial. Esta situación contrasta, poderosamente, con la importancia crucial del tema en el desarrollo de los procesos en los que el Derecho aplicable es un Derecho extranjero.

Las lagunas legales que existían antes de la aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) 1/2000 de 7 de enero no vinieron a colmarse suficientemente con esta norma, prueba de ello es la jurisprudencia errática que en torno a ella se ha ido elaborando. A golpe de Sentencias, pronunciamientos, votos particulares y de interpretaciones diversas, la doctrina ha ido elaborando teorías que han generado un tan interesante como estéril debate¹. Sólo hay que observar la práctica forense para comprobar el divorcio que parece existir entre la doctrina científica y la opinión judicial en este tema².

El panorama, teñido de inseguridad jurídica, llevó a exigir una clarificación legal por parte de numerosos autores. Estos al margen de las elucubraciones que cabía hacer en orden interpretativo, eran conscientes de que sólo una solución legislativa clara podría resolver la inseguridad que la falta de un sistema estructurado de prueba del Derecho extranjero estaba generando³.

Pues bien, la aprobación de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil abre sus puertas a esta problemática dedicando su Título II con un único artículo (el art. 33) a la prueba del Derecho extranjero. Así mismo, dedica el Título III (del art. 34 al 36) a la información del Derecho extranjero. El sistema español de prueba viene, de esta manera, a completarse con lo establecido en esta norma que recuerda ya en su apartado primero que “la prueba del contenido y

¹Para un resumen de las diferentes teorías v. A.L Calvo Caravaca y J. Carrascosa González *Derecho internacional privado*, vol. I, 16^a ed., Granada, 2016, p. 567 a 577.

² Divorcio que Picó i Junoy concreta así “si bien, por un lado, tanto los procesalistas como los internacionales consideran que la imperatividad de las normas de conflicto comporta la necesidad de que el juez deba proceder a la aplicación del derecho extranjero, al margen de su alegación y/o prueba por las partes, por otro lado, la práctica judicial nos enseña que los tribunales, por muy diversos motivos, suelen no aplicar el derecho extranjero si no es alegado o probado por las partes” J. Picó i Junoy “Causas de la falta de aplicación judicial del Derecho extranjero”, en *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, 2011, pp. 67 a 73, p. 67.

³ Con especial claridad e insistencia en sus investigaciones v. por todos S. Álvarez González, “La aplicación judicial del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional”, *REDI*, 2002, nº 1, pp. 205–223 en especial p. 222 y 223 y “Aplicación judicial del Derecho extranjero: la desconcertante práctica judicial, los estériles esfuerzos doctrinales y la necesaria reforma legislativa”, *Diario La Ley*, nº 6287, 4 jul. 2005 pp. 2004 a 2007.

vigencia del Derecho extranjero se someterá a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones aplicables en la materia”.

De esta manera y al margen de otras disposiciones, el régimen procesal general de la prueba del Derecho extranjero viene determinado por lo que establece el art. 281.2º LEC (recordemos que es la norma que tantas lagunas generaba) y el nuevo art. 33 de la Ley de Cooperación. Este trabajo tiene como objeto analizar el impacto que este precepto produce en el tratamiento procesal del Derecho extranjero, cuáles son las repercusiones que debe generar en el sistema, y si realmente es ésta la solución “de complemento” que tanto ansiaba la doctrina y que vendría a poner fin al desconcierto e inseguridad jurídica que ha caracterizado hasta ahora a nuestro sistema.

II. Imperatividad de las normas de conflicto: art. 12.6º Cc

Antes de abordar el estudio del art. 33 conviene repasar, aún brevemente, la esencia del sistema de solución de conflictos de leyes español. Como se va a tener ocasión de ver a lo largo de este estudio, no contamos con un sistema estructurado general de aplicación del Derecho extranjero. Nuestro sistema, en realidad, es de corte, valga la expresión, “casuístico”⁴. Ello exige un esfuerzo integrador de las disposiciones normativas que ha de ser necesariamente coherente con la misma estructura del Derecho internacional privado para, con ella, intentar dar solidez al sistema. Para ello, es imprescindible no desviarse de uno de los núcleos de la Ciencia de los conflictos de leyes que debe orientar la interpretación de todos los preceptos relativos al régimen procesal del Derecho extranjero como lo haría una estrella polar. En este caso la estrella toma la forma de artículo del Código Civil en concreto del art. 12.6º:

“Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español”

Por consiguiente, siempre que la norma de conflicto aplicable al supuesto origen del proceso conduzca a la aplicación del Derecho extranjero, el Tribunal o las autoridades correspondientes están obligadas a aplicar ese Derecho para resolver el fondo del asunto⁵. Lo mismo ocurrirá cuando la norma de conflicto conduzca a

⁴ En el mismo sentido y antes de la aprobación de La Ley de Cooperación Jurídica Internacional J. Maseda Rodríguez señalaba que “el panorama actual respecto de la aplicación del Derecho extranjero, alimentado por la desidia del legislador español, describe mejor una situación de aplicación del Derecho extranjero *caso por caso* que la existencia de una estructura sólida que permita hablar de un *sistema* propiamente dicho” la afirmación es plenamente válida en la actualidad *vid.* J. Maseda Rodríguez, “La aplicación judicial del Derecho extranjero: el nuevo régimen de la LEC y la reciente jurisprudencia constitucional”, *Actualidad Civil*, nº 12, 2002, pp. 420–430, en concreto p. 445 y 446.

⁵ *Vid.* sobre la imperatividad de la norma de conflicto J.C Fernández Rozas, “Artículo 12, apartado 6

la aplicación del Derecho material español reclamado, en el caso concreto, por la norma de conflicto. El supuesto que aquí interesa es el primero.

Las dificultades que a nivel procesal se desencadenan para el cumplimiento del mencionado mandato derivan, en parte, de la falta de concreción de la actuación del juez ante la patología que se planteará cuando las partes no lleguen a probar el Derecho extranjero aplicable. Como se va a ver, el Derecho debe ser acreditado por la parte interesada y cuando esto no sucede el Tribunal puede ver comprometido su mandato, hasta el punto de que puede resultar imposible cumplirlo.

El art. 33 de la nueva Ley exige un esfuerzo interpretativo y este debe realizarse a la luz del camino que marca la estrella polar: el ya mencionado art. 12.6º Cc. De ahí, que sea necesario insistir en su importancia para lograr una normalización de los procesos en los que debe aplicarse el Derecho extranjero. En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley viene a adelantar esa misma normalización, cuando indica que “la falta de prueba del Derecho extranjero dentro de un proceso judicial es algo excepcional, que solo sucederá cuando las partes no consigan probar el Derecho extranjero y sin olvidar la posibilidad de que el Tribunal coopere en la acreditación de dicho contenido”⁶. Sobre esta idea se volverá más adelante.

III. Prueba del Derecho extranjero: sistema mixto (art. 281.2 LEC y art. 33.1º LCJIMC)

Lo primero que se debe retener del art. 33 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional es que remite, como ya se ha tenido ocasión de indicar, a la regulación marco de la prueba del Derecho extranjero. Así señala en su primer apartado que la misma *se someterá a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones aplicables en la materia*. Entre estas últimas cabe citar el art. 36 del Reglamento Hipotecario, el art. 91 del Reglamento del Registro Civil o el art. 168.I.4º del Reglamento Notarial.

Así pues, este precepto no altera la configuración del sistema de prueba que diseñó el art. 281.2º LEC y que tiene una configuración mixta o hibrida. El principio *iura novit curia* sólo se refiere al Derecho español, incluyendo en esta categoría todos los ordenamientos que coexisten en España. El Tribunal, sin embargo,

del Código civil: Aplicación judicial y extrajudicial del Derecho extranjero”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (eds.), t. I, vol. 2, Madrid, Edersa, 1995. pp. 973–1082, pp. 1001–1002, L. Carballo Piñeiro, “El carácter imperativo de la norma de conflicto y la prueba del derecho extranjero. Una relectura en clave procesal y constitucional”, *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 483–503, siguiendo este planteamiento P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Imperatividad de la norma de conflicto y prueba del Derecho extranjero en los Reglamentos sobre ley aplicable a las situaciones privadas internacionales” *La Ley*, 2011. <http://eprints.ucm.es/26673/1/Eprints%2023274.pdf>.

⁶ Exposición de Motivos, apartado V.

no tiene la obligación de conocer el Derecho extranjero. El contenido y vigencia de tal Derecho deberá ser acreditado a instancia de parte y el Tribunal, no obstante, podrá intervenir. Así lo establece el 281.2º cuando dispone que “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”.

Este sistema se aleja de aquellos en los que el Tribunal tiene la obligación de llegar a conocer el Derecho extranjero para su aplicación de oficio⁷. Valga como ejemplo paradigmático el suizo⁸. El art. 16.1º de la Ley suiza de Derecho Internacional Privado de 18 diciembre 1987 establece que: “*le contenu du droit étranger est établi d'office. A cet effet, la collaboration des parties peut être requise. En matière patrimoniale, la preuve peut être mise à la charge des parties*”.

En nuestro sistema la carga de la prueba recae en las partes (en colaboración con el juez) y así viene a recalcarlo el mismo art. 33 en su apartado tercero, cuando hace referencia expresa a los supuestos en los que no haya podido acreditarse *por las partes* el contenido y vigencia del Derecho extranjero.

Es habitual entender que la parte que debe acreditar el contenido del Derecho extranjero puede ser el demandante o el demandado, dependiendo de quién sea la parte interesada. No obstante, conviene tener en cuenta, que la parte actora deberá fundar su demanda en el Derecho extranjero, si a él conduce la aplicación de la norma de conflicto de que se trate. En consecuencia, debe implicarse en la prueba del Derecho extranjero, con independencia del debate que se pueda abordar respecto del Derecho material aplicable en el caso concreto y a salvo los supuestos en el que el debate se plantee respecto del mismo Derecho aplicable⁹.

