

APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO EXTRANJERO EN ESPAÑA. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Alfonso-Luis CALVO CARAVACA *

Catedrático de Derecho internacional privado
Instituto Alonso Martínez de Justicia y Litigación
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: 1. APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO EXTRANJERO. UNA CUESTIÓN VALORATIVA MÁS QUE UNA CUESTIÓN TÉCNICA.—2. PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO: EL SILENCIO EUROPEO.—3. MODELOS REGULATIVOS DE LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO.—3.1. Aspectos generales.—3.2. Modelo regulativo seguido en España. Los tres cuerpos legales.—3.3. Impacto de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.—4. LA CUESTIÓN CRUCIAL: *QUID FACERE* EN CASO DE FALTA DE PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO Y EL ART. 33 LCJIMC.—4.1. Prueba imposible del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto española o europea.—4.2. Falta de prueba del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto española o europea por carencia de voluntad de los litigantes.—5. RE-FLEXIÓN FINAL.

1. APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO EXTRANJERO. UNA CUESTIÓN VALORATIVA MÁS QUE UNA CUESTIÓN TÉCNICA

1. El régimen jurídico de la prueba del Derecho extranjero ante los tribunales estatales que conocen de un supuesto litigioso de DIPr ha sido siempre una cuestión extremadamente delicada¹. Como dejó escrito con clarividencia R. David en su ya más que clásico estudio, es claro que un sistema de DIPr

* Catedrático de DIPr en las Universidades de Murcia (1985-1992) y Carlos III de Madrid (desde 1992). Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación (Sección Civil) (2005). Titular Member de la International Academy of Comparative Law (IACL) (2015). Codirector de Cuadernos de Derecho Transnacional (www.uc3m.es/cdt) (desde 2009). Publicaciones recientes: *Derecho Internacional Privado*, 16.^a ed., 2 vols., Granada, Comares, 2016 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ *et al.*); *The European Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016 (con A. DAVI, H. P. MANSEL *et al.*). Correo-e : alfonsoluis.calvo@uc3m.es.

¹ Los trabajos de la doctrina española sobre la prueba del Derecho extranjero, los modelos regulativos a seguir y las propuestas sobre el *quid facere* en caso de falta de prueba del Derecho extranjero designado por la norma de conflicto, son incontables. Abundantes referencias pueden encontrarse en

que no garantiza la aplicación real del Derecho extranjero designado por sus normas de conflicto es un sistema de DIPr que no funciona². Y no es esta una afirmación gratuita, sino una verdad incontrovertible.

En primer lugar, desde el punto de vista de los particulares, un DIPr que no asegura la aplicación del Derecho (extranjero) designado por la norma de conflicto es un DIPr que daña la previsibilidad de respuesta de las normas de conflicto, esto es, la llamada «seguridad jurídica de ordenación». Es también un DIPr oneroso para los particulares, pues les obliga a litigar con arreglo a un Derecho de aplicación imprevisible cuya aplicación les comporta costes más elevados que los que les comportaría la aplicación del Derecho designado por la norma de conflicto. Es un DIPr que conduce al temido y negativo *Forum Shopping* y que provoca carreras hacia los tribunales que solo favorecen a los litigantes más despiertos y más hábiles con las estrategias procesales. Se fomenta la especulación litigiosa sobre el Derecho aplicable, las soluciones jurídicas se vuelven inestables, inseguras, impredecibles, incluso, señala M.-P. Weller, en el ámbito del DIPr de la UE³.

En segundo lugar, para los tribunales de Justicia, un DIPr que no asegura la aplicación del Derecho (extranjero) designado por la norma de conflicto es un DIPr que vulnera la buena administración de la Justicia. Es un DIPr que obliga a los jueces a fallar con arreglo a Derechos estatales que no se corresponden con el ordenamiento del Estado más vinculado con la situación privada internacional. Ello encarece la función judicial, la hace más gravosa para la Administración de Justicia, la ralentiza, disminuye su calidad intrínseca y produce unos costes para los contribuyentes, que deben financiar el muy elevado coste de solventar la litigación privada internacional con arreglo a un Derecho estatal que no es el designado por la norma de conflicto.

2. El legislador español ha mostrado una particular desidia en relación con este tema, lo que, como indica M. Artz, ha sido denunciado hasta la saciedad por la doctrina española y también por la literatura académica foránea⁴. Un ponderado análisis de la práctica judicial española relativa a la aplicación del Derecho extranjero pone de relieve diversos datos más que preocupantes: 1.º) el régimen jurídico de la prueba del Derecho extranjero actualmente en España es deficiente. No aborda con claridad y determinación todos los perfiles que suscita la cuestión de la prueba del Derecho extranjero. El legislador no ha hilado fino en la regulación de una cuestión que reviste la máxima importancia valorativa para el entero sistema de DIPr; 2.º) la muy reciente Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, no ha colmado satisfactoriamente las múltiples carencias del art. 281.2

CALVO CARAVACA, A.-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. 1, 16.ª ed., Granada, Comares, 2016, pp. 531-540.

² DAVID, R., *La loi étrangère devant le juge du fond. Étude comparative*, París, 1964, pp. 33-39.

³ WELLER, M.-P., «Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der "klassischen" IPR-Dogmatik?», *IPRax*, 2011-V, pp. 429-436.

⁴ ARTZ, M., *Kollisionsrecht und Ausländisches Recht in spanischen und deutschen Zivilverfahren*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2004.

