

# CUESTIONES PRÁCTICAS ACERCA DEL RÉGIMEN DE ALEGACIÓN Y PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO EN ESPAÑA

---

ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ

PROFESOR DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UNIVERSIDAD MIGUEL  
HERNÁNDEZ DE ELCHE

1. Después de largos años de paz sobre la cuestión de la “prueba del Derecho extranjero”, una vez entrada en vigor la LEC 1/2000, surgieron diversas tesis, algunas muy dispares, motivadas en gran medida por los silencios de la mentada ley procesal y la tácita flexibilidad otorgada por este “sistema abierto” que mezcla la regulación legal con la jurisprudencial, dotando de mayor maniobrabilidad a la propia interpretación de las concretas situaciones privadas internacionales, y así adaptar los hechos concretos con el continuo y cambiante contexto de la globalización propia de este siglo.

Para clarificar la situación actual sobre la prueba del Derecho extranjero en los tribunales españoles es necesario iniciar una lectura pormenorizada del art. 281 LEC donde nos posiciona la prueba del Derecho extranjero fuera de los hechos procesales, y de donde se extrae que “el Derecho extranjero debe probarse en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el Tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación”.

2. Partiendo de esta premisa básica, debemos contestar ahora a la siguiente pregunta: ¿cómo debe probarse?

En principio, en materia de aportación de pruebas, la LEC opta por el principio de aportación de parte, existen, a nuestro juicio, excepciones que pueden desembocar en la decisión de acordar de oficio la práctica de pruebas determinadas o la aportación documental cuando lo establezca la ley. El propio art. 281.2 LEC dice: "Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley".

La STS de 13 de abril de 2000, dice que "los órganos judiciales tienen la facultad pero no la obligación, de colaborar con los medios de averiguación que consideren necesarios", por lo que el art. 281.2 LEC, constituye una norma meramente potestativa de modo que si bien permite al juzgador a averiguar por todos los medios que estime necesarios el Derecho extranjero aplicable, no le obliga a ello. Existen distintos mecanismos previstos en convenios internacionales que permite al tribunal acreditar el Derecho extranjero (la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, hecha en Montevideo el 8 mayo 1979. -Instrumento de Adhesión de España del 10 de diciembre de 1987-, el Convenio europeo acerca de la Información sobre el Derecho extranjero de 7 de junio de 1968. -Instrumento de adhesión de 2 de octubre de 1973 de España- y Protocolo adicional al Convenio europeo acerca de la información sobre Derecho extranjero, hecho en Estrasburgo el 15 de marzo de 1978, el Convenio Europeo acerca de la información sobre el Derecho extranjero hecho en Londres el 7 de Junio de 1968, así como diferentes convenios bilaterales con distintos países como Méjico, Marruecos, Republica Checa, China, Bulgaria, Brasil, etc.).

3. 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". Interpretando este precepto, la Jurisprudencia ha sentado lo siguiente [STSJ Madrid (Sala de lo Social) 11 enero 1999]:

1) Quien invoca el Derecho extranjero deberá “acreditar en juicio la existencia de la legislación que solicita, la vigencia de la misma, y su aplicación al caso litigioso” -SSTS (Civil) 3 febrero 1975 y 31 diciembre 1994. Pues se razona que “la aplicación del Derecho extranjero es una cuestión de hecho, y como tal ha de ser alegada y probada por la parte que lo invoca” -SSTS (Civil) 28 octubre 1968, 4 octubre 1982, 15 marzo 1984, 12 enero 1989, 11 mayo 1989, 7 septiembre 1990 y 3 marzo 1997-.