⁷ Sistema que garantizaría, al menos de manera más directa, el efecto útil de las normas de conflicto v. al respecto M.C. Vaquero López, “Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal: una primera aproximación a las reformas legislativas julio 2015”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 9, 2015, p. 217 “habríamos preferido que nuestro legislador hubiese optado por un modelo de aplicación de oficio del Derecho extranjero por el tribunal que conozca del asunto, una solución que, entre otras consecuencias, tendría la virtud de garantizar el efecto útil de las (cada vez más numerosas) normas de conflicto de leyes comunitarias que llevan a la aplicación de un Derecho que no es el nuestro”.

⁸ El sistema italiano por su parte establece que la determinación de la ley extranjera aplicable corresponde al Juez de oficio (art. 14 de la Ley italiana de Derecho internacional privado de 31 mayo 1995), cabe citar, también como otro ejemplo, al Derecho belga que preceptúa que el contenido del Derecho extranjero designado por la Ley es establecido por el juez (art. 15 del Código belga de Derecho internacional privado de 16 julio 2004).

⁹ v. al respecto la reciente STSJ Madrid 19 enero 2017. (41/2017) que viene a recordar la Doctrina establecida por el TS en Unificación de la Doctrina, en sentencia 4220/2001 TS 2001:4220, recurso 2507/2000, de fecha 22/05/2001 así como la doctrina de la Sala Primera del mencionado Tribunal (Sentencias de 11 mayo 1989, 21 mayo 1989, 23 marzo 1994, a las que pueden añadirse las de 25 enero 1999, 5 junio 2000 y 13 diciembre 2000).

Lo que caracteriza a este sistema mixto es la colaboración del Tribunal con las partes. Como se acaba de exponer esta colaboración está preceptuada en el art. 281.2º, sin embargo, su desarrollo en la práctica por los Tribunales puede calificarse de “nebuloso”.

Al no configurarse unas pautas nítidas de comportamiento, los Tribunales experimentan una especie de atracción a la pasividad que conduce, en no pocas ocasiones, a la no aplicación del Derecho extranjero. Sin embargo, en aras a normalizar estos procesos y habida cuenta de la trascendencia del tema y de los parámetros legales con los que contamos, conviene insistir en cuál debe ser la actitud del juez ante la acreditación del Derecho extranjero.

La Ley de Enjuiciamiento Civil y la misma lógica de nuestro sistema, marca el compromiso de los Tribunales en el tratamiento procesal del Derecho extranjero. No está describiendo una posibilidad discrecional del juzgador a su mera “apetencia”. Está definiendo su intervención que se verá facilitada por los diferentes medios a su alcance, a los que se hará referencia más adelante.

Es evidente que la actuación judicial se encuentra sometida al imperio de la Ley y que el principio de legalidad otorga un protagonismo activo a los órganos judiciales. La misma Exposición de Motivos de la Ley de Cooperación viene a señalar a *sensu contrario* que las situaciones normales son aquellas en las que las partes consiguen probar el Derecho extranjero, *sin olvidar la posibilidad de que el tribunal coopere en la acreditación de dicho contenido*. Posibilidad que se torna en obligación con trascendencia constitucional en aras a preservar el principio de tutela judicial efectiva que preconiza el art. 24 de la Constitución¹⁰ y a preservar el mismo sistema imperativo de aplicación de oficio de las normas de conflicto establecido por el ya analizado art. 12.6º Cc¹¹.

¹⁰ Sobre las posturas mantenidas por el Tribunal Constitucional en sus diferentes Sentencias V. en especial el análisis de F.F. Garau Sobrino, “La no–doctrina constitucional sobre alegación y prueba del derecho extranjero”, en J. Forner Delayguea, C. González Beilfuss, y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegria Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 429–443.

¹¹ De hecho tal y como señala L. Carballo Piñeiro, “El carácter imperativo de la norma de conflicto y la prueba del derecho extranjero. Una relectura en clave procesal y constitucional”, *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 483–503 “La indagación de oficio del Derecho extranjero se presenta como la única solución razonable dentro del un sistema imperativo de normas de conflicto” p. 496 y en la misma línea p. 489. La consecuencia extrema sería entonces que “no es el juez quien debe colaborar con las partes, sino éstas con el juez para la determinación del Derecho aplicable” p. 490. En la misma línea v. entre otros E. Pecourt García, “Naturaleza y condición del Derecho extranjero reclamado por las normas de conflicto”, *Revista General de Derecho* 1963, pp. 783–791, y 894–904 en particular p. 896–897. P. Gutiérrez de Cabiedes, “Tratamiento procesal del Derecho extranjero en el título preliminar del Código civil”, *Anuario de Derecho Internacional (Universidad de Navarra)*, vol. II, 1975, pp. 62–63.

No debe olvidarse, igualmente, el juego que puede llegar a tener la misma tutela judicial efectiva internacional¹² consagrada en el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹³. Precepto que se corresponde con el Derecho de acceso a un Tribunal, garantizado por el art. 6, apartado 1, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales¹⁴ y con el art. 13 relativo al Derecho a un recurso efectivo.

La Ley de Cooperación Jurídica internacional introduce, precisamente, de manera novedosa la tutela judicial internacionalmente efectiva y lo hace en estos términos¹⁵:

Art. 3.3. En la interpretación y aplicación de la presente ley se procurará asegurar una tutela judicial internacionalmente efectiva de los derechos e intereses legítimos de los particulares.

En definitiva, siempre que las partes aporten un principio de prueba del Derecho extranjero, surge el deber de colaboración judicial con las partes tal y como estableció la sentencia del Tribunal Constitucional 10/2000¹⁶. Bien entendido, que el caso de referencia es aquel en que no se llegó a acreditar, con total éxito, tal Derecho por las partes. Si la acreditación es satisfactoria, es de suyo, que no surge la necesidad de colaboración. En el supuesto en que las partes nos lleguen a acreditar, la facultad reconocida al juez deviene en deber¹⁷.

¹² Vid. al respecto M^a P. Diago Diago, “La tutela judicial efectiva en el marco internacional: equilibrio entre los derechos del demandante y los derechos de demandado” en AAVV *Retos para la acción exterior de la Unión Europea* (en prensa).

¹³ DO C83, de 30 marzo 2010. Art. 47. “Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.

Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia”.

¹⁴ Firmado en Roma el 4 noviembre 1950. Vid. el listado completo de firmas y ratificaciones y sus protocolos, así como la lista completa de declaraciones y reservas en http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/_conventions/treaty/005 (consultada el 4 mayo 2017)

¹⁵ La interpretación del art. 33 LCJIMC no escapa a esta directriz en la que se enmarca lo establecido en su apartado tercero, tal y como se verá en el epígrafe siguiente de este trabajo.

¹⁶ En este sentido J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 9^a ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2016 p. 180 “Si las partes invocan el Derecho extranjero y aportan un principio de prueba, el juez está obligado a colaborar con las partes en la obtención de dichas pruebas, tal y como señala la Sentencia TC 10/2000. Si, a pesar de todos los intentos de aplicación del Derecho extranjero por las partes y por la iniciativa del propio juez, éste resulta imposible de probar materialmente, procederá en tal caso una aplicación residual del Derecho del foro, con el objeto de garantizar una respuesta sobre el fondo”.

¹⁷ Así lo describe J. Maseda Rodríguez “La aplicación judicial del Derecho extranjero: el nuevo régimen de la LEC y la reciente jurisprudencia constitucional”, *Actualidad Civil*, nº 12, 2002, pp. 420–430 en

La total pasividad de las partes en la prueba del Derecho extranjero, a decir por el propio legislador, será una situación anormal que deberá afrontarse con los recursos legales pertinentes. Entre ellos no se encuentra la aplicación del Derecho español, posible solución que queda reservada tan sólo a supuestos excepcionales de imposibilidad de acreditación del contenido y vigencia del Derecho extranjero. Esta cuestión es tratada en el apartado dedicado a la imposibilidad de acreditación del Derecho extranjero por la parte interesada (art. 33.2º LCJIMC).

IV. Acreditación del Derecho extranjero por las partes

El proceso judicial en el que resulte aplicable al fondo del asunto un Derecho extranjero se debe desarrollar con la misma normalidad que aquel en el que resulte aplicable el Derecho material español. Tal y como se ha expuesto, la carga de la prueba corresponde a la parte interesada con la colaboración del juez y existen diferentes medios de prueba que se pueden emplear para aquella tarea.

El art. 33 en su apartado primero, segundo y tercero, sigue la pauta proporcionada por el art. 281.2º LEC al señalar que debe probarse el contenido y vigencia del Derecho extranjero. No contiene, por consiguiente, una delimitación exhaustiva del objeto de prueba¹⁸. Una lectura aislada de este precepto podría dar a entender que el objeto de la prueba cubriría sólo estos dos extremos: el contenido de la ley extranjera actual. No es ésta, sin embargo, la conclusión a la que se debe llegar. Si bien es cierto, que siempre deberá acreditarse el contenido vigente del Derecho extranjero aplicable, también lo es, que cuando sea necesario deberá aportarse toda la información pertinente para que no se suscite ninguna duda acerca de la aplicación de ese Derecho. Así pues, la mera aportación de la normativa extranjera, objeto de acreditación, puede ser insuficiente para este menester¹⁹.

concreto p. 445 “La tutela judicial efectiva de la parte que introduce el Derecho extranjero en el proceso y que agota sin éxito los medios de prueba de los que dispone para su averiguación se concreta en el Derecho de esta parte a la colaboración judicial en la realización de esta tarea, con lo que se trasforma la facultad reconocida al juzgador en el art. 281.2º de la LEC 2000 en un deber con transcendencia constitucional (art. 24.2º de la CE)”.

