

El Derecho extranjero en el laberinto procesal civil: medios de fijación y posibilidades si estos fracasan (interés público o privado del litigio como criterio de decisión)

BRIAN BUCHHALTER MONTERO
PDI en formación (FPU)
Área de Derecho procesal
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

El Derecho extranjero no deja de ser Derecho por recibir, en el proceso civil español, un tratamiento similar al de los hechos. Puede ser acreditado por todas las maneras admisibles en Derecho (aunque unas son a priori más adecuadas que otras). Por otro lado, el Juez puede fundar su resolución en el conocimiento privado que tenga del Derecho extranjero, siempre que lo ponga tempestivamente de relieve a las partes, de modo que la resolución no sea sorpresiva. Las diligencias finales no son medio idóneo para acreditar el Derecho extranjero que debió haber sido normalmente fijado en momentos anteriores del proceso. Por otro lado, cuando las partes fracasan en la acreditación del Derecho extranjero, hay tres esenciales posibilidades: investigar de oficio y aplicar el Derecho extranjero; aplicar la lex fori; y desestimar la demanda. Para determinar qué solución es preferible en el caso concreto es necesario distinguir: si en el asunto se ventila un interés público, entonces deberá investigarse de oficio el Derecho extranjero con todos los esfuerzos posibles y, si consigue el Tribunal conocerlo suficientemente (o presumirlo con un razonable grado de acierto), aplicarlo. Si fracasa en esa tarea, debe aplicar la lex fori. Si, por el contrario, el asunto es meramente privado y las partes fracasan (voluntariamente o no), entonces deben aplicarse las normas sobre la carga de la prueba y hacer real la distribución del riesgo de no acreditar lo que había que acreditar.

PALABRAS CLAVE

Acreditación del Derecho extranjero, proceso civil, Derecho internacional Privado, cooperación jurídica internacional en materia civil, prueba.

Foreign law in the civil procedural labyrinth: means of fixation and possibilities if they fail (public or private interest of the dispute as a criterion for decision)

ABSTRACT

Foreign law does not cease to be law because it receives, in Spanish civil proceedings, a treatment similar to that of the facts. It can be accredited by all admissible means of evidence. On the other hand, the judge may base his decision on the private knowledge that he has of foreign law, if he makes this clear to the parties in a timely manner, so that the decision does not come as a surprise. The «diligencias preliminares» (proof after the hearing) are not a suitable means of establishing foreign law, which should have been established earlier in the proceedings. On the other hand, when the parties fail to establish the foreign law, there are three main possibilities: to investigate ex officio and apply the foreign law; to apply the lex fori; and to dismiss the claim. In order to determine which solution is preferable in the specific case, a distinction must be made: if a public interest is at stake in the case, then the foreign law must be investigated ex officio and, if the court is able to ascertain it sufficiently (or presume it with a reasonable degree of accuracy), it must apply it. If it fails in that task, it must apply the lex fori. If, on the other hand, the matter is purely private (and the parties voluntarily or not failed in their task), then the rules on the burden of proof must be applied and the risk of not proving what had to be proved must be effectively shared.

KEY WORDS

Proof of foreign law, civil procedure, international private law, international legal cooperation in civil matters, evidence.

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Cuestión previa: el Derecho extranjero es tratado similarmente al hecho (pero no un hecho).* 1. Insuficiencia del argumento soberanista. 2. La paradoja de la subsunción de hechos en hechos. 3. Sistemática del artículo 281 LEC. 4. Irrelevancia, a estos efectos, de la Exposición de Motivos de la LJCI. 5. Recapitulación y consecuencias.—III. *Modos generales de fijación del Derecho extranjero al margen de la investigación de oficio.* 1. Algunas consideraciones sobre particulares medios de prueba. 1.1 Documentos privados. 1.2 Documentos públicos y oficiales. 1.3 Informe pericial. 1.4 Testigos. 1.5 Reconocimiento judicial. 2. Medios de fijación distintos a la práctica de prueba. 2.1 Admisión. 2.2 Notoriedad. 2.3 Presunciones.—IV. *Dos cuestiones procesales más.* 1. El conocimiento privado del Juez: sí, pero con cautela. 1.1 Garantía del derecho a la disposición de la relación jurídica. 1.2 Sobre todo: economía procesal. 2. Diligencias finales, en principio, no.—V. *Cuando lo anterior fracasa hay que distinguir posibilidades y supuestos.* 1. Tres posibilidades. 1.1 Investigación

de oficio y aplicación del Derecho extranjero. 1.2 Aplicación del Derecho español. 1.3 Desestimación de la pretensión. 2. Dos supuestos. 2.1 Objetos de interés público: primero Derecho extranjero y, si no, *lex fori*. 2.2 Objetos meramente privados: desestimación de la pretensión. a) Decisión conforme a las normas de la carga de la prueba. b) Los inconvenientes de buscar un Derecho *pariente*.—VI. *A modo de conclusión.—Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 13 del CC argentino de 29 de septiembre de 1869, obra de VÉLEZ SARSFIELD, establecía lo siguiente:

«La aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este Código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes. Exceptúanse las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República por convenciones diplomáticas, o en virtud de Ley especial.»

A esa breve norma agregaba el mismo VÉLEZ SARSFIELD una de sus famosas notas: «La ley extranjera es un hecho que debe probarse. La Ley nacional es un derecho que simplemente se alega sin depender de la prueba»¹. Si ese fuera el régimen español, algunas dificultades prácticas se restringirían enormemente: si las partes no lo solicitan —y lo prueban— no hay Derecho extranjero que aplicar, salvo que explícitamente lo ordene algún precepto. Esa solución, sin embargo, aunque sencilla y eficaz en el ahorro de recursos, no es suficiente para hacer justicia al adjetivo *social* que acompaña hoy al sustantivo Estado (art. 1.1 CE). La postura de VÉLEZ SARSFIELD se entiende en el liberalismo argentino del siglo XIX, pero es ya débil para hacer real la tutela judicial de quienes confían al Estado la resolución de litigios que exceden del *interés privado* en que parecía pensar ese viejo CC². En las siguientes líneas me propongo examinar, entonces, algunas cuestiones dificultosas que suscita aún el clásico tema de la alegación y prueba (o fijación) del Derecho extranjero en la España del Estado social³. No pretendo tratar en detalle lo que ya se ha dicho sobre la *actividad probatoria* que recae sobre el Derecho extranjero, sino sobre todo (re)abrir el debate a otros medios de fijación de su contenido y vigencia. Me

¹ Edición de ESTIVILL, 1975, p. 12.

² Cfr. WEGHER OSCI, *AMDI*, 2018, pp. 483 ss.; y ESPLUGUES MOTA, *RBD*, 2021, pp. 37 ss.

³ Una evolución histórica de la materia hay en: MIRALLES SANGRO, 2007, pp. 21 ss.

refiero a la admisión, a la notoriedad y a las presunciones. Luego, examino qué rol cumplen en la fijación del Derecho extranjero dos instituciones a las que se ha prestado monográficamente algo menos de atención: el conocimiento privado del Juez y la posibilidad de servirse o no de las diligencias finales (arts. 435 y 436 LEC). Por último, abordo qué soluciones hay (y cuándo son procedentes) para resolver los supuestos en que las partes fracasan, voluntaria o involuntariamente, en la acreditación del Derecho extranjero. En estos casos, creo necesario distinguir si en el pleito hay o no interés público. De eso dependerá si la solución es investigar de oficio con todos los esfuerzos disponibles y aplicar el Derecho extranjero, aplicar la *lex fori* si eso fracasa o, simplemente, desestimar la pretensión conforme a las reglas de la carga de la prueba. Y, desde luego, que la Disposición Derogatoria Única de la LEC (ap. 2.2.^o) haya suprimido el párrafo II del artículo 12.6 CC⁴ no significa que la LEC haya pretendido hacer desaparecer la carga de la prueba en esta materia⁵. Lo único que significa es que el legislador de 2000 vació, en lo posible, el CC de normas procesales, que pasan con mayor o menor coincidencia a la LEC, pero cuyo espíritu sigue siendo el mismo. Alguna jurisprudencia (constitucional⁶ y ordinaria⁷) lo sigue entendiendo acertadamente así⁸.

II. CUESTIÓN PREVIA: EL DERECHO EXTRANJERO ES TRATADO SIMILARMENTE AL HECHO (PERO NO UN HECHO)

Antes de abordar lo anterior hay que tratar de aclarar, sin embargo, la naturaleza del Derecho extranjero en el proceso civil (si hecho o Derecho). De eso depende la legitimidad que una interpretación u otra puede buscar en las normas sobre hechos o sobre Derecho. Respecto de esta cuestión clásica las posturas son variadas y no se trata ahora de repetirlas. A eso hay que añadir

⁴ «La persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas». Sobre la formación de este precepto, *cfr.* MIRALLES SANGRO, 2007, pp. 173 ss.

⁵ En contra: MORÓN PALOMINO, *AFD*, 2001, p. 391; PICÓ I JUNOY, *Justicia*, 2011, p. 70; o ESPLUGUES MOTA y PALAO MORENO, 2023, p. 280.

⁶ STC 155/2001, de 2 de julio, FJ 4.

⁷ ATSJ Madrid (Sala de lo Civil y Penal) 11/2016, de 9 de septiembre, FJ 5; o AJPI Fuengirola (2) s/n. de 3 de diciembre de 2021, FJ 2.

⁸ Algunos autores mantienen, sin embargo, que la LEC «deja de imponer la carga de probar vigencia y contenido a la parte interesada» (ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, 2004, p. 40; *cfr.* también pp. 61 ss.).

que el hecho y el Derecho no se dejan distinguir siempre con claridad⁹. Cada país asume, además, una u otra sin que los argumentos sean concluyentes para el modelo español¹⁰. En esencia hay tres opciones: entender que el Derecho extranjero *es* un hecho; que es Derecho (aunque *se trata como un hecho*); o que es, simplemente, un *tertium genus*¹¹. Lo más coherente con el modelo español es lo segundo, es decir, entender que el Derecho extranjero no pierde su esencia de norma jurídica, con la peculiaridad de que debe ser tratado *a algunos efectos* como un hecho¹². Es decir: «(1) a ley extranjera sigue siendo derecho, pero también sigue siendo extranjera»¹³. De ahí se sigue que tanto las normas de la LEC sobre *hechos* como las normas sobre *Derecho* pueden regir con igualdad, lo que no exime el deber de fundamentar suficientemente la elección concreta. Por tanto, una misma circunstancia (en este caso, la norma extranjera) no se puede categorizar como hecho o como Derecho según su esencia, sino solo según su finalidad procesal¹⁴. Finalidad que no es abstracta, sino viva y concreta. Que hoy sea dominante entender el Derecho extranjero en España como Derecho y no como hecho, no exime de sistematizar y examinar los argumentos principales, que quedan a veces meramente presupuestos.

1. INSUFICIENCIA DEL ARGUMENTO SOBERANISTA

No es convincente la tesis («creencia feudal»¹⁵, se decía ya a finales del siglo XIX), que considera el Derecho extranjero como hecho sobre la base de que el Estado, si aplicara una norma extranjera en cuanto tal, cedería intolerablemente su soberanía. Eso justificaría que el Derecho extranjero no fuera Derecho, sino solo hecho¹⁶. Esta postura, también defendida respecto de la aplicación

⁹ SAUER, 1951, p. 267.

¹⁰ Las discusiones doctrinales están, efectivamente, condicionadas por las premisas legislativas y jurisprudenciales de cada país, como se hace notar en: RAMOS MÉNDEZ, *RJC*, 1980, 100. De ahí se sigue que toda comparación en esta materia debe ser cautelosa.

¹¹ *Cfr*: autores, países y posiciones en: GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *AEDI*, 1975, pp. 43 ss.; o, más recientemente, en BENEYTO, 2019, p. 168; o ESPLUGUES MOTA, *RBD*, 2021, pp. 20 ss.

¹² Para Alemania: DÖLLE, *GRU*, 1957, p. 57; o BROGGINI, *ACP*, 1956, p. 475. *Cfr*., más reciente, JUNKER, 2021, p. 179.

¹³ HERRERO RUBIO, *ADI*, 1977 - 1978, p. 141. En sentido similar y un poco antes, CARRILLO SALCEDO, 1971, p. 254: «[...] la norma extranjera declarada aplicable conserva su primitiva condición jurídica sin transformarse en un hecho», de lo que no se sigue que deba ser tratado procesalmente y sin distinción ni como los hechos ni tampoco como el Derecho.

¹⁴ SAUER, 1929, p. 66.

¹⁵ PRIDA, 1896, p. 211.

¹⁶ *Cfr*: CARRASCOSA GONZÁLEZ, *RFSCJE*, 2006, ap. 28.

del Derecho penal extranjero por Tribunales nacionales (figura que conocieron y conocen varios CP europeos)¹⁷, no puede prosperar: el Estado que aplica una norma extranjera no renuncia a su soberanía, ni tampoco estima que aquella norma foránea *sea mejor que la suya*, sino, simplemente, traslada al caso concreto una norma aplicable (al margen de su procedencia)¹⁸. Solo hay lesión de la soberanía (o incluso de la propia dignidad del Estado) cuando la norma extranjera hipotéticamente a aplicar es contraria al orden público nacional¹⁹. Eso, como se sabe, no es posible²⁰. Y, en todo caso, el Derecho extranjero se aplica en España (por ejemplo) en cumplimiento de una norma española (legal o convencional) y no porque lo imponga con *imperium* y en pretendida lesión de la soberanía nacional una potencia extranjera. Por otra parte, llevado aquel argumento *ad absurdum* podría mantenerse que, cuando el Estado aplica una norma consuetudinaria, renuncia a su soberanía como órgano creador del Derecho en favor del poder social del que nace la costumbre. En realidad, lo único que el Estado hace es poner voluntariamente su aparato de coacción al servicio de normas no producidas por el mismo.