2) Se estructura a nivel legal y jurisprudencial: una amplia facultad investigadora tiene el juez de instancia a la hora de determinar el Derecho extranjero aplicable, no quedando vinculado por las aportaciones de las partes. Así, la importante STS (Civil) de 3 marzo de 1997 razona que: “Aunque en sentido genérico se habla, en efecto, de la prueba del Derecho extranjero, criterio que responde en España a una tradición que arranca de la L. 18, Tít. 14 de la Partida 3<sup>a</sup>, la evolución doctrinal y jurisprudencial nunca equiparó en sentido estricto la prueba del Derecho extranjero con la prueba de los hechos, pues se ha entendido que no son supuestos idénticos la justificación o acreditación de la norma extranjera y la prueba de los hechos. Se ha hecho notar, en este sentido, que el iura novit curia, aun atenuado respecto del Derecho extranjero no se excluye como principio en cuanto al conocimiento de las normas no nacionales, si bien las partes deben cooperar con el juez en la busca de la norma extranjera suministrándole los medios de conocimiento, de manera que más que una actividad probatoria en sentido estricto se trata de una colaboración entre las partes y el órgano. En nuestro sistema procesal vigente, tras la redacción del Título Preliminar del CC, el artículo 12.6 deja claro: a) que la norma extranjera se ‘acredita’; b) que en su función de aplicador el Juzgador puede valerse de cuantos instrumentos de averiguación considere oportunos. El término ‘acreditar’ no está empleado de manera vulgar, sino en sentido técnico, lo cual significa que no es necesario que la verificación o comprobación del contenido y vigencia de la norma extranjera se ajuste a las reglas de la prueba rigurosa, sino que responde a los postulados más abiertos de la prueba denominada doctrinalmente ‘libre’, o en otras palabras, prueba que presupone la libertad de medios probatorios (siempre que sean lícitos y se obtengan por medios no prohibidos), y la libertad de valoración o apreciación. Si el juzgador, con la aportación de las partes no se considera suficientemente ilustrado debe y puede actuar de oficio e investigar la norma aplicable”.

3) Es posible el uso de las diligencias finales para lograr un conocimiento adecuado del Derecho extranjero aplicable, máxime cuando se alegan normas

extranjeras y se acreditan en forma defectuosa o contradictoria -STS (Civil) 15 noviembre 1996.

4) Cuando el Derecho extranjero no ha quedado probado en forma alguna o con la suficiente claridad o seguridad, lo procedente no es desestimar la demanda, sino aplicar la legislación española -STS (Civil) 11 mayo 1989, 21 junio 1989 y 22 marzo 1994.

Por tanto, para ser eficaces en la prueba del Derecho extranjero será recomendable probar no sólo la exacta entidad del Derecho vigente, sino su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los Tribunales españoles, y todo ello mediante la pertinente documentación fehaciente (así se manifiesta el TS, en S. 25 enero 1999 y la AP Castellón, Sección 3ª, en S. 22 noviembre 2002).

No cabe confundir la prueba de "legislación" vigente en un determinado territorio, con la prueba "del Derecho" aplicable, concepto este referido a la forma en la que la sociedad y los tribunales de aquel lugar solucionan sus conflictos, no siempre mediante la aplicación de legislación formalmente promulgada, lo que, por lo demás, constituye un hecho notorio en aquellos países en los que rige el "common law" [STS (Civil) 24 junio 2010, rec. 1798/2006].

4. En relación con los medios de prueba del Derecho extranjero, entre otras, las SSTS de 4 de julio de 2006 y de 24 de junio de 2010 ponen de relieve la posibilidad de utilizar "todos los medios de prueba a su alcance", que venimos a enumerar:

a) Documentos públicos o intervenidos por fedatarios públicos que pueden aportarse al proceso mediante las correspondientes certificaciones: El documento extendido por fedatario público es el medio de prueba más extendido en nuestros Tribunales, y que aunque venga a determinar la vigencia y contenido, queda limitado por la falta de interpretación y de aplicación de la norma al caso concreto. La propia alusión en la interpretación de la normativa a aplicar, hecho muy necesario en cualquier litigio, va a restar fuerza probatoria y deberemos complementarla.

b) Prueba pericial (art. 335 LEC): informe elaborado por "Expertos en el Derecho Extranjero". Los "expertos" pueden ser tanto del país cuyo Derecho se trata de probar como de otra nacionalidad incluso española (es una buen a

opción acudir a Abogados, Notarios o Profesores de Derecho Internacional Privado). Este es el medio de prueba más completo y que puede y debe probar no sólo la vigencia y contenido del Derecho extranjero sino también su interpretación y aplicación al caso concreto, como complemento a la documental pública.

c) Sobre los documentos privados: debe ser inadmitida la aportación de simples copias de normas seleccionadas, ya sean fotocopiadas o simplemente transcritas y copiadas de Internet; obviamente, no prueban la vigencia y contenido del Derecho aplicable. La aportación de colecciones privadas y textos autorizados de doctrina extranjera puede constituirse como complemento del resto de pruebas sin que pueda constatarse la certeza.