¹⁸ G. Palao Moreno señala que “...a pesar de su ambicioso propósito original, son diversas las cuestiones que este novedoso precepto deja por atender, destacando como caerían fuera de su ámbito de aplicación aspectos tan sobresalientes como: el objeto de la prueba el momento procesal oportuno para la aportación del derecho extranjero, los medios de prueba que pueden utilizarse para su aportación, la totalidad de las cuestiones relativas a la carga de la prueba del derecho extranjero, así como las consecuencias que se derivan de la falta de dicha prueba cuando existió la posibilidad de llevarlo a cabo o los supuestos de prueba parcial del derecho extranjero” “Comentario al art. 33: de la prueba del Derecho extranjero” en AAVV *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Valencia 2017 p. 390 a 400 en concreto p. 392.

¹⁹ Es más, podría conducir a una errónea aplicación del Derecho extranjero cuando fuera preciso apoyar la interpretación correcta del mencionado Derecho. En este sentido A. Muñoz Aranguren, “*Bodum USA, Inc. v. La Cafetière, Inc.* (Tres apuntes sobre la prueba del Derecho extranjero, los remedios ante el

Entonces, será necesario aportar, a su vez, la demostración de su aplicación práctica en el Estado de origen de tal Derecho²⁰.

Precisamente, el art. 34 de la Ley de Cooperación, indica el contenido que podrá tener la información del Derecho extranjero. Obsérvese que se enumera un listado completo de lo que bien podría ser el objeto de prueba del Derecho extranjero.

Art. 34. *De la información jurídica.* 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.

Bien entendido, que ello no significa que la prueba del Derecho aplicable deba, en todos los casos, contener todos los extremos a los que hace referencia este precepto. Es evidente, que la acreditación debe ajustarse al caso concreto y que en ocasiones, el contenido de la norma extranjera no exigirá una interpretación especial que conlleve la necesidad de aportar muchos más elementos que la normativa extranjera vigente. En estos supuestos, puede ser suficiente acreditar el Derecho a Título documental²¹. La clave para medir la intensidad con la que ha de acreditarse el Derecho extranjero la dará, como se ha señalado, el hecho de que la información aportada no genere dudas razonables a la hora de proceder a la aplicación de aquel Derecho.

La relación existente entre la prueba del Derecho extranjero y la información de ese Derecho, hubiera justificado una fusión del Título II y III de la Ley. Por razón de sistemática, hubiera sido aconsejable diseñar un único Título que abordará las dos cuestiones bajo la rúbrica “De la información y prueba del Derecho extranjero”²². A su vez, hubiera sido aconsejable cambiar el orden de la exposición, de forma que se hubiera abordado, antes, la información que la prueba. El

incumplimiento contractual y el concepto de “*efficient breach*”” *InDret*, 2012–2, p. 14. “De no aceptarse esta tesis sobre la necesidad de acreditar también la forma de interpretar correctamente las normas extranjeras en discusión y su aplicabilidad a la cuestión controvertida, se podría aplicar erróneamente el Derecho extranjero, siguiendo, por ejemplo, una línea interpretativa que no apliquen en la actualidad los tribunales del país de origen. Por ello, en relación al Derecho extranjero deberán ser objeto de prueba los siguientes extremos: a) Contenido y existencia cierta del Derecho extranjero: el tenor literal de las normas extranjeras; b) Vigencia del Derecho extranjero: su condición de derecho positivo vigente; c) Interpretación concreta de los preceptos aplicables del Derecho extranjero, incluyendo, en su caso, la prueba del criterio jurisprudencial seguido en el estado cuya Ley es aplicable; d) Aplicabilidad del Derecho extranjero al caso concreto”.

²⁰ Así lo indica C. Esplugues Mota JL. Iglesias Buhigues y G. Palao Moreno, *Derecho internacional privado*, 10^a ed., Valencia 2016, p. 358

²¹ J.C Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 9^a ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2016 p. 187 “...cuando el contenido de la norma extranjera no exige una interpretación especial, es fácil que la existencia de la normativa probada a título documental sea más que suficiente”. Respecto a la certeza absoluta acerca del contenido del Derecho extranjero *vid. p. 176*.

²² Consideración que se realiza en el informe del Consejo General del Poder Judicial de 30 septiembre

primer extremo no necesariamente ha de perseguir el segundo, aunque, bien es cierto, que puede facilitarlo²³. De hecho, como se ha tenido ocasión de exponer, ayuda a clarificar los extremos que puede contener la específica prueba del Derecho extranjero.

Por otra parte, conviene señalar el desajuste que se produce en el Título III al incorporar un precepto dedicado a las solicitudes de información del Derecho español. Me refiero al art. 36. La ubicación exacta del precepto debería haberse acompañado de un encabezamiento que describiera correctamente el contenido de los artículos incorporados en el Título III. Como es evidente, el contenido de este Título desborda “la información del Derecho extranjero” que es el rótulo elegido por el legislador para presentar el citado Título. Lo correcto hubiera sido ampliar el encabezamiento para incorporar, también, los supuestos de petición de información del Derecho español. Hubiera sido suficiente con haber optado por la siguiente cabecera: “de la información del Derecho extranjero y del Derecho español”²⁴.

En el caso en que se hubiera optado por la ya mencionada fusión de Títulos, la solución a esta perturbación podría haber venido de una aclaración incorporada en el mismo articulado. Valga como posible ejemplo la siguiente: las normas del presente Título se aplicarán también a las solicitudes de información del Derecho español²⁵.

2014 (<http://www.poderjudicial.es/cgj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-cooperacion-juridica-internacional-en-materia-civil>), p. 26 y 27 “El Título II relativo a la prueba del Derecho extranjero consta de un único precepto. Podría considerarse la inclusión del mismo en el Título siguiente dedicado a la información del Derecho extranjero, puesto que se trata de una materia relacionada, modificando el Título de manera que se refiriera a la prueba e información del Derecho extranjero”.

²³ Tal y como exponen A. Rodríguez Benot y A. Ybarra Bores “Comentario al art. 33: de la prueba del Derecho extranjero” en AAVV *Comentarios a la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil*, Madrid 2016, p. 277. “... desde un punto de vista sistemático hubiera sido preferible tanto simplificar los dos Títulos en uno único bajo una rúbrica común (por ejemplo, “De la información y prueba del Derecho extranjero” como abordar la información sobre el Derecho extranjero antes que su prueba (puesto que el primer extremo no necesariamente ha de perseguir el segundo, aunque sí que puede facilitarlo)”.

²⁴ Mª P. Diago Diago, “Comentario al art. 36: de las solicitudes de información del Derecho español” AAVV *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Valencia, 2017 pp. 426–432. En concreto pp. 427 y 428.

²⁵ Esta es la técnica que se empleo en la Propuesta de Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia Civil formulada por los Profesores M. Virgos Soriano I. Heredia Cervantes F. J Garcimartín alferez y J.M. Diáz Fraile “una propuesta de ley de cooperación jurídica internacional en materia civil (o cómo colmar una laguna legislativa difícil de entender y fácilmente remediable)” *Bol. Inf. Mº Just.*, junio de 2012, *vid.* art. 64 p. 35 “Las normas de este Capítulo se aplicarán también en relación con las peticiones de cooperación que tengan por objeto proporcionar elementos probatorios o informes sobre el Derecho español que puedan ser utilizados en un proceso judicial extranjero o por una autoridad extranjera en el marco de sus competencias.

Por lo que respecta al ejercicio concreto de la acreditación del Derecho extranjero, conviene tener presente el momento en el que vivimos. Lejos quedaron los tiempos en los que esta tarea resultaba ardua y casi imposible. En la sociedad de la información se cuentan con recursos muy valiosos que están fácilmente al alcance de las partes y de los Tribunales. Valga como ejemplo las páginas oficiales de la Unión Europea y de los diferentes Estados en las que existe información exhaustiva sobre los ordenamientos jurídicos y la jurisprudencia de los Tribunales de cada país²⁶.

Especial consideración merece el entorno digital creado por el portal europeo de E-justicia²⁷ que puede consultar cualquier ciudadano. En el siglo XXI y en especial, respecto de los diferentes Derechos de los Estados miembros de la Unión Europea, no parece de recibo aceptar como hipótesis general que aquellos Derechos no pueden ser probados en un proceso que se siga en España²⁸. Se trata de ordenamientos de nuestro entorno, cuya aplicación reclamará en muchas ocasiones la norma de conflicto, y cuyo conocimiento es, y debe ser accesible. A ello contribuye, como se ha mencionado, los diferentes esfuerzos de la Unión Europea en este sentido.

²⁶ A. Rodríguez Benot y A. Ybarra Bores recuerdan la importancia de todos estos recursos y señala que “Quizás se haya perdido la oportunidad de indicarlo así expresamente en el preámbulo de la LCJIMC para un uso más generalizado y práctico de estos medios en sede jurisdiccional, notarial o registral.” A. Rodríguez Benot, “Comentario al art. 33 de la prueba del Derecho extranjero ...” *loc. cit* p. 277–278. Especialmente interesante es la reflexión que los autores realizan en apoyo a estas consideraciones en el mismo estudio pp. 297–298: “Por último, tras la entrada en vigor de la LCJIC la Dirección General de los Registros y del Notariado ha dictado varias interesantes Resoluciones, de 15 febrero 2016—prueba del Derecho alemán—; de 26 julio 2016—prueba del Derecho eslovaco—, sendas de 28 julio 2016—ambas sobre prueba del Derecho inglés— y de 3 agosto 2016—prueba del Derecho alemán. De las mismas son de destacar dos aspectos: en primer término, ambas inciden en el carácter subsidiario de la regulación contenida en el art. 281.2º LEC y arts. 34 a 36 de la LCJIC respecto a la especial normativa registral y notarial; y, en segundo término, reiteran la ya conocida doctrina de la Dirección General en relación a la prueba del Derecho extranjero (esto es, la analizada y recogida, entre otras, en las Resoluciones de 15 julio 2011, 2 de marzo y 12 noviembre 2012 y 20 julio 2015). Es de destacar también que en dichas Resoluciones la Dirección General considere preciso recordar expresamente tanto a notarios como a registradores la conveniencia de ir avanzando en el conocimiento de los Derechos de los demás Estados, especialmente si forman parte de la Unión Europea, en aras a facilitar la aplicación del Derecho extranjero en el ámbito extrajudicial, acudiendo no solo a los medios previstos en el art. 36 del Reglamento Hipotecario— y, excepcionalmente a los artículos de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional—, sino a los medios que proporciona el entorno E-Justicia.”