2. LA PARADOJA DE LA SUBSUNCIÓN DE HECHOS EN HECHOS

De otra parte, asumir que el Derecho extranjero *es* un hecho, supondría admitir correlativamente que la subsunción que toda norma jurídica reclama para ser aplicada, muta (¡o renuncia a!) su naturaleza. Es decir: los hechos que forman parte de un supuesto (de hecho) deberían subsumirse en otros hechos (el Derecho extranjero)²¹. De llevar hasta sus últimas consecuencias esa postura, habría que admitir quebrado el sistema de Derecho, pues ya no se subsumen hechos en Derecho, sino hechos en hechos.

¹⁷ Por ejemplo, el § 4.III.1 del CP del imperio alemán (1871); o, a su manera, el artículo 17 del CP 1928 que preveía la *obligación* del Tribunal español de tener en cuenta, cuando se tratara de delitos cometidos por españoles en el extranjero, la benignidad (en su caso) de la Ley penal extranjera.

¹⁸ CARRASCOSA GONZÁLEZ, *RFSCJE*, 2006, ap. 28.

¹⁹ «Nunca puede aplicarse en un país, pues sería desconocer su soberanía, una disposición extranjera contraria al orden público o a los principios fundamentales de sus leyes» (TORRES CAMPOS, 1883, p. 204).

²⁰ *Cfr.*, sobre materias conexas, artículos 14.1.a), 46.1.a) o 46.2 LCJI, entre otros; o artículos 21 del Reglamento Roma I o 26 del Reglamento Roma II.

²¹ DÖLLE, *GRU*, 1957, p. 57

3. SISTEMÁTICA DEL ARTÍCULO 281 LEC

Por otro lado, a admitir el carácter jurídico del Derecho extranjero conduce una interpretación sistemática del artículo 281 LEC: el precepto regula el Derecho extranjero junto con la costumbre (de indudable carácter jurídico). Si aquel fuera concebido como una cuestión puramente fáctica hubiera debido aparecer en el ap. 1 y no en el 2 del artículo 281 LEC²². Y aunque tampoco hay que exagerar la pretensión de sistema del *legislador*, no puede soslayarse que la sistemática de la LEC apunta en esa dirección.

4. IRRELEVANCIA, A ESTOS EFECTOS, DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LCJI

Más allá de eso, lo que no es convincente, para sustentar el carácter más jurídico que fáctico del Derecho extranjero, es este pasaje de la LCJI que ha sido aducido en algún momento²³. Dice así:

«Se ha buscado de este modo incidir en uno de los aspectos más controvertidos del sistema de alegación y prueba del Derecho extranjero. Nuestro sistema se caracteriza por ser un sistema mixto que combina el principio de alegación y prueba a instancia de parte con la posibilidad de que el tribunal complete dicha prueba, valiéndose de cuantos medios de averiguación estime necesarios» (ap. V).

Lo que es mixto no es la naturaleza de lo que quiere acreditarse (el Derecho extranjero)²⁴, sino el sistema que la LCJI propone para su acceso al proceso²⁵. Es decir, la LCJI combina en este punto la aportación de parte con la investigación de oficio, pero no por eso muta la naturaleza de lo que pretende acreditarse (como mantiene el TC)²⁶. De tal manera, esa equivalencia (investigación de oficio = Derecho; y aportación de parte = hecho) es equívoca. Hay (pocos) supuestos de investigación de oficio de hechos en el proceso civil

²² CUARTERO RUBIO, *DPC*, 2000, pp. 31 ss.; o CARRASCOSA GONZÁLEZ, *RFSCJE*, 2006, ap. 6.

²³ Así: YBARRA BORES, *CDT*, 2022, p. 532.

²⁴ Y, de hecho, así lo ha entendido con acierto el Dictamen del Consejo de Estado, de 26 de marzo de 2015, sobre el Anteproyecto de ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, Consideración 5.^a, ap. R): «[...] se considera adecuada la contención de la Ley al evitar referirse a la debatida cuestión de la consideración del Derecho extranjero como hecho o como derecho por los Tribunales españoles».

²⁵ Lo mismo sucede en otros países que adoptan este sistema mixto, aunque con distinta intensidad. *Cfr.* CALVO CARAVACA, *REDI*, 2016, pp. 138 y 139.

²⁶ STC 10/2000, de 17 de enero, FJ 4, para la que el CC convierte al Derecho extranjero en un «peculiar «hecho»».

dispositivo (*cfr.* arts. 282 fr. 2 y 373.1 LEC) y, viceversa, (pocos) supuestos de aportación de parte de Derecho (la costumbre: art. 281.2 fr. 1 LEC). Entonces: que un sistema procesal haga prevalecer en determinado momento la investigación de oficio sobre la aportación de parte no conduce, necesariamente, a admitir que el objeto de esa investigación sea un *hecho*.

5. RECAPITULACIÓN Y CONSECUENCIAS

El Derecho extranjero es, simplemente, un conjunto de normas que por lo complejo (a veces) de su acceso e intelección se somete en parte al régimen de fijación de los hechos, pero no se corresponde ontológicamente con ellos²⁷. Eso explica que un recurso de casación pueda fundarse en infracción de norma extranjera²⁸. Ahora bien, su condición de Derecho a tratar como hecho no supone –como mantiene el TS– que el Tribunal *a quo* no esté «constreñido, como en la prueba de hechos en los litigios sobre derechos disponibles, a estar al resultado de las pruebas propuestas por las partes, sino que puede valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación [...]»²⁹. El Tribunal *a quo* no está constreñido cuando el objeto del litigio y el proceso mismo no están a disposición de las partes, pero sí lo está cuando el litigio es puramente privado. El espíritu privado del proceso civil (dispositivo) quedaría ignorado si el Tribunal se sintiera habilitado, cuando no hay interés público que lo justifique, para aplicar normas jurídicas distintas de las que las partes le han presentado razonablemente y de buena fe y que, por tanto, quieren que rijan su controversia. Con razón se conoce al principio dispositivo (y a su manifestación en la aportación de parte) como «cara procesal de la autonomía de la voluntad»³⁰. Y aunque, evidentemente, el Tribunal no está vinculado por las alegaciones jurídicas de las partes (art. 218.I LEC), nada justifica que lo traído al proceso (dispositivo) y de buena fe por las partes pueda ser ignorado por el Tribunal. No se trata de hacer prevalecer ciegamente la forma, sino de hacer real la idea misma y el espíritu que justifica el proceso. Es decir, que las partes solucio-

²⁷ El tratamiento del Derecho extranjero no es, por tanto, el *mismo* que el de los hechos, como se mantiene en ESPLUGUES MOTA y PALAO MORENO, 2023, p. 280.

²⁸ *Cfr.* GONZÁLEZ GRANDA, *Justicia*, 2021, pp. 19 ss.

²⁹ STS (Sala I) 198/2015, de 20 de mayo, FJ 2.2; y STS (Sala I) 544/2021, de 20 de julio, FJ 2.2. Lo mismo se repite en los TSJ (por todos: ATSJ Madrid [Sala de lo Civil y Penal] 11/2016, de 28 de septiembre, FJ 5), en las AP (por todas: SAP Coruña [Sec. 3.ª] 257/2023, de 23 de junio, FJ 2) y en los JMerc (por todas: SJMerc Tarragona [1] 67/2022, de 22 de marzo, FJ 2). Respecto de la STS (Sala I) 544/2021, de 20 de julio, *cfr.* ALOMAR MARTÍN, *CDT*, 2022, pp. 560 ss.

³⁰ SILBERZAHN, 2021, p. 98.

nen la controversia (privada) de la manera, de entre las que admite el Derecho, más razonable posible y más cercana a su voluntad real: «el Derecho procesal no puede quedar de espaldas al Derecho material»³¹.

III. MODOS GENERALES DE FIJACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO AL MARGEN DE LA INVESTIGACIÓN DE OFICIO

Claro que el Derecho extranjero es Derecho genuinamente, hay que abordar qué mecanismos existen para su acreditación (al margen de la investigación de oficio: art. 281.2 fr. 2 LEC). Eso reclama abordar, primero, algunas cuestiones que se plantean sobre los medios de prueba y, después, otras formas de acreditación a los que se suele prestar menos atención:

1. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE PARTICULARES MEDIOS DE PRUEBA

Se ha discutido ya sobre lo idóneo de diversos medios de prueba para acreditar el Derecho y se ha prestado, especialmente, atención a los medios *clásicos* de prueba del Derecho extranjero (documental y pericial)³². No tanto a la testifical:

1.1 Documentos privados

La idoneidad de los documentos privados –fotocopias, por ejemplo– para acreditar el Derecho extranjero ha sido, normalmente, puesta en cuestión³³. Ahora bien, si los documentos privados no están impugnados y no hay interés público que justifique la investigación de oficio, nada puede restarles el valor probatorio que prevé el artículo 326.1 LEC³⁴. Esto no significa que la interpretación del Derecho que pueda aparecer en ese documento sea vinculante para el Tribunal, sino que el Derecho que las partes presentan como cierto es el que el Tribunal debe asumir (salvo, repito, que el asunto sea de interés público). Y sustentado en esas normas que las

³¹ SAUER, 1951, p. 258.

³² *Cfr.*, aún de interés: AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, 1989, *RGD*, pp. 6285 ss.

³³ YBARRA BORES, *CDT*, 2022, p. 531.

³⁴ ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, 2004, p. 75, nota 151.

partes le aportan, debe el Tribunal aplicarlas e interpretarlas como estime procedente.

1.2 Documentos públicos y oficiales

Lo mismo puede decirse sobre los documentos públicos con los que se pretende hacer prueba del Derecho extranjero aplicable (art. 319.1 LEC): que se deba tener por cierto el contenido del documento (lo que no admite toda la doctrina)³⁵ no significa que el Juez decida en favor de la parte que lo introduce en el proceso. Lo mismo vale para los documentos oficiales (art. 319.2 LEC). Es decir, lo que el Tribunal debe tomar como cierto es el *hecho* mismo de que tales normas existen, pero no la interpretación que pueda aportarse coyunturalmente para el caso concreto.

1.3 Informe pericial

En ese contexto se ha debatido, también, sobre el valor probatorio del llamado *informe de parte* (un dictamen pericial redactado por expertos legales que toman partido, además, por la pretensión de quien lo reclamó)³⁶. Este dictamen no tiene, en realidad, especialidad alguna: es un informe pericial que debe valorarse con arreglo a la sana crítica (art. 348 LEC). Siempre que el perito sea experto en Derecho extranjero (sea cual sea su nacionalidad)³⁷ y, por tanto, idóneo para aportar los conocimientos que pretende el artículo 335.1 LEC, nada puede restar eficacia probatoria a su informe. De ahí no se sigue que el Juez esté vinculado por su dictamen (art. 33.4 LCJI), pero tampoco significa que el dictamen esté totalmente privado de eficacia: que el perito *tome partido* o sugiera que una u otra decisión pueda ser correcta, no vincula al Juez ni tampoco le impide tomar en consideración el Derecho extranjero probado. Y así lo ha hecho notar la STS (Sala I) 477/2020, de 20 de

³⁵ Cfr. YBARRA BORES y RODRÍGUEZ BENOT, *BMD*, 2017, p. 1388.

³⁶ ORTEGA GIMÉNEZ, 2023, p. 40. En contra de su admisión: CARRASCOSA GONZÁLEZ, *RFSCJE*, 2006, ap. 23.