Si las partes “nacionalizan” el supuesto litigioso y simplemente citan simplemente el Derecho español, en nuestra opinión, el tribunal debería dictar una sentencia que desestimando la demanda o reconvenición. Esta tesis, a pesar de no ser la más utilizada por los Juzgados y Tribunales españoles, entendemos que sería la más correcta por varios motivos:

- El Juez no puede aplicar de oficio el Derecho extranjero. La normas de conflicto son imperativas, por lo que cuando la Ley aplicable es extranjera, impide al Juez a resolver con arreglo al Derecho español.

- El Juez, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.

- Elude posible fraude evitando la aplicabilidad de la Ley española por la que las partes simplemente tengan esa voluntad, cuando es imperativa la aplicación del Derecho extranjero.

Si la demanda es planteada incorrectamente y debían fundamentar, alegar y probar el Derecho extranjero, debe desestimarse, pudiendo volverse a instar su pretensión fundándose en el Derecho extranjero aplicable según nuestras normas de conflicto de conformidad con el art. 400 LEC, cuando dice que a efectos de cosa juzgada “los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste”.

En contra de esta tesis, se pronuncia la STS de 4 de julio de 2006 al afirmar que "el Derecho extranjero es tratado como un hecho y por ello debe ser objeto de alegación y prueba, siendo necesario acreditar no sólo la exacta

---

entidad del derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación, de modo que en el caso que ello no se produzca, deberá aplicarse el derecho español”. En el mismo sentido, y de forma mayoritaria en la jurisprudencia de los Tribunales españoles, se pronuncia las SSAP Alicante de 22 de noviembre de 2002 y 12 de mayo de 2005, a cuyo tenor "ha de recordarse el criterio jurisprudencial contenido, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1999, 5 de junio de 2000 y 17 de julio de 2001, según el cual los órganos jurisdiccionales españoles deberán aplicar el Derecho nacional cuando no sea posible fundamentar el fallo con seguridad absoluta en el Derecho extranjero que fuere de aplicación”.

En definitiva, si el Tribunal no se considere debidamente instruido sobre el contenido del derecho extranjero aplicable procederá a resolver la cuestión debatida conforme a las normas de nuestro propio ordenamiento jurídico, por lo que deberemos de planificar nuestra prueba correctamente por la posible, temeraria y contra legem consecuencia de la sustitución del Derecho extranjero por las normas sustantivas de nuestro ordenamiento interno.

# EL DOBLE SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO EN LOS PROCEDIMIENTOS INICIADOS A SOLICITUD DEL INTERESADO

---

LUIS DE LAS HERAS VIVES  
ABOGADO

1. La Exposición de Motivos de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, señala que “En cuanto al silencio administrativo, el artículo 43 prevé como regla general el silencio positivo, exceptuándose sólo cuando una norma con rango de Ley o norma comunitaria europea establezca lo contrario. No podemos olvidar que cuando se regula el silencio, en realidad se está tratando de establecer medidas preventivas contra patologías del procedimiento ajenas al correcto funcionamiento de la Administración que diseña la propia Ley. Pues bien, esta situación de falta de respuesta por la Administración nunca puede causar perjuicios innecesarios al ciudadano, sino que, equilibrando los intereses en presencia, normalmente debe hacer valer el interés de quien ha cumplido con las obligaciones legalmente impuestas”.

De ello podemos extraer dos ideas esenciales;

En primer lugar, existe una clara intención por parte del legislador de luchar contra la inactividad de la administración, y, en segundo lugar, en caso de