²⁷ <https://e-justice.europa.eu/content/european-judicial-atlas-in-civil-matters-321-es> do tal y como aparece expuesto en la página web “El portal europeo está pensado para ser en el futuro una ventanilla única en el ‘ámbito de la justicia. Lo primero que procurará es facilitar la vida del ciudadano ofreciéndole información sobre los sistemas jurídicos y mejorando el acceso a la justicia en la UE en 23 lenguas’.

²⁸ *Vid.* en el marco de la Unión Europea C.E Odriozola Mariscal “Aplicación del Derecho extranjero a la luz de la globalización: referencia al modelo europeo”, *La Ley: Unión Europea*, nº 31 (2015).

Cabe destacar también, en este ámbito, la labor encomiable que realiza la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil²⁹ (Decisión del Consejo 2001/470, 28 mayo 2001 art. 3 (2) b), sin olvidar tampoco la existencia de Convenios internacionales multilaterales y bilaterales sobre información de Derecho extranjero. Baste mencionar los dos Convenios más importantes al respecto: el Convenio Europeo acerca de la información sobre el Derecho extranjero³⁰ y el Convenio interamericano sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero³¹, amén de un buen número de Convenios bilaterales.

Atención particular merece las dos vías establecida por el Título III de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional (art. 34 a 36): la posibilidad abierta de comunicaciones judiciales directas y la solicitud de información del Derecho a las autoridades extranjeras a través de la autoridad central.

Respecto de la primera posibilidad no debe olvidarse que el artículo cuarto de la norma habilita a los órganos jurisdiccionales españoles para el establecimiento de comunicaciones directas, con la condición de respetar la legislación en vigor en cada Estado. Además, el precepto ofrece una definición de lo que se debe entender por comunicación directa; será aquella que tiene lugar *entre órganos jurisdiccionales nacionales y extranjeros sin intermediación alguna*. En realidad, la Ley viene a dar cobertura a un cauce que ya se utilizaba con anterioridad.

La segunda posibilidad tiene como protagonista a la autoridad central. A ella se podrán elevar las solicitudes de información de Derecho extranjero mediante oficio, tal y como dispone el art. 35. Así pues, corresponde al Ministerio de Justicia, como autoridad central española en materia civil³², recibir las solicitudes y darles el cauce correspondiente. La autoridad central, las enviará a la autoridad competente del Estado requerido (art. 35.3º). Obsérvese que el art. 8 apartado e) de la Ley de Cooperación³³ extiende el deber de proporcionar información sobre Derecho extranjero a la autoridad central española, no obstante, no es ésta, en verdad, su función, como se acaba de exponer. Su función es la de hacer llegar las solicitudes a la autoridad competente del Estado requerido.

La información la puede solicitar los órganos judiciales (además de los notarios y registradores). No obstante, las partes dentro de la colaboración que se establece con el Tribunal en el ámbito de la prueba, se lo pueden pedir. De esta forma, se

²⁹ Considerando 14 Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010, DO L343 de 29.12.2010.

³⁰ Hecho en Londres el 7 junio 1968, en vigor en España desde el 20 febrero 1974, BOE 7.10 octubre 1974.

³¹ Hecho en Montevideo de 8 mayo 1979 ROF 13.1.1988

³² Art. 7: “La autoridad central española en materia de cooperación jurídica internacional en materia civil es el Ministerio de Justicia”

³³ Art. 8 e): “Proporcionar información sobre Derecho español cuando proceda con arreglo a lo previsto en el art. 36, así como información sobre Derecho extranjero, conforme a lo dispuesto en los arts. 34 y 35”.

pone al alcance de los órganos judiciales, los notarios y registradores y de manera indirecta de las partes, una vía que puede dar buenos frutos.

Ahora bien, conviene no desconocer que la efectividad de este sistema, basado en la cooperación, puede, en ocasiones, verse frustrado. Recuérdese, que al margen de normativa internacional, no existe obligación por parte de las autoridades extranjeras de proporcionar información acerca de su Derecho. El mismo Preámbulo de la ley hace una advertencia clara al respecto al señalar que no deben generarse falsas expectativas en este campo³⁴. Por lo demás, el Tribunal puede valerse de otros medios de averiguación, incluyendo su conocimiento privado del Derecho del que se trate. También son especialmente útiles los informes y dictámenes que se pueden aportar sobre Derecho extranjero y a los que el art. 33 les dedica el apartado cuarto. Serán objeto de análisis en este estudio más adelante.

V. Imposibilidad de acreditación del Derecho extranjero (art. 33.3º LCJIMC)

De todo lo expuesto y en aras a la normalización de los procesos en lo que el Derecho aplicable al supuesto es extranjero, hay que convenir (como lo hace la Exposición de Motivos de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional) que lo normal es que se proceda a la prueba del Derecho extranjero y el Tribunal pueda aplicarlo para resolver el asunto, sin mayores dificultades. Lo excepcional, por tanto, será la falta de acreditación del Derecho extranjero, lo que ocurrirá cuando las partes no consigan probar tal Derecho, incluso en los supuestos en lo que el Tribunal haya cooperado en la acreditación de aquel. Estos supuestos descritos como excepcionales (conviene tenerlo en cuenta) generan un problema en el ámbito de la prueba del Derecho extranjero. Esto es así, porque hacen imposible su aplicación y cuando ello ocurre, se produce el efecto directo de incumplir el mandato del art. 12.6º Cc. El Tribunal, como se recordará, está obligado de oficio a aplicar la norma de conflicto y a resolver el fondo del asunto conforme a un determinado Derecho extranjero, sin embargo, la imposibilidad de probar tal Derecho le impide el cumplimiento de su mandato.

El plato fuerte del art. 33 es, precisamente, su apartado tercero con el que el legislador trata de resolver esta complicada cuestión que no había recibido solución legislativa hasta la aprobación de esta Ley. La intención es loable pero la consecución no lo es tanto, dado el matiz ambiguo que introduce.

³⁴ *Vid.* al respecto el Preámbulo de la ley que hace una advertencia clara en el apartado VI “En el art. 35, por ejemplo, se regulan las peticiones de información de Derecho extranjero por los órganos judiciales, y por los notarios y registradores. En este campo no deben generarse falsas expectativas, pues la regulación se aplica en defecto de norma convencional o europea y no hay garantía alguna de que las autoridades extranjeras accedan a proporcionar dicha información”.

Para poder realizar una correcta aplicación de este precepto conviene concretar, con la mayor exactitud posible, el supuesto al que se refiere. Literalmente el art. 33.3º alude únicamente a los supuestos en los que “con carácter excepcional, no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero”. Lo que significa que las partes lo han intentado, el Tribunal ha colaborado cumpliendo con su deber y aún así, ha sido imposible. Se trata, por ende, de supuestos extremos. Es común identificarlos con Derechos correspondientes a países en situación bélica, catástrofe natural, de nueva creación etc.³⁵.

Siendo esta la situación, es evidente que la imposibilidad de probar no se debe a un mal cumplimiento de la carga de la prueba por las partes. Es evidente, también, que debe darse una solución y que está no debería ser la desestimación de la demanda puesto que en tal caso, se conculcaría la tutela judicial efectiva, ya que las partes verían frustradas, por circunstancias extraordinarias, su actividad probatoria. Estos casos extremos son los únicos a los que se refiere el apartado tercero.

La ambigüedad a la que antes me refería se deriva de la solución articulada por el precepto. Pese a que la Exposición de Motivos afirma que dentro de las soluciones propuestas por la práctica judicial (a saber, la desestimación de la demanda y la aplicación de la *lex fori*³⁶) se decanta por la segunda, no es eso exactamente lo que dice el precepto que se limita a establecer que en tales supuestos extremos *podrá aplicarse el Derecho español*³⁷.

¿Significa esto que siempre habrá de aplicarse el Derecho material español? La utilización del verbo “poder” en futuro, únicamente apunta a una posible solución, lo que no descarta otras también posibles. Así pues, al Tribunal en estos supuestos se le ofrece una solución, sin que se excluya el que pueda optar por otra más adecuada, atendiendo al caso concreto.

Otra posible solución, respetuosa con la norma de conflicto, sería la de aplicar el Derecho al que remitiera la segunda o ulteriores conexiones contenidas en ella, en el caso en que se trate de una norma que contenga varios puntos de conexión.

³⁵ Un ejemplo significativo de las graves dificultades para acreditar el Derecho extranjero que pueden existir en casos excepcionales lo ofrece el supuesto conocido por el Tribunal Constitucional en Sentencia 10/2000 de 17 enero 2000 al que ya se ha hecho referencia.

³⁶ Vid. análisis jurisprudencial en F. Garau Sobrino “La no– doctrina constitucional sobre alegación y prueba del Derecho extranjero”, *Entre Bruselas y la Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho Internacional Privado*. Liber Amicorum Alegría Borrás, Madrid, 2013 p. 429 a 443. Del mismo autor y en relación con la correcta interpretación del art. 281.2º LEC; *id.* “La prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Revista General de Derecho*, nºs 678–679 marzo–abril 2001, pp. 2343 a 2366.