³⁷ Históricamente se ha exigido que el jurisperito lo sea «del país respectivo»: STS (Sala I) 115/1935, de 19 de diciembre; o, más adelante, STS (Sala I) 613/1962, de 30 de junio; STS (Sala I) 659/1968, de 28 de octubre; o STS (Sala I) 39/1975, de 3 de febrero. Este requisito no puede hoy sostenerse, pues el conocimiento de las Leyes extranjeras no depende de la nacionalidad del perito. Eso no sería compatible con la amplitud con que la LEC regula los medios de prueba (art. 299.3, por ejemplo), que hacen pensar no tanto en la fortaleza exterior del medio de prueba, como en su fuerza de convicción interna. Aun así, tanto en la alguna doctrina como en alguna jurisprudencia se sigue manteniendo la necesidad de que se acredite por *varios* jurisperitos: cfr. CERRATO GURI, *Justicia*, 2016, pp. 321 ss.; y, en otro sentido, RODRÍGUEZ BENOT, *CDT*, 2016, p. 248.

julio, al poner de relieve que las opiniones del experto sobre la norma de conflicto aplicable eran irrelevantes³⁸. Pero nada de eso impide valorar lo que sobre el Derecho extranjero ha aportado el perito³⁹. Algo menos clara en expresión ha sido la STS (Sala I) 578/2021, de 27 de julio que ha hecho saber que no «cabe en puridad una pericia jurídica sobre la interpretación de las normas» (FJ 6.4). En todo caso, lo que el perito trae al proceso es la norma, su contenido, vigencia y realidad práctica, pero no una interpretación forzosa que deba asumir el Tribunal. Es decir, no es que el artículo 33.4 LJCI establezca una «excepción a la prueba legal establecida en la LEC para el documento»⁴⁰, sino que su pretensión es otra: la *opinión* que ofrezca el dictamen –sobre, por ejemplo, qué solución es la correcta– no vincula al Tribunal. Históricamente se había advertido ya esta circunstancia:

«Al procurar ilustrarse en esa forma, el juez o tribunal no adquieren el compromiso de deferir ciegamente al informe recibido, aceptando como verdad indiscutible lo que en él se establezca, sino que conservan la necesaria libertad de acción para apreciar, como en cualquiera otro caso, el valor de la prueba.»⁴¹

Así deriva, además, de una interpretación sistemática de la conocida STC 185/2012, de 17 de octubre, que declaró inconstitucional el inciso *favorable* (referido al informe del Ministerio Fiscal sobre custodia compartida) en el artículo 92.8 CC. Admitir que la opinión de cualquiera (sea el Ministerio Fiscal o un perito) fuera vinculante para el Juez sería un límite injustificado a la función jurisdiccional (*cfr.* FJ 5)

1.4 Testigos

Por último, aunque no es frecuente, la prueba de testigos puede ser también procedente para acreditar el Derecho consuetudinario extranjero (aunque parece difícil que sirva para fijar Derecho escrito: hay medios más efectivos)⁴². No creo que su especial conocimiento de esa circunstancia convierta a estos testigos, como propo-

³⁸ *Cfr.* también STS (Sala I) 578/2021, de 27 de julio, FJ 7.2; o STS (Sala I) 1218/2023, de 8 de septiembre, FJ 5.2.

³⁹ MUÑOZ ARANGUREN, *InDret*, 2012, p. 17.

⁴⁰ ALONSO FURELOS, *RUNED*, 2018, p. 95.

⁴¹ PRIDA, 1896, p. 220.

⁴² No creo, sin embargo, que «(h)ablar, sin embargo, de prueba testifical del derecho extranjero [sea] una impropiedad» (GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *AEDI*, 1975, p. 66). Bien puede requerirse la prueba, como he dicho, de una costumbre extranjera.

ne STEIN respecto de la costumbre nacional, siempre en peritos⁴³. Eso depende, en todo caso, de qué sea disputado concretamente: si la existencia o vigencia de la costumbre o, simplemente, su contenido y alcance. Si se trata de lo segundo, la declaración es, en realidad, más la de un perito que la de un testigo⁴⁴. Si lo que pretende la parte es aportar *hechos* (la existencia o no de una norma jurídica, por ejemplo), el declarante es en realidad un testigo; si lo que persigue es traer conocimientos técnicos (razones para decidir en uno u otro sentido), entonces es un perito. Aun así, la distinción en la *praxis* sobre ambas figuras es, respecto de la acreditación del Derecho extranjero, nebulosa⁴⁵.

Más allá de eso, no creo que la declaración de este testigo deba consistir en ofrecer al Juez —como también propone STEIN⁴⁶— la *subsunción misma* de los hechos en la norma consuetudinaria. Debe ofrecer, más bien, los materiales *en crudo* para que el Juez subsuma como estime pertinente⁴⁷. Entonces, si lo que se discute es el hecho mismo de la existencia de la costumbre (como se podría discutir si cierto Reglamento fue o no publicado), la prueba testimonial es procedente. Y, por ejemplo, si la controversia gira en torno a la existencia de una costumbre vigente en el norte de Italia, lo razonable será recabar el testimonio de aquellos que la conozcan. No obsta a ello el tenor del artículo 360 LEC que, referido a *hechos controvertidos*, debe entenderse analógicamente aplicable. Aun así, si la costumbre en liza ha sido aplicada por los Tribunales en algún momento, la aportación de la resolución judicial es una mejor solución⁴⁸. Esto admite razonablemente el artículo 178 del Código General del Proceso de Colombia para acreditar «los usos y costumbres aplicables conforme a la ley sustancial».

1.5 Reconocimiento judicial

Por otra parte, nada impediría un reconocimiento judicial en ese mismo sentido (arts. 353 ss. LEC), siempre que no perjudicara la jurisdicción de un Tribunal extranjero (al modo del art. 129.3 LEC) que fuera proporcionado (es decir: que persiga un fin legítimo, sea

⁴³ STEIN, 1893, p. 181 (hay traducción al castellano de Andrés DE LA OLIVA que va por la 3.^a ed. [Temis, Bogotá, 2018]).

⁴⁴ Con algunas dudas se admite la procedencia del testigo-perito para estos supuestos en: YBARRA BORES, en TRESGUERRRES-GARCÍA (coord.), 2017, p. 284.

⁴⁵ SAUER, 1951, p. 167.

⁴⁶ STEIN, 1893, p. 181.

⁴⁷ Eso no impide tener en cuenta la subsunción que haya podido realizar el perito: HAMBURGER LEITLINIEN, 2023, p. 20 (§ 9.1).

⁴⁸ STEIN, 1893, p. 182.

idóneo, necesario y proporcionado en un sentido estricto)⁴⁹ y que se respeten las normas internacionales⁵⁰. Es posible, entonces, que el Tribunal mismo se desplazara al lugar donde rige la costumbre extranjera, consultara *in situ* y comprobara el mismo que la norma vive. Parece, sin embargo, poco probable y, además, extremadamente ineficiente. Y, de nuevo, otros medios de prueba cumplirían probablemente mejor este fin.

2. MEDIOS DE FIJACIÓN DISTINTOS A LA PRÁCTICA DE PRUEBA

Más allá de lo anterior, las posibilidades de fijación de hechos (y en este caso, del Derecho extranjero), no se agotan en la actividad probatoria⁵¹. La conformidad o admisión, la notoriedad y las presunciones no son medios de prueba, sino mecanismos de fijación de hechos cuya utilidad para acreditar el Derecho extranjero (o el consuetudinario nacional, por ejemplo), debe ser también ponderada.

2.1 Admisión

La admisión de hechos supone dar por cierta una circunstancia (de libre disposición por las partes: art. 752.2 LEC *a contrario*) sobre la que existe plena conformidad (art. 281.3 LEC). En la doctrina se ha negado que esta vía pueda ser operativa para acreditar el Derecho extranjero⁵² e incluso para verificar que el Derecho extranjero es de imposible o muy difícil comprobación⁵³. Se ha dicho, en este sentido, que la «concorde afirmación de las partes acerca de la existencia de la norma extranjera sólo tiene el valor de un indicio que será apreciado libremente por el juez»⁵⁴. También el

⁴⁹ En contra: GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *AEDI*, 1975, p. 65; o CARRASCOSA GONZÁLEZ, *RFSCJE*, 2006, ap. 18.

⁵⁰ *Cfr.* artículo 19 del Reglamento (UE) 2020/1783.

⁵¹ BANACLOCHE PALAO y CUBILLO LÓPEZ, 2023, pp. 326 ss.

⁵² ORTEGA GIMÉNEZ, 2023, p. 42; NIEVA FENOLL, 2019, p. 191: «[...] esa norma jurídica extranjera no se trata de un hecho desconocido que hay que averiguar, o sobre el que las partes se pudieran poner de acuerdo incluso»; CARRASCOSA GONZÁLEZ, *RFSCJE*, 2006, ap. 21; YBARRA BORES y RODRÍGUEZ BENOT, *BMD*, 2017, pp. 1388 ss.; YBARRA BORES, en Fernández-Tresguerres García (coord.), 2017, p. 289; o MIRALLES SANGRO, 2007, p. 184. Rotundamente, ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, 2004, p. 161: «Resulta inadmisibles que la existencia de una norma jurídica pueda considerarse acreditada por la mera conformidad de las partes litigantes». También MORENO CATENA, 2001, p. 2200; o MARTÍN OSTOS, 2000, p. 1759. Para Alemania, así lo sostiene DÖLLE, *GRU*, 1957, p. 61.

⁵³ CALVO CARAVACA, *REDI*, 2016, p. 146.

⁵⁴ HERRERO RUBIO, *ADI*, 1977-1978, p. 165.

TS negó, en su momento, esta posibilidad⁵⁵. Ahora bien, nada en la legislación procesal hoy vigente conduce a pensar que la admisión de hechos como modo de fijar el Derecho extranjero sea aquí inservible (siempre que la controversia esté a disposición de las partes)⁵⁶. Tan solo una interpretación sistemática del artículo 281.3 LEC en relación con el artículo 281.2 fr. 2 LEC (sobre la costumbre, que puede darse por probada si «las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público») podría conducir a pensar que, como la LEC nada dice sobre el Derecho extranjero, la admisión no es operativa. Pero esto carece, desde una perspectiva teleológica, de sentido (¿para qué la distinción?). Es decir, ¿qué justifica el privilegio de la costumbre nacional frente al Derecho extranjero? Si se entiende decaído el argumento soberanista (*cf.* II.1), entonces, nada⁵⁷.

Desde luego, que la aplicación de las normas de conflicto sea imperativa (art. 12.6 CC) no puede llevar al extremo de anular la autonomía de la voluntad de las partes (cuando esta pueda actuar)⁵⁸. Si las partes están de acuerdo en que el Derecho aplicable a una compraventa es el francés, por ejemplo, y el Tribunal no aprecia contravención a las normas de la buena fe (ni civil ni procesal), no alcanzo a comprender por qué el Tribunal debería desplazar la voluntad contractual e imponer la suya sin interés público que lo justifique, por mucho que la norma de conflicto sea (en

⁵⁵ STS (Sala I) 520/1971, de 5 de noviembre: «[...] al aplicar la ley extranjera el Juez patrio viene obligado a su observancia como si lo fuera del país de que se trate; exigiéndose a estos efectos, el dictamen conforme de dos juriscónsultos de aquél, debidamente legalizados, [...] exigencia que como se ha expuesto precedentemente, aquí no fue cumplimentada y que no puede suplirse por la conformidad también referida de los litigantes».

⁵⁶ CUARTERO RUBIO, *DPC*, 2000, p. 53: «La nueva regulación dada por el art. 281.3 LEC obliga a que en caso de derechos ajenos a la libre disposición de las partes el Derecho extranjero resulte probado aún en supuesto de hechos admitidos». *A contrario sensu*, por tanto, cuando hay libre disposición sobre el objeto del proceso, debe haber también lugar para la admisión como medio de fijación del Derecho extranjero. *Cfr.*, también, HAMBURGER LEITLINIEN, 2023, p. 10 (§ 2.4).

⁵⁷ Nada, sobre todo, si se atiende sistemática a otras normas del Derecho procesal español, como el artículo 60.3 fr. 2 LJCA («Si el objeto del recurso [contencioso-administrativo] fuera una sanción administrativa o disciplinaria, el proceso se recibirá siempre a prueba cuando exista disconformidad en los hechos»; lo que no impide la prueba de oficio del art. 61.1 LJCA). Es decir, si las partes pueden *conformarse* sobre hechos constitutivos de infracción administrativa (¿cuestión públicamente relevante!), ¿qué justificaría que no pudieran hacerlo sobre el Derecho en un pleito meramente privado?

⁵⁸ Esta postura es la más coherente con un entendimiento del Derecho que no pretende el trabajo abstracto con conceptos y formas, sino la más viva concreción y resolución satisfactoria del supuesto concreto. Sobre esa postura, llamada orgánico-sociológica, *cf.* SAUER, 1951, pp. 9 ss. Por otra parte, la remisión que efectúa la norma de conflicto no siempre es operante, lo que no quiere decir que aquella decaiga *ad eternum*. Es decir: si «la santidad de la norma de conflicto no puede llegar a significar una contrariedad con normas de *ius cogens*» (CORTÉS DOMÍNGUEZ, 1981, p. 66), nada impide que otras razones (la autonomía de la voluntad de las partes, en su caso) pueda desplazarla.

su tenor) imperativa⁵⁹. Es decir, por qué el Tribunal habría de emplear recursos públicos en acreditar algo que no lo requiere y en lo que tampoco hay interés público. Si las partes pueden haber pactado someterse a arbitraje y aplicar la legislación belga (por ejemplo) a su contrato de compraventa y deciden a continuación resolver su controversia ante los ‘Tribunales (de modo que se abstienen de interponer declinatoria: arts. 39 LEC y 11.1 fr. 1 LArb) y pactan que el Derecho aplicable sea el francés, nada puede impedirse⁶⁰. Este resultado no es, por otra parte, «absurdo e ilegal», como sostiene GUTIÉRREZ DE CABIEDES⁶¹. Y, desde luego, el ejemplo que aquel aduce para argumentar en contra (dos partes que fingen totalmente una norma inexistente y la presentan como Derecho italiano o alemán) es inoperante por dos motivos⁶². En primer término, porque ese supuesto –de darse– es patológico y no puede tomarse como marco general (como tampoco una condena por prevaricación a un Juez hace pensar que todo el sistema no es confiable). Y, en segundo lugar, porque si en el litigio no subyace ningún interés público, es indiferente *cómo* las partes presentan al Juez los criterios de decisión. De hecho, las partes ya *construyen* un Derecho no previsto *ex lege* cuando pactan una cláusula en un sentido u otro. A eso se añade que las partes tienen obligación de comportarse de buena fe dentro y fuera del proceso e *inventar* un ordenamiento para perseguir un fin que no admite el Derecho no es compatible con esas obligaciones de buena fe⁶³. Una conducta reprobable como esa puede comportar, incluso, responsabilidades penales (art. 250.1.7.º CP)⁶⁴. Es decir, siempre que las partes actúen de buena fe y sin pretender resultados prohibidos por el Derecho, que el litigio sea meramente privado y que nadie pueda verse perjudicado por la admisión, debe el Tribunal decidir conforme a lo querido por las partes.