³⁷ Solución que califica P.-P. Miralles Sangro como “alarde nacionalismo retrogrado y restrictivo” “Proceso civil con elemento extranjero y asistencia judicial internacional”, *Derecho internacional privado*, UNED, 2016, pp. 163 a 190, esp. p. 183.

La norma de conflicto podría remitir, a través de esas otras conexiones, a otro Derecho material extranjero o incluso al mismo Derecho material español. Sin duda, esta solución es la más escrupulosa con el mandato de la norma de conflicto. El hecho de que el art. 33, en este apartado, permita optar por diferentes soluciones al Tribunal es motivo de incertidumbre. Las partes, en estos, casos no sabrán exactamente por cual solución optará el Tribunal, lo que abre paso a una cierta inseguridad jurídica³⁸. Si bien, puede que más teórica que práctica, dada la tendencia constatada de los Tribunales españoles a aplicar el Derecho material español.

Capítulo aparte merecen los supuestos en los que la norma de conflicto que determina el Derecho aplicable, proceda del Derecho internacional privado de la Unión Europea. Obsérvese que el tratamiento procesal del Derecho extranjero es diferente en los distintos Estados miembros. Las soluciones que se alcanzarán serán, por consiguiente, diferentes. Valga como ejemplo de ello, frente a nuestra solución ambigua, el Derecho belga que establece que cuando sea manifiestamente imposible establecer el contenido del Derecho extranjero en tiempo útil, se aplicará el Derecho belga. Por su parte el Derecho Italiano dispone que en estos supuestos, el juez determinará la ley aplicable mediante los otros criterios de relación previstos eventualmente para la misma hipótesis normativa. En su defecto, se aplica la ley italiana³⁹.

Es evidente, por tanto, que en situaciones iguales la respuesta judicial dependerá del cual sea el tratamiento que se da a esta cuestión procesal por parte del Derecho que rige el proceso. Esto es, según qué Tribunal sea competente, y conozca del caso, se adoptará una solución u otra en los supuestos en los que sea imposible la acreditación del Derecho extranjero. Esta situación viene a romper la armonización que destila la normativa europea. Los mismo cabría decir en los supuestos en que la norma de conflicto proceda de normativa convencional. La unificación pretendida encontraría este escollo⁴⁰.

³⁸ Así lo señala A. Rodríguez y A. Ybarra Bores “Comentario al art. 33: de la prueba del Derecho extranjero ...”, *loc. cit.*, p. 293 “Ello, lógicamente, genera inseguridad jurídica para las partes, quienes van a desconocer *a priori* la solución efectiva que finalmente podrá seguir el juez ante la imposibilidad material y real de acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero”. Esta autor se muestra crítico con el apartado tercero del precepto e indica que el “art. 33.3º puede ser considerado como una norma carente de sentido desde un punto de vista práctico, y máxime si tenemos en cuenta que son mucho más numerosos los supuestos en los que la inaplicación del Derecho extranjero viene dada por una actitud pasiva o poco diligente de las partes, supuestos que, como hemos indicado, siguen sin tener una regulación en nuestro sistema tras el art. 33 LCJIMC (ello, lógicamente, salvo que en un futuro la jurisprudencia incluyaese también estos supuestos dentro de los casos “excepcionales”) nota 139. *Vid.* análisis crítico general en A.L Calvo Caravaca y J. Carrascosa González *Derecho internacional privado*, vol. I, 16^a ed., Granada, 2016 reproducido en A.L. Calvo Caravaca, “Aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Consideraciones críticas”, *REDI*, 2016.2, pp. 133–156.

³⁹ Art. 15 y 14 respectivamente v. nota anterior.

⁴⁰ Ante esta situación P. Orejudo Prieto de los Mozos, propone la introducción de una norma específica

A falta de una regulación expresa, al respecto, en la normativa de la Unión Europea o en su caso convencional, sería quizás más acertado buscar la norma aplicable conforme al siguiente o siguientes puntos de conexión si los hubiese. Esta solución, como ya se ha indicado, es la más respetuosa con el mandato de la norma de conflicto y por ende, con la normativa en la que se enmarca y con la finalidad de la misma en el plano institucional.

Dejando al margen esta concreta cuestión y sea como fuere, dos conclusiones deben quedar claras a la hora de aplicar correctamente el apartado tercero del art. 33. La primera, es que únicamente se refiere a supuestos excepcionales de imposibilidad cierta de prueba del Derecho extranjero. La segunda, es que el Tribunal podrá aplicar el Derecho material español o podrá optar por otra solución que consideré más idónea, como la que se acaba de exponer. A *sensu contrario*, en los supuestos no excepcionales no cabrá, en principio, la aplicación del Derecho español, solución que como se ha visto se reserva sólo a casos extremos de imposibilidad real de acreditación del Derecho extranjero.

VI. Actuación fraudulenta o de mala fe de las partes

Aún cuando, como se acaba de ver, el art. 33 supone un paso adelante en la concreción del régimen procesal de la prueba del Derecho extranjero, sigue sin existir un sistema estructurado que dé respuesta integrada a la casuística que la práctica forense plantea. La pregunta qué sigue en el aire y que no recibe respuesta directa en este precepto es ¿qué ocurrirá en el resto de supuestos en los que las partes no hayan probado el contenido y vigencia del Derecho extranjero y en los que no concorra ese carácter excepcional? Si bien, según indica la Ley, y conviene insistir en ello, no son los casos normales, es más, no deberían ser los casos normales (habida cuenta de los medios y recursos que existen para acreditar el Derecho extranjero), sí son casos que se plantean en la práctica.

Esta cuestión debe ser enfocada desde el prisma de procedimiento a seguir ante esta situación. Esto es, ante una actitud de total pasividad de las partes ¿cómo se debe proceder?

La inadmisión de la demanda hubiera, quizás, podido ser una solución razonable. No obstante, el art. 403 LEC no lo prevé, con lo que esta posibilidad no está abierta, al no contar con el correspondiente anclaje normativo.

“Aunque no quepa otra interpretación de las normas institucionales, de manera que, en puridad, no sea preciso advertir expresamente acerca de la referida imperatividad, ni de la obligación de aplicación de la ley extranjera *ex officio*, quizás convenga introducir una norma específica en los instrumentos institucionales, para despejar cualquier duda al efecto” “Imperatividad de la norma de conflicto y prueba del derecho extranjero en los Reglamentos...”, *loc. cit.*, p. 15.

Por su parte, la aplicación del Derecho material español conllevaría un flagrante incumplimiento del mandato del art. 12.6º Cc totalmente injustificado. Ello es así, porque la parte interesada no ha cumplido con la carga de la prueba, no concurrendo circunstancias extraordinarias que permitieran activar la solución del art. 33, tal y como se ha expuesto, y que en ningún modo debe jugarse como regla general⁴¹, por tentador que ello resulte.

Desde esta perspectiva se viene a cerrar el capítulo abierto en la Historia del Derecho Procesal Internacional por la legislación previa a la Ley de Enjuiciamiento Civil y la práctica jurisprudencial. El derogado art. 12.6º II Cc y la jurisprudencia asentada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y la misma jurisprudencia constitucional⁴² condujeron a aplicar sistemáticamente el Derecho material español. Se produjo así, una gran perturbación en todo el sistema de solución de conflictos de leyes, al convertirlo, en la práctica, en un sistema facultativo⁴³. El art. 33 apartado tercero reconduce las aguas a su cauce y lo hace, como no debía de ser de otra manera, consagrando el carácter imperativo de las normas de conflicto y reservando su excepción a supuestos excepcionales⁴⁴.

Pues bien, no siendo procedente inadmitir la demanda ni pasar directamente a la aplicación del Derecho material español ¿Qué es lo que debe hacer el juez?

Ante esta situación el Tribunal, conforme a lo señalado en el art. 231 LEC, requerirá a las partes para que aporten prueba suficiente y subsanen el defecto en

⁴¹ Tal y como señalan J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, pp. 179 y 180 “La aplicación del Derecho español en caso de falta de acreditación del Derecho extranjero es, en todo caso, una solución residual y excepcional como establece el art. 33.3º LCJIMC. La regla debe ser, pues, la acreditación y aplicación del Derecho extranjero indicado en la norma de conflicto”

⁴² Especialmente significativas la ya mencionada STC 10/2000 y SSTS 30 abril 2008, 27 diciembre 2006 o 4 julio 2007.

⁴³ F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho internacional privado*, Madrid, 3ª ed., 2016, p. 240. “En la práctica, esto suponía cierto sacrificio de la aplicación *ex officio* de la norma de conflicto y el funcionamiento del sistema conflictual español como un sistema facultativo: por eso, no resulta exagerado decir que en nuestro DIPr la ley aplicable a cualquier litigio internacional era la española salvo que (a) existiese una norma de conflicto que designaría como aplicable una ley extranjera y (b) la parte interesada probase el contenido de dicha ley”.