No es tampoco convincente el argumento de que una vez acreditado, el «Derecho extranjero se erige en fundamento jurídico de las pretensiones de las partes y de la propia sentencia», de manera

⁵⁹ En contra: CALVO CARAVACA, *REDI*, 2016, p. 139.

⁶⁰ En contra: ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, 2004, p. 102: «[...] lo que en ningún caso puede resultar admisible es la voluntaria exclusión de la ley aplicable con carácter imperativo». Sin embargo, cuando en el pleito se dirime un interés meramente privado, nada puede excluir que las partes designen otro Derecho para resolver su controversia.

⁶¹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *AEDI*, 1975, p. 62.

⁶² Otro ejemplo en: ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, 2004, p. 57.

⁶³ SAUER, 1951, p. 95: «El proceso solo es externamente una contraposición, una disputa sobre la lucha [*Streit um Kampf*]; materialmente es su contrario, de manera que aquel se supera a sí mismo, alcanzando su fin, poniendo delante de sí la armonía».

⁶⁴ Pues, efectivamente, el «foro ha de defender la autoridad del Derecho extranjero normalmente aplicable y, en este sentido, debe sancionar no sólo el fraude a su propio ordenamiento, sino también el fraude a la ley extranjera»: CARRILLO SALCEDO, 1971, p. 259.

que «no es de recibo que ello [la acreditación del Derecho extranjero] tenga lugar por un mero acuerdo entre las partes»⁶⁵. La posición no es sostenible, primero, porque las partes pueden disponer de la controversia en cualquier momento del proceso (en los términos del art. 19.1 LEC)⁶⁶, de manera que es indiferente si *ya se ha acreditado* o no el Derecho aplicable⁶⁷. Es decir, el principio de adquisición procesal (conforme al cual una vez practicada la prueba, su resultado beneficia o perjudica a las partes por igual)⁶⁸ solo es relevante si la controversia sigue viva, pero no si las partes deciden poner fin al pleito de otra manera. Aun así, excluir la conformidad como medio de acreditación del Derecho extranjero no es sostenible, sobre todo, porque no se trata ahí de un *mero acuerdo*, sino de la norma fundamental que rige la vida civil y procesal de la relación jurídica en debate⁶⁹. Por otra parte, ese argumento es incoherente con el *otro fundamento de la pretensión*: el fáctico. Es decir, los hechos (que sí se pueden fijar, a veces, por admisión) son también fundamento de la pretensión y no por eso el Tribunal los investiga siempre de oficio. Si el Derecho procesal y el proceso son *instrumentos* para la actuación (lo más justa posible) del Derecho material en el caso concreto⁷⁰, no es coherente con su finalidad sustraer a las partes el poder de disposición que sí les asiste fuera del proceso (como tampoco lo es exigirles comportarse de buena fe en la relación civil, pero permitirles chicanerías y enredos en el

⁶⁵ YBARRA BORES, *CDT*, 2022, pp. 535 y 536.

⁶⁶ Salvo que se trate del supuesto del artículo 450.1 LEC: «Todo recurrente podrá desistir del recurso antes de que sobre él recaiga resolución, excepto del recurso de casación una vez señalado día para su deliberación, votación y fallo».

⁶⁷ Una norma que así lo previera podría ser, incluso, inconstitucional como deriva de la STC 46/2020, de 15 de junio, FJ 4. La sentencia declaró contrario al art. 24.1 CE un auto de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Madrid que rechazaba el escrito de las partes solicitando poner fin a un proceso en el que se pretendía la anulación de un laudo arbitral. El TC mantuvo lo siguiente: «[...] debe reputarse contrario al derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes el razonamiento del órgano judicial que niega virtualidad a un acuerdo basado en el poder dispositivo de las partes sin que medie norma prohibitiva que así lo autorice, imponiendo una decisión que subvierte el sentido del proceso civil y niega los principios en que se basa, en concreto, el principio dispositivo o de justicia rogada».

⁶⁸ BANACLOCHE PALAO y CUBILLO LÓPEZ, 2023, p. 338.

⁶⁹ Esta posición trasluce, también, en CORTÉS DOMÍNGUEZ y MORENO CATENA, 2023, p. 214: «[...] aunque el deber de conocimiento del derecho por un juez tenga esas fronteras, ello no significa que el derecho extranjero y la costumbre pierdan a efectos procesales su consideración de norma jurídica; si fuera así se acabaría por tratar a esas normas jurídicas, alegadas por las partes, como si fueran hechos, quedando en cuanto a su aplicación a la entera disposición de las partes y de su éxito probatorio». Algo similar se mantiene AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, *Justicia*, 1989, p. 113. Allí hace notar que las partes, «mediante el simple expediente de no invocar el Derecho extranjero competente, podrán sustraerse a su aplicación, provocando la aplicación de la ley del foro cuando ésta resulta más ventajosa». Pero no se trata, efectivamente, de un *simple expediente de no invocar*, sino de las normas básicas de la relación contractual y procesal siempre que la controversia esté a disposición de las partes.

⁷⁰ PRIETO CASTRO, 1946, p. 2.

proceso, por ejemplo). Si las partes están de acuerdo en el contenido y vigencia del Derecho extranjero y este no es contrario a ningún interés público ni perjudica a terceros, no tiene el Tribunal habilitación alguna para entrometerse. Esta postura no es, en realidad, ninguna novedad. Bajo la LEC 1881, la STS (Sala I) 76/1934, de 1 de febrero, había dado por acreditado el contenido y vigencia de una norma francesa por entender «ambas partes se hallan absolutamente conformes en tan importante punto de hecho, sobre el que habría de resultar innecesaria toda ulterior probanza»⁷¹. La tesis se mantuvo en resoluciones posteriores, como la STS (Sala I) 720/1971, de 5 de noviembre, para la que la admisión solo podía tener efectos cuando la vigencia y el contenido del Derecho sobre el que las partes estuvieran conformes fuera suficiente para resolver la controversia, es decir, que fuera «base suficiente y seria para que, sin más, una autoridad judicial patria pueda estar en condiciones de resolver la disputa»⁷² (lo que no sucedía en el caso concreto). Y más recientemente, la STS (Sala I) 177/2018, de 3 de abril, ha dado relevancia de pasada a la circunstancia de que ninguna de las partes haya discutido el contenido o vigencia de las normas del Derecho colombiano (FJ 4.1)⁷³.

Aun así, al margen de lo anterior, es complejo admitir que la *ficta confessio* de los artículos 304.I y 307 LEC pueda ser aquí operativa, pues su espíritu y tenor se encaminan a dar por probados *hechos personales* y no criterios de decisión⁷⁴. Aunque analógicamente pueda admitirse la aplicación de otras normas referidas a hechos (*cf. infra*), la referencia a lo *personal* de esos hechos obliga a retraer aquí la analogía.

2.2 Notoriedad

A la notoriedad se ha negado también potencial para acreditar el Derecho extranjero⁷⁵. El artículo 281.4 LEC establece que no será necesario probar los «hechos que gocen de notoriedad absolu-

⁷¹ Misma doctrina se reitera en STS (Sala I) 115/1935, de 19 de diciembre, aunque para desestimar la pretensión de quien invocó el Derecho húngaro y no lo acreditó.

⁷² STS (Sala I) 520/1971, de 5 de noviembre.

⁷³ Y lo mismo parece desprenderse de la STS (Sala I) 528/2014, de 14 de octubre, FJ 2.2 cuando afirma que «el Juez o Tribunal puede investigar el derecho extranjero aplicado en la instancia cuando una de las partes, la actora, ha alegado, en primera instancia y en el recurso de apelación, que el derecho nacional chino ha sido incorrecta o deficientemente aplicado en las sentencias de instancia». Es decir, cuando una parte discute su aplicación, pero no cuando si las partes se aquietan con el Derecho sustantivo pero discuten, por ejemplo, una cuestión procesal.

⁷⁴ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *AEDI*, 1975, p. 65.

⁷⁵ Por ejemplo, MUÑOZ ARANGUREN, *InDret*, 2012, p. 13; o MORENO CATENA, 2001, p. 2200. Antes lo había admitido: CARRILLO SALCEDO, 1971, p. 256.

ta y general». Cuál sea el contenido de esos adjetivos *absoluta* y *general* es indeterminado y debe ser puesto en relación con un contexto geográfico e histórico concreto⁷⁶. El entendimiento de la notoriedad que propone, entre otras, la STS (Sala I) 1990/2015, de 3 de febrero (de 2016) es extensible aquí. Dice la resolución:

«[...] se estima suficiente que el tribunal los conozca [los hechos] y tenga la convicción de que tal conocimiento es compartido y está generalizado, en el momento de formular el juicio de hecho –límite temporal–, entre los ciudadanos medios, miembros la comunidad cuando se trata de materias de interés público, ya entre los consumidores que forman parte del segmento de la comunidad al que los mismos afectan –ámbito de la difusión del conocimiento–, en la que se desarrolla el litigio –límite espacial–, con la lógica consecuencia de que en tal caso [...] quedan exentos de prueba» (FJ 5).

Es decir, no se trata de que la norma extranjera sea notoria para todos los ciudadanos (pues ni las nacionales lo son). Se trata de que la norma extranjera en liza sea conocida indubitadamente por el Tribunal y por las partes (eso último separa la notoriedad del conocimiento privado del Juez). Y cuando así sucede, nada obsta a la aplicación analógica del artículo 281.4 LEC al Derecho extranjero (y a la costumbre)⁷⁷. Por ejemplo, si ante un concreto Juzgado de lo Mercantil litigan hace lustros los mismos Letrados especialistas en Derecho civil portugués y sobre los mismos tipos de pleitos, de manera que el Juez titular conoce ya el Derecho, sería un desperdicio inútil de recursos exigir acreditar en cada pleito el Derecho extranjero⁷⁸. Y no solo nada obsta a eso, sino que una gestión eficiente del proceso impone emplear de manera razonable los recursos a disposición del Estado. Y, de hecho, algunas forales civiles expresamente prevén la notoriedad respecto de normas jurídicas: artículos 1.2 Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco («[...] la costumbre que no sea notoria deberá ser probada»; 2.1 fr. 1 de la Ley 2/2006, de derecho civil de Galicia («Los usos y costumbres notorios no requerirán prueba»; o la Ley 3.II de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra («La costumbre que no sea notoria deberá ser alegada y probada ante los Tribunales»)⁷⁹.

⁷⁶ BANACLOCHE PALAO y CUBILLO LÓPEZ, 2023, p. 328. Sobre la notoriedad, en general: LAGENBECK, *ZZP*, 1882, pp. 470 ss.

⁷⁷ ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, 2004, p. 58, que reconoce –sin embargo– la dificultad de tales supuestos en la práctica.

⁷⁸ CARRASCOSA GONZÁLEZ, *RFSCJE*, 2006, ap. 11.

⁷⁹ *Cf.*: ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, 2004, pp. 139 ss.

2.3 Presunciones

También las presunciones pueden ser instrumento válido para la acreditación del Derecho extranjero. El TS alemán ha admitido, de hecho, una posibilidad similar en una ya antigua resolución de 1981. Así: «(e)n casos en que la aplicación del Derecho nacional fuera notoriamente insatisfactoria, puede estar justificado también la aplicación del Derecho más cercano al invocado o del Derecho presumiblemente vigente»⁸⁰. Es decir, si puede presumirse que Derecho es vigente, ¿por qué no podría presumirse solo la norma? Entre nosotros, GUTIÉRREZ DE CABIEDES ha desechado esta posibilidad, sosteniendo que la presunción solo ofrece un grado de *probabilidad* de certeza⁸¹. Se interroga: «¿Cómo va a aplicarse el derecho extranjero, formando parte de la premisa mayor de la decisión jurisdiccional, si su existencia se estima simplemente probable?»⁸². A esa pregunta podría ofrecerse, igualmente, otra: ¿Cómo va a aplicarse el Derecho nacional sobre la base de *hechos* que se estiman simplemente probables? Porque, efectivamente, así lo admite el Derecho. Hoy, el artículo 386.1 LEC (análogicamente aplicable) establece lo siguiente:

«A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. [...] La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción.»

De esta manera, si el demandante –por ejemplo– consigue acreditar la vigencia y contenido de una norma que prohíbe las compraventas, los préstamos, los comodatos, las donaciones y los arrendamientos entre cónyuges, el Tribunal puede presumir que la afirmación del demandante (consistente en que la jurisprudencia que aplica esa norma extranjera prohíbe también las permutas) es cierta⁸³. Se trata, en realidad, de una suerte de analogía (a la que le

⁸⁰ S. de 23 de diciembre de 1981 (IV b ZR 643/80 – KG), ap. II.

⁸¹ También otros autores anteriores. *Cfr.* PRIDA, 1896, p. 220.

⁸² GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *AEDI*, 1975, p. 67.