⁴⁴ Atrás quedaron, también, los análisis doctrinales que abogaban por la aplicación subsidiaria de la ley española como solución general *vid. entre otros ejemplos V. Cuartero Rubio, “Prueba del Derecho extranjero y tutela judicial efectiva”, Derecho Privado y Constitución, nº 14, 2000, pp. 21–71, que señalaba que “es la propuesta que mejor cumple lo que se espera de una solución de reemplazo” en concreto p. 59 y 60 o I. Heredia Cervantes y E. Rodríguez Pineau, “Algunas propuestas para una futura ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 28, 2013-II, pp. 91–106 que señalaban que “En nuestro caso somos partidarios además de apostar por la solución tradicionalmente seguida por la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo: esto es, la aplicación subsidiaria de la ley española, único modo de garantizar los intereses procesales de todas las partes dentro del respeto a la cláusula de tutela judicial efectiva”, p. 105.*

el que están incurriendo⁴⁵. A. Rodríguez Benot describe las vías procesales que la normativa española pone a disposición del juez

“Así, en la audiencia previa en el procedimiento ordinario, si considera que las pruebas propuestas pueden ser insuficientes, el juez tiene la facultad de advertirlo y señalar a las partes la prueba o pruebas que considere más apropiadas (art. 429.1.III); o en el trámite de diligencias finales puede el juez adoptar, mediante auto, la práctica de determinadas actuaciones probatorias que pueden afectar a la acreditación del Derecho extranjero (art. 435); en el juicio verbal el juez tiene la facultad de indicar a las partes la práctica de determinadas pruebas también *ex art.* 429.1º⁴⁶.

Al respecto conviene, no obstante, indicar por lo que se refiere a las diligencias finales que el margen de actuación del juez no es el mismo en el proceso civil que en el laboral. En el primero las mencionadas diligencias sólo se podrán practicar a instancia de parte (art. 435 LEC mencionado), mientras que el Tribunal social tiene más facultades (art. 88 de la ley reguladora de la jurisdicción social) y podrá acordar la práctica de cuantas pruebas estime necesarias.

El Tribunal, asimismo, colaborará con las partes, cuando estas hayan presentado un principio de prueba. De esta manera, el juez cumplirá el mandato del art. 12.6º Cc y también, satisfará su deber de colaboración con las partes, cuando éstas necesiten tal colaboración. Ya se ha visto en qué términos puede desarrollarse la correspondiente cooperación.

Ahora bien, si finalmente las partes continúan su pasividad y no cumplen con la carga de la prueba pudiendo hacerlo, pese al requerimiento efectuado por el Tribunal, entonces puede afirmarse que su actuación es fraudulenta o de mala fe⁴⁷. Obsérvese que esto es así, porque no existe ninguna circunstancia excepcional que les impida acreditar el Derecho extranjero. De existir, deberían haberla puesto en conocimiento del Tribunal.

En este punto, conviene retener que una situación parecida tiene (o debería tener) tintes excepcionales. Lo normal es que recibido el requerimiento del Tribunal,

⁴⁵ Nótese que el juez podrá en la audiencia previa al juicio ordinario utilizar las facultades que le otorga el art. 416.5, 424 y 429 de la LEC amen de su extensión al juicio verbal v. al respecto J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado..., op. cit.*, p. 180.

⁴⁶ A. Rodríguez Benot y A. Ybarra Bores, “Comentario al art. 33: de la prueba del Derecho extranjero...”, *loc. cit.*, p. 215.

⁴⁷ Así lo describe F.A. Domènech, “Soluciones a la prueba del Derecho extranjero”. *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, 2011 nº 1–2, pp. 75–95 “Actuación fraudulenta de las partes. Alguna de las partes del proceso puede verse tentada de adoptar actitudes fraudulentas o de mala fe, sancionadas por los arts. 11 LOPJ y 247 LEC, que se concretarían en el hecho de que la parte interesada, consciente de que la aplicación de la norma extranjera pudiese resultar contraria, o cuanto menos poco favorable a sus intereses, adoptase una postura de pasividad, encaminada a evitar su alegación, previendo, ante el posible desconocimiento por parte del órgano judicial del derecho extranjero, la resolución del procedimiento con la aplicación de la legislación española, que podría resultar más beneficiosa para sus intereses”, pp. 91 y 92.

las partes actúen en consecuencia. La explicación a ese comportamiento “anormal” se puede encontrar en el hecho de que la parte sobre la que recae la carga de la prueba es consciente de que la aplicación del Derecho extranjero puede ser poco favorable a sus intereses, por ello, adopta una actitud pasiva o poco diligente. El objetivo no sería otro que forzar la coyuntura, para que el Tribunal terminara aplicando el Derecho material español, que pudiera ser más favorable a sus intereses⁴⁸. Se trata, por tanto, de una actuación fraudulenta que en ningún caso puede condicionar el resultado final del proceso.

Llegado a este punto, deberá examinarse el caso concreto para adoptar la solución más conveniente. Téngase en cuenta que la aplicación de oficio del Derecho extranjero quizás pudiera operarse en determinados supuestos. El art. 10 de la Ley de Jurisdicción voluntaria⁴⁹ dibuja un marco en el que cabe esta posibilidad, al disponer lo siguiente:

Art. 10. “Ley aplicable a los expedientes de jurisdicción voluntaria en los casos internacionales. Los órganos judiciales españoles aplicarán a los expedientes y actos de jurisdicción voluntaria respecto de los cuales resultaren competentes, la ley determinada por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado”.

Obsérvese que el mandato no se refiere a la mera aplicación de la norma de conflicto, sino a la ley determinada por la norma de conflicto de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea o española. Así pues, recae en el órgano judicial la obligación de aplicar el Derecho extranjero cuando así lo determine la norma de conflicto de referencia. No parece coherente con este mandato su incumplimiento, fundado en la mala fe de las partes en la actividad de acreditación del Derecho extranjero⁵⁰, máxime cuando el juez debe estar implicado en la acreditación de aquel Derecho.

Por lo que se refiere a los procesos especiales y en aras al interés público que en ellos concurre, puede ser posible que la prueba del Derecho extranjero se incorpore de oficio por el mismo juez. Tal y como ha señalado el Profesor GARAU SOBRINO los procesos especiales a los que se refiere el Título I del Libro IV de la LEC. “se benefician de la excepción, contenida en el inciso final del art. 282, a

⁴⁸ Vid. la descripción de esta conducta estratégica en la STS Sala de los Civil de 22 mayo 2001 a la que se ha hecho referencia más adelante.

⁴⁹ Ley 15/2015 de 2 julio la jurisdicción voluntaria.

⁵⁰ Además de este supuesto J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado..., op. cit.*, hacen referencia a dos más; los casos es que la aplicación del Derecho extranjero viniese designada por una norma de conflicto materialmente orientada o si se establece la aplicación de normas de intervención extranjera y los supuestos en los que la remisión al Derecho extranjero procede de una norma de conflicto de origen convencional (supuestos a los que ya se ha hecho referencia en este trabajo en el apartado anterior), pp. 182 y 183.

la regla general del art. 281 *ab initio* sobre la carga de la prueba del Derecho extranjero. De acuerdo con dicho precepto, las pruebas se practicarán a instancia de parte, pero “el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, *cuando así lo establezca la ley*. “ La consecuencia no es otra que el cambio del régimen de prueba del Derecho extranjero para este tipo de procesos. Así, en palabras de este autor “el art. 752 LEC determina que, con independencia de las pruebas practicadas a instancia de las partes y del Ministerio Fiscal, “el tribunal podrá decretar de oficio cuantas [pruebas] estime pertinentes” (art. 752.1º, p. 2º)”⁵¹.

En los casos en que haya que utilizar mecanismos de acreditación del Derecho extranjero que supongan un coste económico, se puede proceder de manera similar a como se procede en la prueba pericial de designación judicial. El coste podrá anticiparlo las partes y posteriormente, reintegrarse del mismo mediante la condena en costas⁵².

Una vez analizadas las posibilidades de actuación que se abren al Tribunal competente para conocer del asunto, corresponde analizar la última vía de actuación que sería la posible desestimación de la demanda. Visto el margen de actuación del juez, y las posibilidades que existen para reconducir el proceso, esta vía debería tomarse en última instancia y siempre que se fundamentase suficientemente el recurso a ella. Obsérvese que lo dispuesto en el art. 400 LEC parece impedir la interposición de una nueva demanda, en cuyo caso, quizás dependiendo del caso concreto, se pudiera ver afectado el mismo principio general de la tutela judicial efectiva. Para evitar esta grave consecuencia debería de aceptarse que la desestimación no impidiera la presentación de una nueva demanda⁵³. Sin embargo, parece difícil evitar la cosa juzgada negativa y admitir una nueva demanda sobre la misma materia, puesto que la primera no se desestimó por acoger una excepción

⁵¹ F. Garau Sobrino “Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares nº 549/2002 (Sección 5ª), de 9 octubre 2002 pp. 395–399 Recurso de Apelación nº 644/2002. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jaume Massanet Moragues” *REDI*, pp. 395–399, esp. p. 399. *Vid.* igualmente esta fundamentación en “La prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Revista General de Derecho*, nº 678–679 marzo-abril 2001 p. 2343 a 2366 nºs 7 y 20.

⁵² Así lo formula J. Picó i Junoy “Causas de la falta de aplicación judicial del Derecho extranjero...”, *loc. cit.*, p. 72. En nuestra doctrina S. Álvarez González ha defendido la implicación directa del juez en la acreditación del Derecho extranjero, asumiendo el coste las partes *vid.* “La aplicación judicial del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional...”, *loc. cit.* pp. 205–223; *id.*, “Aplicación judicial del Derecho extranjero: la desconcertante práctica judicial, los estériles esfuerzos doctrinales...”, *loc. cit.*, pp. 2004–2007.

⁵³ A pesar de lo que dispone el art. 400. *Vid.* en este sentido F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho internacional privado... op. cit.*, p. 240. Este autor plantea el problema de la demostración de que no se ha podido acreditar el contenido de la ley extranjera y considera que constituye casi una prueba diabólica o de hechos negativos.

sino por los motivos analizados que ponen de manifiesto una estrategia procesal fraudulenta inaceptable.

VII. Valor probatorio de las pruebas practicadas (art. 33.2º y 4º LCJIMC)

La Ley de Enjuiciamiento Civil no determina los medios de prueba idóneos para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero. Este extremo tampoco es aclarado por el art. 33 por lo que deberá seleccionarse entre los medios de prueba establecidos en el art. 299.1º LEC aquellos que sean idóneos para este menester. La práctica revela que los medios utilizados, habitualmente, son la prueba documental y la pericial⁵⁴. Los dictámenes sobre Derecho extranjero están especialmente adaptados a esta tarea. El art. 33 les dedica el apartado último, dando así, cuenta de su relevancia en el terreno de la acreditación del Derecho extranjero.

Hasta la aprobación de la nueva Ley de Cooperación jurídica internacional, no se había determinado, a nivel legislativo, cuál era el valor probatorio de las pruebas practicadas, pues bien, el art. 33 en sus apartados segundo y cuarto viene a dar respuesta a esta cuestión. Como ya estaba ocurriendo en la práctica procesal, el valor probatorio se deja a la libre apreciación del Tribunal cristalizada en la “sana crítica”.

El 33.2º dispone de manera genérica que “*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*”. Se debe entender, por consiguiente, que la citada libertad de apreciación del Tribunal estará asentada en las ya referidas reglas.

Este concepto, de la sana crítica, aparece en la Ley de Cooperación jurídica internacional tan sólo en este apartado, si bien la Ley de Enjuiciamiento Civil lo recoge de manera profusa en más de diez ocasiones. Se trata de un concepto indeterminado que trata de apartarse de la total discrecionalidad para llegar a un punto intermedio entre la libre convicción del Tribunal y la prueba legal⁵⁵. A decir de Montero Aroca las reglas de la sana crítica son máximas de la experiencia judicial, que integran la experiencia de la vida del juez y que este debe aplicar a la hora de determinar el valor probatorio de cada una de las fuentes–medios de prueba⁵⁶.

⁵⁴ Dictamen pericial art. 335, Documentos públicos art. 317, Documentos privados, art. 324.

⁵⁵ A. Rodríguez Benot al respecto que “Se persigue con ello recalcar la relevancia del papel del juzgador en este campo y del necesario equilibrio en la toma en consideración de los múltiples factores que inciden en la prueba de un Derecho extraño” “La Ley de Cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, nº 1, 2016, pp. 234 a 259, esp. p. p. 247.

⁵⁶ J. Montero Aroca, “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 7, 2000 p. 61.

El necesario desarrollo judicial y el margen amplio que confiere este principio al juez, fue objeto de crítica en el Informe del Consejo Fiscal sobre el anteproyecto de Ley elaborado por el Gobierno⁵⁷. En el informe se pone de manifiesto la necesidad de concretar criterios que permitan al órgano judicial actuar con bases prefijadas. De ésta manera, se evitaría el que cada órgano judicial pueda exigir diferentes condiciones de prueba del Derecho extranjero. Se alude a la inseguridad jurídica que esto genera⁵⁸.

Una mirada a la práctica jurisprudencial es especialmente interesante, en este punto, para poder comprobar cómo se aplica éste criterio. Hasta la fecha de elaboración de este estudio sólo una Sentencia aplica el novedoso art. 33 de la Ley de Cooperación Jurídica internacional. Se trata de la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Melilla, de 29 diciembre 2016⁵⁹. En ella se aborda la cuestión relativa a la prueba del Derecho marroquí.

La prueba sobre el Derecho extranjero, practicada en autos, consistió en la documental aportada por la parte demandada, más documental aportada con posterioridad a dicho acto. Junto a la contestación de la demanda se acompañaron: el texto traducido al español del *Dahir*, copia, traducida al español, de la Sentencia de fecha 28/5/2914 dictada por el Juzgado de Primera Instancia de *Ibn Soulaimane*, del Tribunal de Apelación de Casablanca, relativa a un caso similar al que fue el objeto de litigio y copia del oficio de la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia. En la audiencia previa, la parte demandada, aportó un informe/dictamen de un abogado marroquí⁶⁰.

Debe llamarse la atención sobre la aceptación de la solicitud de la parte demandada de que se dirigiera oficio al Ministerio de Justicia, a fin de que por el órgano correspondiente, se informara sobre la legislación aplicable en el Reino de Marruecos en la materia objeto de disputa. Obsérvese como la vía abierta por el art. 35 ya tiene su plasmación en la práctica en los Tribunales. Estos colaboran con las partes en la acreditación del Derecho extranjero, sin mayores problemas. Se camina, de esta manera, a una normalización del proceso a la que contribuye lo dispuesto (y ya analizado) en la Ley de Cooperación Jurídica internacional.

⁵⁷ 20 septiembre 2014, disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/25_09_2014_Informe_CF_Cooperacion_jur%C3%ADcica_Internacional_materia_civil?idFile=ce5bb0d3-8f5c-4a1c-8cda-28d6cea4ccde

⁵⁸ En concreto en informe señala que “La actual práctica forense indica la necesidad de concretar algún criterio que permita a las partes actuar con cierta seguridad y al órgano judicial actuar con unas bases prefijadas que no sometan esta cuestión como hasta ahora a un sistema tan flexible e inconcreto que permite a cada órgano judicial exigir diferentes condiciones de prueba de ese derecho, incluso aunque provenga de organismos oficiales de ese Estado”. *Vid. ref. nota anterior p. 13.*

⁵⁹ N° 70/2016 N° de Recurso: 63/2016.

⁶⁰ *Vid. FJ 3º.*

La Sentencia recuerda el juego de la sana crítica a la hora de tener por acreditado el Derecho extranjero. En el FJ 3º señala que “estas reglas no están codificadas, y han de ser entendidas como las más elementales directrices de la lógica humana, pudiendo impugnarse la valoración de estas pruebas si es contraria en sus conclusiones a la racionalidad o conculta las más elementales directrices de la lógica⁶¹

A su vez, incide en la forma en que deben tenerse en cuenta los distintos medios de prueba, de manera que “no se valoran de forma inconexa con los demás, sino en conjunto poniendo en relación unos con otros”. La Sentencia da ejemplo práctico de la aplicación de este criterio. En el caso concreto, la respuesta de la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional al oficio remitido por el Juzgado al Ministerio de Justicia que, como ya se ha señalado, tenía por objeto solicitar información sobre el Derecho marroquí, se recibió de forma extemporánea. Ello no fue óbice para concederle valor probatorio. La respuesta de la Subdirección fue valorada en su conjunto con relación a las demás pruebas practicadas⁶².

El art. 33, como ya se ha tenido ocasión de indicar, cuenta con un último apartado dedicado a los informes o dictámenes nacionales o internacionales sobre Derecho extranjero. Estos medios de prueba se utilizan habitualmente en la práctica procesal y suelen gozar de buena acogida. Valga como ejemplo el dictamen que yo misma elaboré sobre el régimen económico matrimonial en Derecho marroquí y que fue admitido en Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 14 diciembre 2005. Era una de las primeras ocasiones en las que se aceptaba este medio de prueba.

Pues bien, el mencionado apartado cuarto del art. 33 se ocupa de esta cuestión. En coherencia con la pauta ya expuesta en el apartado dos, dispone que ningún informe o dictamen *tendrá carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles*, lo cual, por lo demás, ya venía siendo así. La misma normativa lo señalaba específicamente respecto de los procesos especiales⁶³.

Por último, cabe hacer una postrera consideración acerca de la sistemática interna que el legislador ha seguido en este precepto. Nótese que el orden lógico de contenidos del art. 33 se rompe con el salto al apartado cuarto de esta cuestión. En

⁶¹ Se hace referencia a la STS 11 abril 1998, y las numerosas que a su vez cita).

⁶² En concreto la Sentencia señala que “Partiendo de estas dos premisas, el mero hecho de que la parte actora haya impugnado la documental aportada con la contestación a la demanda y que la respuesta dada por la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional al oficio remitido por el Juzgado al Ministerio de Justicia solicitando información sobre la legislación marroquí se recibiera de forma extemporánea, no puede significar que tales documentos carezcan en absoluto de valor probatorio, sino que deben ser valorados en su conjunto con relación a las demás pruebas practicadas”.

⁶³ Vid. al respecto art. 752.2 LEC y art. 316 de la misma Ley.

buen orden y lógica, el apartado cuarto debería haber seguido inmediatamente lo dispuesto en el apartado dos.

VIII. Consideraciones finales

En el presente estudio se ha analizado el impacto que la Ley de Cooperación Jurídica internacional produce en el tratamiento procesal de la acreditación del Derecho extranjero. Con ser, significativo, no lo ha sido tanto como para contribuir a la creación de un sistema estructurado general de aplicación del Derecho extranjero. Nuestro sistema sigue siendo de “corte casuístico” si bien, existen elementos de integración del método de acreditación del Derecho extranjero. Estos elementos y su plasmación en la práctica, deben ocupar la primera línea de aproximación a este importante tema por parte de todos los operadores jurídicos.

Ya es hora de que se normalicen los procesos en los que el Derecho aplicable al supuesto de fondo es un Derecho extranjero. En estos casos, lo normal es que se proceda a la acreditación del Derecho extranjero, sin especiales incidencias. Así, el Tribunal cumplirá el mandato de la norma de conflicto, tal y como corresponde a un sistema de solución de conflictos de leyes imperativo (art. 12.6 CC).

Nuestros sistema mixto dispone que la carga de la prueba corresponde a la parte interesada con la colaboración del Tribunal. Pues bien, la parte aportará principio de prueba y cuando sea suficiente el juez aplicará el Derecho extranjero. Ahora bien, cuando los medios que tiene a su alcance no llegue a ser suficientes para acreditar satisfactoriamente el Derecho extranjero, el juez estará obligado a colaborar con las partes. En estos casos, la facultad reconocida al juez por el art. 281.2 LEC, deviene en un deber.