⁸³ *Cfr.* la doctrina citada en: ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, 2004, pp. 95 ss. Las razones que este opone frente a la solución de *crear* (presumir) una norma similar a la que *podría* prever el Derecho extranjero a aplicar, no son concluyentes. Mantiene: a) que la verosimilitud propia de todo *juicio* (en el alemán sentido de *Urteil*) no es admisible respecto de las normas jurídicas; b) que de *lege data* hay en nuestro Derecho la obligación de resolver (art. 1.7 CC) y, por último; c) que aquella posibilidad no excluye la arbitrariedad y resultados injustos. A los argumentos a) y b) se pueden oponer las razones ya expuestas en el cuerpo del texto. A la última hay que oponer que ese riesgo está presente en toda actividad humana y que, por tanto, no es decisivo en la admisión o no de las presunciones como medios de fijación del Derecho extranjero.

falta la certeza sobre la existencia o no de una norma que no regula el supuesto de hecho). En todo caso, lo anterior no significa que este mecanismo excepcional pueda ser la regla, pero tampoco puede descartarse *a radice* su operatividad. De tal modo, cuando solo están acreditados unos preceptos del Derecho extranjero a aplicar no necesariamente debe acudirse –como sostiene CALVO CARAVACA– al «Derecho designado por el siguiente punto de conexión de la norma de conflicto, si existe, y en última instancia, [...] por el Derecho material español siempre que ello resulte conciliable con el Derecho extranjero que sí puede ser aplicado»⁸⁴. Si solo hay prueba parcial, entonces con ese indicio podrá intentarse acreditarse *lo que falta* del Derecho extranjero (presunto) y si eso no es posible, habrá que recurrir a los criterios que abordo más adelante y que exigen, como se verá, distinguir si en el asunto hay o no interés público (*cf.* V.2). Acudir al siguiente punto de conexión podría conducir a aplicar parcialmente un ordenamiento y parcialmente otro, con las dificultades de conciliación –suponiendo que el segundo Derecho quede acreditado– que eso suscita.

IV. DOS CUESTIONES PROCESALES MÁS

Dicho lo anterior, dos cuestiones de proceso más:

1. EL CONOCIMIENTO PRIVADO DEL JUEZ: SÍ, PERO CON CAUTELA

En la doctrina nacional se ha puesto de relieve la posibilidad u obligación del Juez de aplicar el Derecho extranjero que conoce privadamente, de modo que la falta de alegación y prueba por las partes no le puede impedir actuar, en principio, conforme a aquel.⁸⁵ Se ha mantenido, con razón, que con la LEC desaparece «aquella prohibición ridícula de la utilización de sus conocimientos personales»⁸⁶. También el TS lo ha admitido: «(s)in perjuicio del principio de alegación y prueba del Derecho extranjero por las par-

⁸⁴ CALVO CARAVACA, *REDI*, 2016, p. 147.

⁸⁵ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *AEDI*, 1975, p. 82; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, 2004, p. 60; ORTEGA GIMÉNEZ, 2023, p. 25; MUÑOZ ARANGUREN, *InDret*, 2012, p. 16; CARRASCOA GONZÁLEZ, *RFSCJE*, 2006, ap. 26; o ÁLVAREZ AGOUÉS, *CDT*, 2022, p. 924. En contra: ESPLUGUES MOTA y PALAO MORENO, 2023, p. 282 (para ellos el Juez no podría en ningún caso «suplir con su eventual conocimiento personal del derecho extranjero la ausencia de prueba de éste por las partes»).

⁸⁶ PÉREZ VOITURIEZ, *AEDIPr*, 2001, p. 440. Antes de la LEC 2000 había mantenido CORTÉS DOMÍNGUEZ, 1981, p. 70: «[...] *es sumamente aventurado mantener que el juez*

tes [...], el juez debe aplicar el Derecho extranjero si es que lo conoce»⁸⁷. Esta tendencia es perceptible, igualmente, en la jurisprudencia de las AP. Por ejemplo, el AAP Cádiz (Secc. 6.ª) 28/2018, de 18 de octubre, ha aplicado el Derecho marroquí, que le constaba al ponente «por su conocimiento privado» (FJ 1). Algunas normas ajenas a la aplicación judicial del Derecho extranjero también lo prevén⁸⁸. Así, los arts. 100.1.II LRC y 36.III RH admiten, en su respectivo ámbito, el conocimiento privado del Encargado del Registro Civil o del Registrador de la Propiedad como sustento para la aplicación del Derecho extranjero. Y aunque en esos supuestos no se actúa el Derecho jurisdiccionalmente, la circunstancia de que el legislador lo admita en esos supuestos hace pensar que, con las debidas cautelas, eso es posible también en el proceso.

La utilización del conocimiento privado del Juez es, en la aplicación del Derecho extranjero, admisible⁸⁹. Es, en realidad, una suerte de paso previo a la notoriedad *en el Tribunal*⁹⁰. Ahora bien, para que pueda el Tribunal sustentar su decisión en ese Derecho extranjero que estima pertinente y que no ha sido correctamente alegado por las partes, debe hacerlo «sin apartarse de la causa de pedir», es decir, sin acudir «a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer» (art. 218.1.II LEC). Entonces: si pretende el Tribunal aplicar el Derecho extranjero que conoce por su especial preparación, debe ponérselo de manifiesto a las partes en la audiencia previa (o en la vista en el juicio verbal), conforme al artículo 424.1 LEC, que estimo aplicable a este supuesto⁹¹. Carece de sentido obligar al Juez a

español puede aplicar el Derecho extranjero cuando lo conoce sin esperar a que las partes se lo acrediten» (cursiva en el original).

⁸⁷ STS (Sala I), 18/2019, de 15 de enero, FJ 3.

⁸⁸ Como ejemplo histórico se puede citar, igualmente, el art. 8 del StGB für das Königreich Sachsen vom 11. August 1855, que preveía el conocimiento privado del Juez para la aplicación del Derecho penal extranjero: «El extranjero que cometa en el extranjero un delito de los previstos en los artículos 4, 5 y 6 será castigado según las Leyes del país donde fue cometido el hecho, *siempre que se sepa* o se pruebe, que el hecho, según aquellas Leyes, bien no es punible o bien se castigaría con una pena más leve que lo previsto en este Código o que solo se castigaría a instancia de parte. [...] Si se trata de un hecho para cuyo castigo debe el Juez, según lo señalado anteriormente, tomar en consideración una Ley penal extranjera, que prevé una pena no admisible según el presente Código penal, imponer una pena igual o más leve, pero admisible según el Código Penal de Sajonia». La cursiva es mía.

⁸⁹ Para Alemania, el § 293.1 fr. 1 ZPO establece que el Derecho extranjero (también la costumbre y los llamados *Statuten*) solo requiere prueba cuando le sea desconocido al Tribunal.

⁹⁰ PRIETO CASTRO, 1946 p. 302. De hecho, algunos autores identifican ambas circunstancias (*cf.* SAUER, 1951, p. 182). En la actualidad, otros autores niegan la existencia de tal clase de notoriedad: ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, 2004, p. 19, con base en los adjetivos *absoluta* y *general* que acompañan al sustantivo *notoriedad*.

⁹¹ O, en su caso, en la vista del juicio verbal (art. 444.2 LEC en relación con el art. 424.1 LEC). En eso inciden también las HAMBURGER LEITLINIEN, 2023, pp. 9 (§ 2.2)

soportar, por ejemplo, una prueba pericial sobre Derecho inglés cuando él mismo ha realizado un doctorado en Inglaterra. Ahora bien, solo cuando las partes hayan sido *advertidas* de que el Juez tiene intención de resolver conforme a esa norma (que revelada por el Juez deja de ser ahora *sorpresiva*), puede pronunciarse sobre la controversia⁹². Eso lo exigen, creo, dos circunstancias:

1.1 Garantía del derecho a la disposición de la relación jurídica

Solo cuando las partes pueden *prever* razonablemente qué canon decisorio aplicará el Tribunal, pueden decidir con libertad el destino de su controversia. Si sorpresivamente –porque las partes ni siquiera lo creen posible– el Tribunal aplica normas extranjeras que provienen de su conocimiento privado, se impide a las partes disponer en verdadera libertad de su controversia. Advirtiéndoles a las partes de esa posibilidad se da, entonces, valor su voluntad en el proceso⁹³. Aunque claro, se debe dar valor cuando el Derecho lo permita (es decir, cuando el objeto del litigio sea disponible). No creo, entonces, que pueda contraponerse a la vista del artículo 281 LEC un interés *de parte* y un interés *de proceso* tal como sostiene CUARTERO RUBIO: «[...] la prueba del Derecho extranjero es interés del proceso no un interés de parte, con independencia de que la materia objeto del proceso sea o no de libre disposición»⁹⁴. El interés de parte y el interés de proceso se identifican en el proceso civil dispositivo: lo que no interesa a las partes (y lo que no interesa [mucho] al Estado, por tratarse de un asunto meramente privado) no interesa al proceso. No tiene este último una finalidad propia y distinta de la que persigue el Derecho material sobre el que las partes disponen y que las partes quieren.

1.2 Sobre todo: economía procesal

Por otra parte, que el Tribunal aplique el Derecho extranjero que conoce –previa advertencia a las partes– además de evitar una reprochable resolución sorpresiva impide hacer perder a las partes

y 20 (§ 9.1).

⁹² SAUER, 1951, p. 26: «La sentencia debe orgánicamente provenir del desarrollo previo del proceso, de la totalidad y de la hasta ese momento producida valoración; es el último eslabón de una conformación formación material y jurídica consecutiva [*fortlaufende Sach- und Rechtsgestaltung*]. No puede ser una sorpresa para los participantes en el proceso, al menos no para los Abogados ni para el Fiscal».

⁹³ DÖLLE, *GRU*, 1957, p. 62.

⁹⁴ CUARTERO RUBIO, *DPC*, 2000, p. 32.

(y al Estado) tiempo y recursos en acreditar algo que el Juez ya conoce suficientemente. Una pericial sobre el Derecho extranjero que el Tribunal ya tiene presente es tan pérdida de tiempo y recursos como la práctica de la prueba sobre un hecho no controvertido. Debe, entonces, evitarse.

2. DILIGENCIAS FINALES, EN PRINCIPIO, NO

Una última cuestión sobre la que se ha debatido es la posibilidad de emplear las diligencias finales de los artículos 435 y 436 LEC (ahora también admisibles en el juicio verbal)⁹⁵ para la acreditación del Derecho extranjero que no ha sido probado⁹⁶. Esta solución (que sí parecía posible con las diligencias para mejor proveer del viejo art. 340 LEC 1881)⁹⁷ no es hoy admisible para los supuestos en que no concurre ningún interés público. Las diligencias finales no sirven para practicar prueba que tenía que haberse propuesto en tiempo y forma (art. 435.1.1.^a LEC), sino para practicar pruebas que: a) habiendo sido admitidas, no pudieron ser practicadas (art. 435.1.2.^a LEC); b) pruebas pertinentes y útiles sobre hechos nuevos o de nueva noticia (art. 435.1.3.^a LEC); y c) pruebas sobre hechos relevantes oportunamente alegados, «si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirían adquirir certeza sobre aquellos hechos» (art. 435.2.I LEC)⁹⁸. Nada de eso parece posible cuando las partes deben presentar al Tribunal en la demanda (art. 399.4 LEC) y contestación (art. 405.1 LEC) el Derecho que estiman aplicable.

Tampoco los supuestos de alegación posterior de hechos nuevos o de nueva noticia (art. 286.1 LEC) parecen plausibles. Qué Derecho es aplicable es una circunstancia conocida normalmente desde el inicio de la relación, de manera que las partes no pueden

⁹⁵ Cfr. artículo 445 LEC, reformado por el RD-Ley 6/2023, de 19 de diciembre.

⁹⁶ YBARRA BORES, *CDT*, 2022, p. 534; BENEYTO, 2019, p. 174; ORTEGA GIMÉNEZ, 2023, p. 33; ESPLUGUES MOTA y PALAO MORENO, 2023 p. 283; YBARRA BORES, en FERNÁNDEZ-TRESGUERRRES GARCÍA (coord.), 2017, p. 287; o YBARRA BORES y RODRÍGUEZ BENOT, *BMD*, 2017, p. 1386.

⁹⁷ Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *AEDI*, 1975, p. 55. El TS se ha mostrado vacilante al respecto (cfr. referencias en CORTÉS DOMÍNGUEZ, 1981, pp. 72 y 73). También se mostró contrario (aunque respecto de la costumbre): ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, 1934, p. 454: «[...] es harto discutible que dada la enumeración taxativa que el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento hace de ellas [de las diligencias para mejor proveer], constituyan un instrumento idóneo para acreditar la existencia del Derecho consuetudinario».

⁹⁸ MORÓN PALOMINO, *AFD*, 2001, p. 392.

evitar (intentando sortear la preclusión) con el recurso a las diligencias finales las consecuencias desfavorables de la aplicación (cuando proceda) de las reglas de la carga de la prueba (*cf. infra*).

V. CUANDO LO ANTERIOR FRACASA HAY QUE DISTINGUIR POSIBILIDADES Y SUPUESTOS

A pesar de todo lo anterior, puede ocurrir y sucede habitualmente que las partes fracasen en la acreditación del Derecho extranjero (voluntaria o involuntariamente). Eso es una situación patológica que no puede tomarse como *lo normal* (a pesar de que sea lo más cómodo y lo más barato para el Estado)⁹⁹. Aunque resolver rápido los asuntos es un interés digno de tutela, no puede prevalecer –cuando no hay interés público– sobre el derecho de las partes a traer al proceso los fundamentos fácticos y jurídicos sobre los que el Tribunal debe operar (art. 216 LEC)¹⁰⁰. Me ocupo, entonces, de abordar qué posibilidades tiene a su alcance el Tribunal cuando el Derecho extranjero no ha sido acreditado y en qué supuestos esas posibilidades tienen o no sentido, lo que exige concretar si hay o no interés público en el objeto del litigio.

1. TRES POSIBILIDADES

Cuando las partes fracasan en la acreditación del Derecho extranjero, las tres esenciales posibilidades que restan son: a) investigar de oficio y aplicar el Derecho extranjero a toda costa; y b) si lo anterior fracasa, aplicar el Derecho patrio; o c) desestimar las pretensiones aplicando las reglas de la carga de la prueba¹⁰¹. Las presento y examino luego qué virtualidad puede tener cada una. También la *inadmisión* de la demanda o la resolución por equidad aparecen a veces entre las propuestas. Creo, sin embargo, que no tienen posibilidad alguna de prosperar (*cf. V.2*).

⁹⁹ En CALVO CARAVACA, *REDI*, 2016, p. 135 hay una larga lista de las razones (o sinrazones) que se aducen para evitar la aplicación del Derecho extranjero cuando así corresponde. Desoladores son los datos que, a ese respecto, hay en: PICÓ I JUNOY, *Justicia*, 2011, pp. 67 ss.

¹⁰⁰ *Cfr.* STC 10/2000, de 17 de enero, FJ 4 y las resoluciones que allí se citan.

¹⁰¹ *Cfr.* CERRATO GURI, *Justicia*, 2016, pp. 329 ss.; o AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, *Justicia*, 1989, pp. 81 ss. (particularmente)

1.1 Investigación de oficio y aplicación del Derecho extranjero

El Tribunal bien puede esforzarse en la investigación de oficio del Derecho extranjero (art. 281.2 fr. 3 LEC) y aplicarlo, una vez esté suficientemente acreditado. Es decir, el fracaso de las partes no impide la actividad del Tribunal a esos efectos. A pesar de que el artículo. 281.2 fr. 3 LEC hace pensar que el Tribunal no está obligado a ello, que el artículo 12.6 CC sea imperativo, conduce a creer que el Tribunal debe extremar sus esfuerzos cuando la norma de conflicto le señala el Derecho extranjero (y concurre algún interés público).

1.2 Aplicación del Derecho español

Otra opción posible es, simplemente, aplicar la *lex fori*. Esta es la solución que con más frecuencia aparece en la *praxis* y también es popular en la doctrina¹⁰². Contra ella se aduce la vulneración no solo de la norma de conflicto (art. 12.6 CC), que señala con *imperium* y no solo con deseo un Derecho extranjero a aplicar, sino la autonomía de la voluntad de las partes que, quizás, quisieron legítimamente regir su controversia por otro ordenamiento distinto al español. La tendencia de los Tribunales a esa solución puede provenir (ahora) de cierta falta de claridad de la Exposición de Motivos de la LCJI, que propone esa tesis de manera general, sin distinguir supuestos (ap. V):

«No se especificaba hasta la fecha qué había que hacer en aquellos supuestos en los que el Derecho extranjero no haya podido probarse. En la práctica forense se habían propuesto en esencia dos soluciones, la desestimación de la demanda y la aplicación de la *lex fori*. El presente texto se decanta por esta última solución, que es la tradicional en nuestro sistema y la mayoritaria en los sistemas de Derecho Internacional privado de nuestro entorno. Es, asimismo, la solución que más se adecua a la jurisprudencia constitucional de la que se deduce que la desestimación de la demanda conculcaría en determinados supuestos el derecho a la tutela judicial efectiva.»

Y, efectivamente, el artículo 33.3 LCJI asume esta *excepcional* posibilidad cuando el Derecho extranjero no ha sido acreditado, aunque el TS no ha tardado en recordar que la aplicación del Dere-

¹⁰² Cfr. CERRATO GURI, *Justicia*, 2016, p. 333; o ESPLUGUES MOTA y PALAO MORENO, 2023 p. 284. También lo propone así el Dictamen del Consejo de Estado, de 26 de marzo de 2015, sobre el Anteproyecto de ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, Consideración 5.^a, ap. R).

cho nacional es la *ultima ratio*¹⁰³. Esto es coherente con la existencia misma del Derecho internacional privado y de las normas de conflicto: si al final el Tribunal opta (porque es más cómodo) aplicar la *lex fori*, entonces el modelo ha fracasado¹⁰⁴. Ahora bien, de ahí no se sigue que en todo caso y a toda costa (incluso, por ejemplo, cuando el precio del dictamen sobre el Derecho extranjero supera la cuantía del litigio)¹⁰⁵ deba el Tribunal extremar sus esfuerzos para conocer el Derecho extranjero. La excepcionalidad a que se refiere el artículo 33.3 LJCI supone, más bien, un recordatorio de que el Juez debe agotar las posibilidades reales y razonables que tiene a su disposición para conocer el Derecho extranjero¹⁰⁶. En 1975 lo hizo notar con razón GUTIÉRREZ DE CABIEDES respecto de las normas del CC: «Este poder [el del art. 12.6.II CC] es un poder-deber [...] Los Tribunales tienen el poder y el deber de procurarse el conocimiento del derecho extranjero, cuando hayan de aplicarlo en la sentencia, y para ello utilizarán todos los medios que tengan a su alcance [...]»¹⁰⁷. Este es el sentido que debe darse, también, al artículo 33.3 LJCI y aunque el TS se ha mantenido en el estricto tenor literal de la norma (*poder*)¹⁰⁸, el TC ha parecido ser –aunque antes de que se promulgara la norma– más estricto al respecto¹⁰⁹.

1.3 Desestimación de la pretensión

Y, por último, cuando no se acredita el Derecho aplicable puede, simplemente, desestimarse la pretensión¹¹⁰. A esto no obsta siempre la prohibición de *non liquet* (art. 1.7 CC), pues el que quiere hacer valer una pretensión debe cumplir las exigencias que el Dere-

¹⁰³ Esto debe ser totalmente excepcional: STS (Sala I) 177/2018, de 3 de abril, FJ 4.1. Cfr. CALVO CARAVACA, *REDI*, 2016, p. 145.

¹⁰⁴ CALVO CARAVACA, *REDI*, 2016, p. 134; o CARRASCOSA GONZÁLEZ, *RFSCJE*, 2006, ap. 1.

¹⁰⁵ Cfr. JUNKER, 2021, p. 183.

¹⁰⁶ BENEYTO, 2019, p. 179.

¹⁰⁷ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *AEDI*, 1975, p. 82.

¹⁰⁸ STS (Sala I) 198/2015, de 17 de abril, FJ 7.

¹⁰⁹ STC 10/2000, de 17 de enero, FJ 4: «[...] la acreditación del Derecho aplicable al caso [...] hubiese exigido de los órganos judiciales, y dadas las singularidades del caso de autos, una más activa participación en la consecución de dicha prueba una vez que la parte aportó un principio de prueba [...]». Aun así, como se ha hecho notar en la doctrina, la resolución sigue siendo tímida, pues solo podría compeler a una obligación de medios respecto del conocimiento del Derecho extranjero, «con independencia del resultado y vinculada a circunstancias especiales» (CUARTERO RUBIO, *DPC*, 2000, p. 49).

¹¹⁰ Cfr. SJPI Barcelona (34) s/n, de 3 de marzo de 2010, FJ 5: «[...] si bien tratándose de derecho extranjero y no haber sido probado por la parte demandante, en cuanto a su contenido y vigencia, como requiere el [art. 281 LEC], procede desestimar la demanda, o alternativamente estar a la aplicación supletoria del Derecho español [...]». Críticas clásicas a esta postura hay en: AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, *Justicia*, 1989, pp. 85 ss.

cho reclama¹¹¹. Y si la LEC impone un alto nivel de diligencia consistente en determinar la pretensión (arts. 399.1 *in fine* o 424 LEC, por ejemplo), no puede sorprender que cuando se fracasa en eso –igual que cuando se fracasa en la acreditación de hechos– deba el Tribunal desestimar la pretensión (art. 217.1 LEC) El TS ha admitido, también, esta solución en algún momento, haciendo notar que la desatención del principio de aportación de parte –de prueba, dice la resolución– puede dar «[...] lugar a la emisión de una sentencia adversa para la parte, y consecuentemente con este principio de aportación, la aplicación del art. 217 de la LEC cuando no se acredite suficientemente el derecho extranjero, dictando una resolución que atienda a la actividad de las partes en el ámbito probatorio conforme a los requisitos internos que impone la sentencia de exhaustividad, la congruencia y la motivación»¹¹².

Y no creo que la STC 10/2000, de 17 de enero (que estimó contrario al art. 24.1 CE la desestimación de una demanda por falta de prueba del Derecho armenio en un proceso de separación) pueda ser decisiva. En ese supuesto, la frustración de la prueba no se produjo por falta de diligencia de la parte, sino desidia de la AP (FJ 4). Tampoco la STC 33/2002, de 11 de febrero, es concluyente. En aquel asunto, el TC reprochó a los Tribunales *a quo* no haber dado «en ningún momento la oportunidad de llevarla a cabo [la prueba] a través de los cauces procesales oportunos [...] y ligando a la falta de acreditación del contenido y vigencia del Derecho inglés la desestimación de su pretensión» (FJ 6). Es decir, lo que vulnera el derecho fundamental no es la desestimación de la pretensión, sino haber frustrado (como en el supuesto de la STC 10/2000, de 17 de enero) la posibilidad de acreditar el Derecho extranjero¹¹³.

2. DOS SUPUESTOS

Ahora bien, ninguna de estas tres posibilidades es la más adecuada *a priori* para todos los supuestos. Para decidir en qué medida procede una u otra hay que examinar la naturaleza del objeto del proceso y ponderar qué rol asigna el legislador a cada uno de los intervinientes en el. Es decir: lo trascendente para decidir cómo actuar cuando fracasa la acreditación del Derecho extranjero es si la materia está o no a disposición de los litigantes. Eso distingue e intensifica el deber del Estado de intervenir con brío o, simplemente

¹¹¹ Cfr. BANACLOCHE PALAO y CUBILLO LÓPEZ, 2023, pp. 168 ss.

¹¹² STS (Sala I) 722/2009, de 23 de marzo, FJ 4.

¹¹³ El VP (Sr. CONDE MARTÍN DE HIJAS) a la STC 33/2002, de 11 de febrero, estima que ambos supuestos no son, sin embargo, comparables.

te, de abstenerse (desestimando, con fuerza de cosa juzgada, la pretensión que no ha podido ser suficientemente concretada en juicio)¹¹⁴.

2.1 Objetos de interés público: primero Derecho extranjero y, si no, *lex fori*

Si en la resolución del pleito concurre un interés público la solución exige que el Tribunal investigue el Derecho extranjero y lo aplique. Cuando eso no sea posible (por ser demasiado caro, por ejemplo, recurriendo incluso al art. 35.1 LJCI), *debe* (y no solo puede como dice el artículo 33.3 LJCI) el Tribunal aplicar la *lex fori*¹¹⁵. Este es el sentido, como he señalado antes, que subyace en la locución *con carácter excepcional* del art. 33.3 LJCI. El artículo 100.2 LRC («La falta de acreditación del contenido y vigencia del ordenamiento extranjero supondrá la denegación de la inscripción») puede hacer pensar que la solución correcta, incluso cuando concurre un interés público (estado civil), es la desestimación de la pretensión. Sin embargo, la previsión del artículo 100.2 LRC no puede hacerse universal, pues este no se ocupa de la actuación jurisdiccional del Derecho y, por tanto, la denegación de la inscripción que prevé está sometida a posteriores controles (arts. 85 ss. LRC) en que la decisión puede modalizarse por motivos imponderables para el Encargado del Registro. Es decir, que la LRC opte por negar la inscripción solicitada (*desestimar la pretensión*, digamos) no es indicio suficiente para pensar que también deben los órganos judiciales seguir esa tendencia cuando el objeto del litigio sea de interés público. A pensar eso conduce el artículo 67.1 fr. 2 TRLGDCU: «Cuando no se haya podido determinar el contenido de la ley extranjera, se aplicará subsidiariamente la ley material española»¹¹⁶. La norma, directamente dirigida al Juez, obliga a aplicar la *lex fori* si no ha sido posible acreditar la norma extranjera en un asunto de interés público, como es la tutela del consumidor o usuario. Y esta solución, consistente en aplicar la *lex fori*, parece también la más correcta cuando en el litigio está involucrado un

¹¹⁴ DIAGO DIAGO, *AEIPr*, 2017, p. 552. Otros autores han mantenido

¹¹⁵ Esto es claro en el Derecho belga. Así, el art 15 § 2 fr. 2 del Código belga de Derecho internacional privado: «*Lorsqu'il est manifestement impossible d'établir le contenu du droit étranger en temps utile, il est fait application du droit belge*». Lo mismo prevé el artículo 16.2 de la Ley suiza sobre Derecho internacional privado, de 18 de diciembre de 1987; o el artículo 14.2. fr. 2 de la Ley italiana de 31 de mayo de 1995. Más referencias a otros Derechos hay en: AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, *Justicia*, 1989, pp. 88 ss.