El siglo XXI es el siglo de la información. En una sociedad interconectada y en un entorno digital, la acreditación del Derecho extranjero ha dejado de ser una tarea ardua y casi imposible (salvo casos particulares). Como se ha visto, son muchos los medios al alcance de las partes y del Tribunal para lograr el objetivo, páginas oficiales de los Estados y de la Unión Europea, Convenios multilaterales y bilaterales, informes periciales etc.

Mención especial, requiere las vías establecidas por el Título III de la Ley de Cooperación jurídica internacional: comunicaciones judiciales directas y la solicitud de información del Derecho a las autoridades extranjeras a través de la autoridad central. La primera vía ya se utilizaba. La segunda, ha sido ya introducida en la práctica jurisprudencial.

Por su parte, el art. 34 de la Ley de Cooperación relativo a la información jurídica, ofrece una muestra del contenido que podría ser objeto de acreditación del

Derecho extranjero. Bien entendido, que la intensidad con la que se debe operar tal acreditación, dependerá del caso concreto.

La realidad de los Tribunales demuestra que en muchas ocasiones la correspondiente norma de conflicto conducirá a la aplicación de los Derechos de los diferentes países de la Unión Europea. Este contexto, es especialmente sensible a la acreditación, en cuanto que son ordenamientos de nuestro entorno que son y deben ser accesibles.

Ahora bien, puede ocurrir que pese a la labor de las partes con la correspondiente colaboración del Tribunal, no se haya podido acreditar el contenido y viabilidad del Derecho extranjero. Estos supuestos, como es evidente, serán extremos y son a los que da respuesta el apartado tercero del art. 33.

La solución acogida en el precepto introduce un matiz ambiguo. En estos casos extremos el Tribunal podrá aplicar el Derecho español, pero también, podrá optar por otra solución más adecuada. La incertidumbre que genera el que el juez pueda recurrir a otras soluciones (como la de aplicar el Derecho al que conduzca la siguiente conexión de la norma, si la hubiese) cristaliza en inseguridad para las partes. Si bien, la trayectoria de nuestros Tribunales, siempre receptivos a aplicar el Derecho español, hace que tal inseguridad sea más teórica que real.

Aceptado que lo normal es que se acredite el Derecho extranjero y que en supuestos extremos justificados, la norma aporta solución, debe enfocarse otra situación que no recibe una contestación específica de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional. Me refiero a los supuestos de pasividad de las partes en la acreditación del Derecho extranjero, sin que concurran las circunstancias excepcionales del supuesto descrito en el art. 33.º⁹.

Es cierto que la coyuntura de la aprobación de la nueva Ley, era óptima para haber incorporado una solución concreta a este problema. Se ha dejado pasar esta oportunidad, pero ello no debe impedir el avance en la integración del sistema a partir de los diferentes elementos que la misma normativa proporciona y que deben orientar el protocolo a seguir por los Tribunales.

El Tribunal, a través de los cauces articulados en la Ley de Enjuiciamiento civil y en la Ley reguladora de la jurisdicción social, a los que se ha hecho referencia, requerirá a las partes para que aporten prueba suficiente y subsanen el defecto en el que han incurrido. En los supuestos en que sea necesario se desarrollará la colaboración entre las partes y el Tribunal. Finalmente, este aplicará el Derecho extranjero, cumpliendo así, el mandato del art. 12.º Cc.

Si pese a la actuación del Tribunal y los requerimientos correspondientes, las partes continúan con su pasividad, debe convenirse que tal comportamiento es “anormal”. En efecto, puede afirmarse, en los términos que se han expuesto en este trabajo, que su actuación es fraudulenta o de mala fe. Llegado a este punto,

habrá que examinar el caso concreto para adoptar la mejor solución. A este respecto, conviene recordar los supuestos en los que la misma normativa (como ocurre respecto de los procesos especiales) permite la aplicación de oficio del Derecho extranjero.

El margen de actuación del juez en estos casos “anormales” que, como tales deben ser residuales, es lo suficientemente amplio como para reconducir el proceso. Sólo cuando esto no fuera posible, podría recurrirse a la vía de la desestimación de la demanda, a condición de que estuviera suficientemente fundamentada. Al respecto, conviene tener presente que para que no se viese alterado el principio general de la tutela judicial efectiva, debería aceptarse la presentación de una nueva demanda; si bien, parece difícil evitar la cosa juzgada negativa y admitir una nueva demanda sobre la misma materia, puesto que la primera no se desestimó por acoger una excepción. Ello debería producir un mayor efecto disuasorio para las partes que trazan una estrategia procesal fraudulenta inaceptable en el contexto procesal internacional actual.

Bibliografía

- Álvarez González, S.: “La aplicación judicial del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional”, *REDI*, 2002, nº 1, pp. 205–223.
- Álvarez González, S.: “Aplicación judicial del Derecho extranjero: la desconcertante práctica judicial, los estériles esfuerzos doctrinales y la necesaria reforma legislativa”, *Diario La Ley*, nº 6287, 4 jul. 2005 pp. 2004 a 2007.
- Calvo Caravaca, A.L y Carrascosa González, J.: *Derecho internacional privado*, vol. I, 16^a ed., Granada, 2016
- Calvo Caravaca, A.L.: “Aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Consideraciones críticas” *REDI*, 2016.2, pp. 133–156.
- Carballo Piñeiro, L.: “El carácter imperativo de la norma de conflicto y la prueba del derecho extranjero. Una relectura en clave procesal y constitucional”, *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 483–503.
- Cuartero Rubio, V.: “Prueba del Derecho extranjero y tutela judicial efectiva”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 14, 2000, pp. 21–71.
- Diago Diago, M^a P.: “Comentario al art. 36: de las solicitudes de información del Derecho español” *AAVV Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Valencia, 2017, pp. 426–432.
- Diago Diago, M^a P.: “La tutela judicial efectiva en el marco internacional: equilibrio entre los derechos del demandante y los derechos de demandado”, *Retos para la acción exterior de la Unión Europea* (en prensa)
- Domènech, F.A.: “Soluciones a la prueba del Derecho extranjero” *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, 2011, nº 1–2, pp. 75–95.
- Esplugues Mota, C., Iglesias Buhigues, J.L y Palao Moreno, G.: *Derecho internacional privado*, 10^a ed., Valencia, 2016.

- Fernández Rozas, J.C y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho internacional privado*, 9^a ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2016.
- Fernández Rozas, J.C.: “Artículo 12, apartado 6 del Código civil: Aplicación judicial y extrajudicial del Derecho extranjero”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (eds.), t. I, vol. 2, Madrid, Edersa, 1995. pp. 973–1082.
- Garau Sobrino, F.: “La prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”. *Revista General de Derecho* nº 678–679, marzo-abril 2001 pp. 2343 a 2366.
- Garau Sobrino, F.F.: “La no-doctrina constitucional sobre alegación y prueba del derecho extranjero”, en J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss, y R. Viñas Farré, (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegria Borrás*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 429–443.
- Garcimartín Alférez, F.J.: *Derecho internacional privado*, Madrid, 3^a ed., 2016.
- Gutiérrez de Cabiedes, P.: “Tratamiento procesal del Derecho extranjero en el título preliminar del Código civil”, *Anuario de Derecho Internacional (Universidad de Navarra)*, vol. II, 1975.
- Heredia Cervantes, I. y Rodriguez Pineau, E.: “Algunas propuestas para una futura ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 28, 2013-II, pp. 91–106.
- Maseda Rodríguez, J.: “La aplicación judicial del Derecho extranjero: el nuevo régimen de la LEC y la reciente jurisprudencia constitucional”, *Actualidad Civil*, nº 12, 2002, pp. 420–430.
- Montero Aroca, J.: “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 7, 2000.
- Muñoz Aranguren, A.: “*Bodum USA, Inc. v. La Cafetière, Inc.* (Tres apuntes sobre la prueba del Derecho extranjero, los remedios ante el incumplimiento contractual y el concepto de “efficient breach”)”, *InDret*, 2012–2.
- Odriozola Mariscal, C.E.: “Aplicación del Derecho extranjero a la luz de la globalización: referencia al modelo europeo”, *La Ley Unión Europea*, nº 31 (2015).
- Orejudo Prieto de los Mozos, P.: “Imperatividad de la norma de conflicto y prueba del Derecho extranjero en los Reglamentos sobre ley aplicable a las situaciones privadas internacionales”, *La Ley*, 2011, disponible en <http://eprints.ucm.es/26673/1/Eprints%2023274.pdf>.
- Palao Moreno, G.: “Comentario al art. 33: de la prueba del Derecho extranjero”, *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Valencia, 2017, pp. 390 a 400.
- Palao Moreno, G.: “La falta de alegación y prueba del Derecho extranjero en el orden social”, *Revista del Poder Judicial*, 2006, nº 84, pp. 189–212.
- Pecourt García, E.: “Naturaleza y condición del Derecho extranjero reclamado por las normas de conflicto”, *Revista General de Derecho* 1963, pp. 783–791.
- Picó I Junoy, J.: “Causas de la falta de aplicación judicial del Derecho extranjero”, *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, 2011, pp. 67–73.
- Rodríguez Benot, A.: “La Ley de Cooperación jurídica internacional en materia civil” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, nº 1, 2016, pp. 234–259.
- Rodríguez Benot, A. e Ybarra Bores, A.: “Comentario al art. 33: de la prueba del Derecho extranjero”, *Comentarios a la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil*, Madrid 2016.
- Vaquero López, M.C.: “Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal: una primera aproximación a las reformas legislativas julio 2015”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 9, 2015.

Virgos Soriano, M., Heredia Cervantes, I., Garcimartín Alférez, F.J.y Díaz Fraile, J.M.: “Una propuesta de ley de cooperación jurídica internacional en materia civil (o cómo colmar una laguna legislativa difícil de entender y fácilmente remediable)”, *Bol. Inf. Mº Just.*, junio de 2012.