¹¹⁶ La jurisprudencia también entiende procedente esa solución cuando se trata de supuestos en que las partes no eligen la norma aplicable. Así sucede con los accidentes de tráfico. *Cfr.* SAP Barcelona (Secc. 11.ª) 536/2023, de 5 de octubre, FJ 1.

menor: en tutela de su interés superior (art. 2.4.II LO 1/1996), deberá el Tribunal aplicar el Derecho español y garantizar, si eso es lo mejor para él, que la pretensión que hace valer encontrará respuesta concreta y no, simplemente, la desestimación. Ya ha hecho notar esa circunstancia el TC respecto del derecho del menor a ser oído y escuchado (art. 9 LO 1/1996), que comporta la relativa obligación del Estado de hacerlo real. El Estado debe, incluso, «atemperar la rigidez de algunas normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros e incluso derechos y principios constitucionales»¹¹⁷. Con severidad lo ha expresado también la STC 178/2020, de 14 de diciembre:

«[...] en atención al papel que tiene encomendado al principio constitucionalmente impuesto a todos los poderes públicos de proveer a la protección del menor, no cabe duda de que su aplicación prima sobre la de cualquier norma procesal relativa a una posible preclusión o extemporaneidad de pretensiones» (FJ 3)¹¹⁸.

Se entiende, por tanto, que el TS haya estimado procedente la aplicación de la *lex fori* cuando hay un menor involucrado¹¹⁹. Aunque la aplicación de la *lex fori* es lo habitual, en este particular supuesto está justificado y aunque se ha aducido que esta forzosa aplicación del Derecho español es contraria a las cargas de las partes de acreditar el Derecho extranjero¹²⁰ (y también a la imperatividad del art. 12.6 CC), estas cargas y previsiones solo pueden entenderse relevantes cuando el asunto no es de interés público (*cf. infra*). Si hay interés público, que las partes desatiendan sus cargas y asuman las consecuencias negativas correspondientes, no exime al Estado (*social*: art. 1.1 CE) de cumplir su deber de intervenir con toda intensidad en una controversia que afecta al interés público.

2.2 Objetos meramente privados: desestimación de la pretensión

Ahora bien, cuando en el pleito se discute una cuestión meramente privada, la aplicación automática del Derecho español (es decir, si ninguna parte lo pide) es un derroche de coacción estatal y una denegación de justicia para una de ellas (como mínimo)¹²¹.

¹¹⁷ STC 130/2022, de 24 de octubre, FJ 5; y STC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2 y las que allí se citan.

¹¹⁸ El TS ha admitido incluso, la posibilidad de admitir prueba documental durante la sustanciación del recurso de casación (STS [Sala I] 308/2022, de 19 de abril, FJ 2).

¹¹⁹ Así sucede en el supuesto del ATS (Sala I) s/n. de 18 de marzo de 2015, FJ 2.

¹²⁰ YBARRA BORES, *CDT*, 2022, p. 536.

¹²¹ Y, desde luego, no lo impone así el artículo 281.2 LEC, como mantiene la SAP Pontevedra (Secc. 3.ª) 442/2023, de 14 de septiembre, FJ 6. Optan por esta solución, tam-

Acierta, por tanto, la SAP Santa Cruz de Tenerife (Secc. 1.^a) 314/2020, de 16 de julio cuando pone de relieve lo siguiente:

«[...] la parte demandada no ha probado ni la vigencia, aplicación e interpretación siquiera sistemática de la aplicación de la Ley inglesa a través de peritos-jurisconsultos que puede hacerse en el Reino Unido, ni un documento legalizado y traducidos o auténtico, a la vez que este Tribunal entiende que, al no tratarse de un proceso especial por la materia o de orden público no cabe aplicación de oficio del derecho extranjero» (FJ 3).

No se trata, como mantiene CALVO CARAVACA, de una opción «radicalmente *contra legem*»¹²², como sí lo es la inadmisión de la demanda cuando no se ha acreditado el Derecho extranjero aplicable, pues la Ley no prevé que toda cuestión a acreditar se resuelva desde las alegaciones iniciales¹²³. El artículo 265.1.1.º LEC exige aportar los documentos «en que las partes funden su derecho a la tutela judicial que pretenden», pero no puede entenderse conforme al principio *pro actione* (art. 11.3 LOPJ) la inadmisión de la demanda que, además, solo sucede en casos excepcionales (*cf.*, por ejemplo, arts. 266, 269.2, 403.2 o 439.2.3.º LEC) y tras la oportuna posibilidad de subsanar el defecto (art. 404.2.2 LEC). Eso no impide valorar positivamente que una de las partes aporte un principio de prueba del Derecho extranjero con la demanda (STC 10/2000, de 17 de enero, FJ 4), pero no se sigue de ahí que la parte esté obligada a agotar toda su posibilidad de *prueba* en un momento procesal en que no se practica prueba alguna. Cuestión distinta sería que ya en la demanda la pretensión apareciera manifiestamente como insostenible, por ejemplo, por fundarse en el Derecho de la antigua Atenas. Solo está obligado el Tribunal a ocuparse de una pretensión (formulada en demanda, por ejemplo), cuando no sea total y radicalmente infundada. En este sentido, el modelo del artículo 32 de la Ley 1/1996 (que lleva por título «Insostenibilidad de la pretensión») es plenamente razonable¹²⁴.

bién, otras resoluciones como la SAP Toledo (Secc. 1.^a) 696/2023, de 27 de julio, FJ 3. En este mismo sentido, y asumiendo la «aconstitucionalidad» del art. 281.2 LEC: MIRALLES SANGRO, 2007, p. 179 (entre otras).

¹²² CALVO CARAVACA, *REDI*, 2016, p. 148.

¹²³ Algunos autores mantienen que la inadmisión sería, sin embargo, razonable (aunque no admisible porque el Derecho no lo prevé: DIAGO DIAGO, *AEIPr*, 2017, p. 548).

¹²⁴ Algunos autores han tratado, de hecho, de exigir para la *admisión* de la demanda un criterio similar al que hoy contiene el artículo 32 de la Ley 1/1996. Así: SAUER, 1951, p. 212. En otras normas procesales españolas es perceptible la misma tendencia (*cf.*: art. 51.1 y 3 LJCA; y, respecto del proceso penal, la cláusula del art. 410 LOPJ, que prevé recabar los antecedentes oportunos antes de admitir una querrela contra un Juez o Magistrado que conoce de su asunto, para determinar «la relevancia penal de los hechos objeto de la misma o la verosimilitud de la imputación»). Lo mismo sucede en algunas normas procesales europeas (*cf.*: art. 7.7 de la Directiva 2020/1828, de 25 de noviembre).

a) DECISIÓN CONFORME A LAS NORMAS DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Cuando no acreditan las partes el Derecho extranjero en su controversia privada, deben estimarse aplicables analógicamente las normas sobre carga de la prueba, pues «(c)uanto menos importante es el asunto, más «formalmente» puede ser aprehendida la verdad, hacerse dependiente de reglas de prueba, presunciones y vinculaciones de todo tipo»¹²⁵. Y así, con arreglo al artículo 217.1 LEC, se desestimarán las pretensiones cuyo fundamento no fue acreditado por quien debía hacerlo¹²⁶. A pensar lo mismo induce el artículo 424.2 LEC, que ordena sobreseer el pleito «si no fuese en absoluto posible determinar en qué consisten las pretensiones del actor o, en su caso, del demandado en la reconvencción, o frente a qué sujetos jurídicos se formulan las pretensiones». El espíritu de esas normas es el que subyace en la solución que propongo: cuando quien solicita la actuación de su pretensión no logra (o no quiere) determinar verdaderamente qué reclama del Estado y con qué sustento, una resolución desestimatoria no puede entenderse lesiva de ningún derecho fundamental si no hay interés público alguno en la controversia¹²⁷. Y esto es razonable si se considera que este litigio meramente privado no comenzó de oficio (como sí puede suceder con los tratados antes: *cf.* art. 757.2 LEC) y, por tanto, solo se ha llegado *voluntariamente* a esa situación patológica. No se trata, cuando el pleito es meramente privado, de sustituir con los recursos públicos la falta de diligencia o impericia de las partes: si no consiguieron o no quisieron acreditar el Derecho extranjero aplicable, las normas de la carga de la prueba *son lo que hay* o, mejor, *son lo que sabían que habría*. Esta solución es, además, la única verdaderamente justa con la función preventiva que cumplen las reglas de la carga de la prueba: «La carga de la prueba es una advertencia y genera respeto frente a los procesos, pues es, de hecho, una «carga» que nadie quiere asumir, pues es incierto si, en un futuro incierto y frente a personas indeterminadas, podrá satisfacerse»¹²⁸. No hay aquí, entonces, denegación de justicia para quien no cumplió con las cargas que conocía que debía cumplir. Lo ha expresado con corrección, creo, el VP de Conde Martín de Hijas a la STC 33/2002, de 11 de febrero:

«En el marco de la regulación de ese proceso [el laboral] es lógico entender que la parte demandante debe estar preparada para

¹²⁵ SAUER, 1951, p. 105.

¹²⁶ CARRASCOSA GONZÁLEZ, *RFSCJE*, 2006, ap. 7.

¹²⁷ *Cfr.* STEIN, 1893, p. 180.

¹²⁸ SAUER, 1951, p. 175.

salir al paso de las posibles alegaciones de la parte contraria y para aportar los medios de prueba adecuados para desvirtuarlas, o para fundar su pretensión, pese a ellas. Y no parece que en un proceso, en el que la demandante es una ciudadana inglesa, la demanda una empresa de esa misma nacionalidad y la bases de sus relaciones un contrato de trabajo, cuyas partes se someten a la legislación inglesa, la posible alegación por parte de la demandada de que la normativa aplicable no es la española, alegada por la actora, sino la inglesa, pueda considerarse algo imprevisible, en razón de cuya imprevisibilidad pueda exonerar a la parte del rigor de la necesidad de la prueba de esa normativa [...].»

Tampoco se trata de dar a las partes *cualquier tutela judicial efectiva* (conforme al Derecho extranjero o conforme a la *lex fori*) como parecen proponer CALVO CARAVACA¹²⁹ o CUARTERO RUBIO¹³⁰, sino de dar (o no) a las partes una tutela razonable *en el contexto de lo que han pretendido*. Obviar eso supone admitir, correlativamente, que el proceso judicial está llamado a dar soluciones provisionales o, en realidad, cualquier clase de solución que calme a las partes. Sin embargo, «(e)l Juez no puede asemejarse al médico que solo prescribe un calmante; el Juez debe enfrentarse a la raíz del dolor y esforzarse por eliminarlo»¹³¹. Ofrecer *a priori* una solución legefórista no puede entenderse conforme con la obligación del Estado (del Juez) de resolver verdaderamente la controversia.

Creo que un ejemplo puede aclarar mi postura: las partes han pactado la aplicación del Derecho de la nación X, conforme al cual las acciones personales sin plazo especial prescriben a los 10 años. Interpuesta la demanda a los 14 años, el demandado alega que la acción está prescrita conforme al Derecho de aquella nación. Ahora bien, si ambos fracasan en sus cargas, el Tribunal aplicará –según la solución legefórista– el Derecho español y estimará la acción, por entenderla todavía viva (art. 1964.2 fr. 1 CC). Es decir, evitar la *denegación de Justicia* aplicando la *lex fori* (lo que tanto el CGPJ¹³² como el Consejo de Estado¹³³ y el Consejo Fiscal¹³⁴ estiman positivo), en realidad solo lo es para una parte. En este ejemplo, no

¹²⁹ CALVO CARAVACA, *REDI*, 2016, p. 146.

¹³⁰ CUARTERO RUBIO, *DPC*, 2000, p. 46.

¹³¹ SAUER, 1951, p. 4.

¹³² Informe del CGPJ, de 30 de septiembre de 2014, al Anteproyecto de Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, p. 27.

¹³³ Dictamen del Consejo de Estado, de 26 de marzo de 2015, sobre el Anteproyecto de ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, Consideración 5.ª, ap. R).

¹³⁴ Informe del Consejo Fiscal, de 25 de septiembre de 2014, sobre el Anteproyecto de Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, p. 13.

habrá denegación de justicia para el demandante, pero sí para el demandado. El principio *favor actionis* (que parecería aquí «aconsejar una decisión sobre el fondo razonable y ajustada al sistema de fuentes»¹³⁵) no puede hacerse real en perjuicio *injustificado* de una parte. Acierta STEIN, por tanto, cuando mantiene que estimar aplicable la *lex fori* cuando no se puede acreditar el Derecho extranjero (y cuando no hay interés público, agrego yo modestamente) es una aseveración arbitraria¹³⁶. Es decir, aunque una decisión sobre el fondo es el resultado deseable (y el que mejor realiza *a priori* el espíritu del art. 24.1 CE)¹³⁷, no creo que aquella pueda conseguirse a cualquier precio¹³⁸.

b) LOS INCONVENIENTES DE BUSCAR UN DERECHO *PARIENTE*

Por ese mismo motivo, tampoco es razonable la aplicación de un Derecho pariente o cercano al que no ha quedado acreditado para evitar aplicar la *lex fori*¹³⁹. Esa tesis suscita, además, otros inconvenientes: ¿cuál es verdaderamente ese Derecho pariente o cercano? En el entorno europeo puede parecer relativamente sencilla esa solución (y si se fracasa en la acreditación del Derecho belga, es posible que, por ejemplo, las normas del Derecho francés ofrezcan una solución similar). Pero ¿con qué grado de exactitud se puede determinar esa cercanía entre ordenamientos que son totalmente desconocidos para el operador español medio? Los problemas se trasladarían del Derecho extranjero no acreditado por las partes, al Derecho extranjero que el Tribunal cree pariente de ese. Entonces, como ya se ha dicho con razón: «(n)o hace falta excesiva imaginación para comprender los riesgos que esa *praesumptio similitudinis* comporta»¹⁴⁰.

¹³⁵ CUARTERO RUBIO, *DPC*, 2000, p. 37.

¹³⁶ STEIN, 1893, p. 180, nota 15.

¹³⁷ CUARTERO RUBIO, *DPC*, 2000, pp. 51 y 52.

¹³⁸ PICÓ I JUNOY, *Justicia*, 2011, p. 73, que hace notar la cuestión respecto de las dilaciones indebidas que podría causar la averiguación del Derecho extranjero. Es decir: mejor tardar un poco más y aplicar la norma correspondiente, que resolver *rápido y mal*.

¹³⁹ YBARRA BORES, *CDT*, 2022, p. 539. *Cfr.* también: PÉREZ VOITURIEZ, *AEDIPr*, 2001, pp. 442 y 443; HAMBURGER LEITLINIEN, 2023, p. 19 (§ 7.2); o DÖLLE, *GRU*, 1957, p. 60. En contra y con razón: ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, 2004, p. 100. Más referencias y críticas en: AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, *Justicia*, 1989, pp. 121 ss.

¹⁴⁰ HERRERO RUBIO, *ADI*, 1977 - 1978, p. 167. En el mismo sentido: CALVO CARAVACA, *REDI*, 2016, p. 154, que califica de «solución muy insegura que impide que las partes conozcan con antelación el contenido de las soluciones legales aplicables» tanto del *Mutterrecht* como del *Ersatzrecht*. Problemas advierte también, con detalle, CUARTERO RUBIO, *DPC*, 2000, pp. 41 ss.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. El Derecho extranjero no deja de ser Derecho por recibir, en el proceso civil español, un tratamiento similar al de los hechos. Puede ser acreditado por todos los medios de fijación de hechos admisibles (aunque unos sean *a priori* más idóneos que otros).

2. El Juez puede fundar su resolución en el conocimiento privado que tenga del Derecho extranjero, siempre que lo ponga tempestivamente de relieve a las partes, de modo que la decisión no sea sorpresiva (con lo que se garantizan los derechos procesales y materiales de las partes y se ahorran recursos, que se desperdiciarían en probar algo que el Juez ya sabe).

3. Las diligencias finales no son medio idóneo para acreditar el Derecho extranjero que debió haber sido fijado en momentos anteriores del proceso. No puede recurrirse a ellas torticeramente para intentar subsanar –sorteando de mala fe las reglas de la preclusión– una omisión que, cuando no hay interés público alguno en liza, se decide con arreglo a las normas de carga de la prueba (no decaídas en esta materia, desde luego, con la derogación del art. 12.6.II CC, cuyo contenido pasa a la LEC).

4. Cuando las partes fracasan en la acreditación del Derecho extranjero, hay tres conocidas posibilidades (dejando de lado la inadmisión o la resolución por equidad): investigar de oficio y aplicar el Derecho extranjero; aplicar la *lex fori*; y desestimar la demanda. Para determinar qué solución es preferible en el caso concreto hay que distinguir:

- Si en el asunto se ventila un interés público, entonces deberá investigarse de oficio el Derecho extranjero (extremando esfuerzos) y, si consigue el Tribunal conocerlo suficientemente (o presumirlo con un razonable grado de acierto), aplicarlo. Si fracasa en esa tarea, debe aplicar la *lex fori*, especialmente si está involucrado el interés superior de un menor o de una persona con discapacidad necesitada de apoyo (le haya sido provisto o no).
- Si, por el contrario, no hay interés público en el asunto, entonces las partes deberán pechar con las consecuencias que las reglas de la carga de la prueba prevén cuando no han logrado acreditar lo que convenía a su posición.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano: «La ausencia de prueba del derecho extranjero», *Justicia: Revista de Derecho procesal*, núm. 1, 1989, pp. 73 ss.
- «La prueba del derecho extranjero ante los Tribunales españoles», *Revista general de Derecho*, núm. 541-542, 1989, pp. 6247 ss.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: «La prueba del Derecho consuetudinario», *Estudios de Derecho procesal*, Góngora, Madrid, 1934, pp. 429 ss.
- ALOMAR MARTÍN, Carmen Dolores: «Alegación y prueba del Derecho extranjero: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2021», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14, núm. 1, 2022, pp. 560 ss.
- ALONSO FURELOS, Juan Manuel: «Evolución histórica de la aplicación del derecho extranjero en el proceso civil español», *Revista de Derecho UNED*, núm. 22, 2018, pp. 41 ss.
- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaume: *Las normas jurídicas como objeto de prueba. Tratamiento del derecho extranjero y de la costumbre en el derecho civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- ÁLVAREZ AGOUÉS, Laura: «Control de oficio de la competencia judicial internacional, determinación de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial y concreción del alcance y carga de la prueba del Derecho extranjero. A propósito de la sentencia núm. 1402/2021 de la Audiencia Provincial de Málaga», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14, núm., 2022, pp. 916 ss.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «La aplicación judicial del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LIV, núm. 1, 2002, pp. 205 ss.
- BELINTXON MARTÍN, Unai: «Comentario al Auto de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 4.ª), núm. 54/2018, de 10 de abril. Un apunte sobre la prueba del Derecho extranjero en un procedimiento de medidas cautelares», *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 11, núm. 1, 2019, pp. 685 ss.
- BENEYTO, Kilian: «Prueba e información del derecho extranjero», en JIMÉNEZ FORTEA, F. J. (COORD.), *La cooperación jurídica internacional civil y mercantil más allá de la UE*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 157 ss.
- BROGGINI, Gerardo: «Die Maxime, iura novit curia» und das ausländische Recht – Ein Beitrag zur Präzisierung des § 293 ZPO», *Archiv für die civilistische Praxis*, núm. 155, 1956, pp. 469 ss.
- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis: «La aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Consideraciones críticas», *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, 2016, pp. 133 ss.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: «Cinco años después de la LEC 1/2000: algunos interrogantes en torno a la prueba del derecho extranjero», *Revista de la Facultad de Sociales y Jurídicas de Elche*, Vol. I, núm. 1, 2006, pp. 1 ss.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: *Derecho internacional privado*, Tecnos, Madrid, 1971.
- CERRATO GURI, Elisabet: «El problema de la carga de la prueba del Derecho extranjero», *Justicia-Revista de Derecho procesal*, núm. 1-2, 2011, pp. 97 ss.
- «La prueba del derecho extranjero: un problema que sigue sin resolverse», *Justicia-Revista de Derecho procesal*, núm. 1, 2016, pp. 303 ss.
- CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA CON LAS NOTAS DE VÉLEZ SANSFIELD Y LEYES Y DECRETOS COMPLEMENTARIOS, Ed. al cuidado de Luis Alberto Estivill, Editor Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1975.

- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho procesal civil internacional (ordenamiento español)*, EDERSA, Madrid, 1981.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, y MORENO CATENA, Víctor, *Derecho procesal civil. Parte general*, 12.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- CUARTERO RUBIO, María Victoria: «Prueba del derecho extranjero y tutela judicial efectiva», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 14, 2000, pp. 21 ss.
- DIAGO DIAGO, María del Pilar: «La prueba del Derecho extranjero tras la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo XVII, 2017, pp. 533 ss.
- DÖLLE, Hans: «Über die Anwendung fremden Rechts», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, s/n., 1957, pp. 56 ss.
- ESPINAR VICENTE, José María: *Tratado elemental de Derecho internacional privado*, Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 2008.
- ESPLUGUES MOTA, Carlos: «La aplicación del Derecho extranjero en Iberoamérica y la Unión Europea: paralelismos desde la diferencia», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 31, 2021, pp. 14 ss.
- ESPLUGUES MOTA, Carlos, y PALAO MORENO, Guillermo: *Derecho internacional privado*, 17.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, Ana (dir.): *Comentario a la ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Wolters Kluwer – Bosch, Barcelona, 2017. [Cit. por autor].
- GONZÁLEZ GRANDA, Piedad: «¿Falta de interés casacional en la aplicación judicial del Derecho extranjero? La doctrina jurisprudencial dominante y el problema del interés casacional», *Justicia-Revista de Derecho procesal*, núm. 1, 2021, pp. 19 ss.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo: «Tratamiento procesal del Derecho extranjero en el Título Preliminar del Código Civil», *Anuario Español de Derecho Internacional*, núm. 2, 1975, pp. 43 ss.
- HAMBURGER LEITLINIEN ZUR ERMITTLUNG UND ANWENDUNG AUSLÄNDISCHEN RECHTS IN DEUTSCHEN VERFAHREN FÜR GERICHTE, *Sachverständige und Parteien*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, 2023.
- HERRERO RUBIO, Alejandro: «Problemática de la aplicación del Derecho extranjero», *Anuario de Derecho Internacional*, núm. 4, 1977 - 1978, pp. 137 ss.
- JUNKER, Abbo: *Internationales Privatrecht*, 4. Aufl., C.H. Beck, München, 2021.
- LAGENBECK, Wilhelm, «Ueber das Wesen der Notorietät und ihre Bedeutung im Civilprozesse», *Zeitschrift für Zivilprozess*, Vol.4, 1882, pp. 470 ss.
- MARTÍN OSTOS, José, «Artículo 281», *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, Lex Nova, Valladolid, 2000.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando. Pedro y PALAO MORENO, Guillermo (dirs.): *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Registradores de España – Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. [Cit. por autor].
- MIRALLES SANGRO, Pedro Pablo: *Aplicación del Derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, Dykinson, Madrid, 2007.
- MORENO CATENA, Víctor: «Artículo 281. Objeto y necesidad de la prueba», en ESCRIBANO MORA, Fernando (coord.) *et al.*, *El proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- MORÓN PALOMINO, Manuel: «Problemática del derecho extranjero en casación», *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 18, 2, 2001, pp. 383 ss.
- MUÑOZ ARANGUREN, Arturo: «Bodum USA, Inc. v. La Cafetière, Inc. — Tres apuntes sobre la prueba del Derecho extranjero, los remedios ante el incum-

- plimiento contractual y el concepto de «efficient breach»», *InDret*, núm. 2/2012, pp. 1 ss.
- ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso: *Alegación y medios de prueba del Derecho extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- PARDO IRANZO, Virginia: «Cooperación jurídica internacional en materia civil: problemática general tres años y medio después de la entrada en vigor de la Ley 29/2015», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 48, 2019, pp. 1 ss.
- PÉREZ VOITURIEZ, Antonio: «La nueva Ley de enjuiciamiento civil en la aplicación del Derecho extranjero», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, 2001, pp. 435 ss.
- PICÓ I JUNOY, Joan: «Causas de la falta de aplicación del Derecho extranjero», *Justicia – Revista de Derecho procesal*, núms. 1 - 2, 2011, pp. 67 ss.
- PRIDA, Joaquín: *Derecho internacional privado*, Imprenta, Librería, Heliografía y Fotgrabados de José Manuel de la Cuesta, Valladolid, 1896.
- PRIETO CASTRO, Leonardo: *Derecho procesal civil*, Tomo I, Librería General, Zaragoza, 1946.
- RAMOS MÉNDEZ, F.: «La prueba del derecho extranjero», *Revista jurídica de Cataluña*, Vol. 79, núm. 3, 1980, pp. 659 ss.
- RODRÍGUEZ BENOT, Andrés: «La Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 8, núm. 1, 2016, pp. 234 ss.
- SAUER, Wilhelm: *Grundlagen des Prozeßrechts*, Verlag von Ferdinand Enke, Stuttgart, 1929 (reimpr. en Scientia Verlag, Aalen, 1970).
- *Allgemeine Prozessrechtslehre – Zugleich eine systematische Schulung der zivilistischen und der kriminalistischen Praxis*, Berlin – Detmold – Köln – München, 1951.
- SILBERZAHN, Cathrin: *Das Konzept einer allgemeinen Prozessrechtslehre in Gesetzgebung und Rechtsdogmatik – Eine analyse ausgewählter prozessualer Institute*, Duncker & Humblot, Berlin, 2021.
- STEIN, Friedrich: *Das private Wissen des Richters – Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, Verlag von C. L. Hirschfeld, Leipzig, 1893 [Hay traducción al español de Andrés DE LA OLIVA SANTOS, (3.ª ed., Temis, Bogotá, 2018)].
- TORRES CAMPOS, Manuel: *Principios de Derecho internacional privado o de Derecho extraterritorial de Europa y América*, Imprenta de Santiago Arranz y Compañía, Madrid, 1883.
- YBARRA BORES, Alfonso: «La prueba del Derecho extranjero y el artículo 33.3 de la Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional en materia civil», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14, núm. 1, 2022, pp. 525 ss.
- YBARRA BORES, Alfonso, y RODRÍGUEZ BENOT, Andrés: «Las nuevas reglas sobre información y prueba del derecho extranjero en el sistema español de derecho internacional privado», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 49, núm. 150, 2017, pp. 1351 ss.
- WEGHER OSCI, Florencia Soledad: «Da mihi factum dabo tibi ius. Notas sobre la aplicación del derecho extranjero en casos iusprivatistas multinacionales y su vinculación con el acceso a la justicia en el Código Civil y Comercial de la República Argentina», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIX, 2019, pp. 483 ss.