LEC⁵; 3.º) subraya Joan Picó i Junoy que aproximadamente un 88 por 100 de los jueces españoles no aplican el Derecho extranjero cuando la norma de conflicto española indica que el fondo del litigio debe regirse por un Derecho extranjero⁶. Las «explicaciones» de esta conducta son variadas, poliformes, imaginativas e incluso misteriosas y esotéricas, cuando no infantiles: la mayor parte de los jueces españoles entiende que la prueba del Derecho extranjero solo puede ser realizada por las partes y nunca el juez debe intervenir; otros subrayan que carecen de medios efectivos y sólidos para probar el Derecho extranjero, que los propios abogados desisten de la aplicación del Derecho extranjero, que no conocen ni el Derecho extranjero ni lenguas extranjeras, que probar el Derecho extranjero por el juzgador es lento y retrasaría la labor ingente de un juzgado sepultado entre expedientes ya atrasados, que los jueces conocen mejor el Derecho español que el Derecho extranjero, que probar el Derecho extranjero dilataría el proceso, que el Derecho español es mejor y más justo que el Derecho extranjero designado por la norma de conflicto española, etc. En suma, numerosos tribunales españoles adoptan posiciones cómodas y, con citas de tópicos y clichés poco convincentes y carentes de fundamento sustancial, acaban por aplicar el Derecho sustantivo español a litigios que deben regirse por un Derecho extranjero según las normas de conflicto españolas y europeas. Para ello los tribunales utilizan una pléyade de tretas, añagazas, estratagemas y subterfugios procesales que resultan contrarios a la ley y que acaban por hacer de las normas de conflicto españolas unas meras «normas de papel», unas normas jurídicas cuyos mandatos son sistemáticamente ignorados y quedan en letra muerta⁷.

2. PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO: EL SILENCIO EUROPEO

3. Como ha subrayado R. Hübner en su poderoso estudio, la inaplicación del Derecho extranjero designado por la norma de conflicto española o europea, debido a la falta de prueba de tal Derecho tergiversa los objetivos de las normas de conflicto elaboradas en la UE y que persiguen la creación de un espacio judicial europeo⁸. De nada sirve elaborar dichas normas de conflicto de la UE si posteriormente no se aplica el Derecho estatal al que tales

⁵ Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, en *BOE* núm. 182, de 31 de julio de 2015.

⁶ PICÓ I JUNOY, J., «Causas de la falta de aplicación judicial del Derecho extranjero», *Justicia, Revista de Derecho procesal*, 2011, núms. 1-2 (Homenaje a la profesora doctora M.ª del Carmen Calvo Sánchez), pp. 67-74.

⁷ Esta actitud no es exclusiva de los tribunales españoles. En otros Estados se detecta idéntica actitud. Véase ERAUW, J., «Something Funny Happened to Foreign Law on Its Way to the Forum», en *Law and Reality. Essays on National and International Procedural Law in Honour of C. C. A. Voskuil*, Dordrecht-Boston-Londres, 1992, pp. 63-77; WEBB, P. R. H. y AUBURN, F. M., «La présomption d'identité de la loi étrangère et de la loi du for en l'absence de preuve», *JDI Clunet*, vol. 105, 1978, pp. 272-300.

⁸ HÜBNER, R., *Ausländisches Recht vor deutschen Gerichten: Grundlagen und europäische Perspektiven der Ermittlung ausländischen Rechts im gerichtlichen Verfahren*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, esp. pp. 42-44.

normas de conflicto conducen. Una actitud poco definida por parte del legislador español acompañada por un comportamiento práctico reticente, pasivo y puramente acomodaticio de los tribunales españoles en relación con la aplicación del Derecho extranjero pone en peligro la misma existencia de dicho espacio judicial europeo. Los perjudicados son los particulares que tienen la desgracia de litigar ante tribunales españoles, así como la Administración de Justicia española y también todos los *tax-payers* españoles. Póquer completo.

4. No existe ninguna norma de Derecho internacional público que imponga a España como Estado miembro de la comunidad internacional un régimen jurídico relativo a la alegación y prueba del Derecho extranjero. Aparte ciertas reglas sobre la llamada «información del Derecho extranjero», tampoco existen normas contenidas en Convenios internacionales que, de modo expreso e inequívoco, regulen cómo llevar a cabo la prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles⁹.

5. Tampoco existen normas de Derecho de la UE que impongan a los jueces y tribunales españoles la obligación de aplicar y probar de oficio el Derecho extranjero reclamado por las normas de conflicto europeas o españolas [SAP de Barcelona de 1 de julio de 2015 (filiación de hijo de madre lituana)]. En particular, la UE ni puede ni desea en modo alguno inmiscuirse y regular aspectos que pertenecen a la soberanía de los Estados miembros. Esta triple carencia de regulación jurídica internacional y particularmente europea obedece a dos claras razones.

6. En primer lugar, se percibe un claro «hechizo de la soberanía estatal». El legislador europeo estima que los poderes de los tribunales de Justicia en el ejercicio de sus funciones están estrechamente vinculados con la soberanía de los Estados miembros. De ese modo, cada Estado miembro debe decidir, de modo independiente y soberano, cuáles son los «poderes procesales» de sus jueces y tribunales sin verse obligado a seguir un concreto régimen jurídico de la alegación y prueba del Derecho extranjero por normas internacionales. En otras palabras, se considera que la cuestión de cómo alegar y probar el Derecho extranjero es una cuestión conectada con la soberanía del Estado. De ese modo, cada Estado miembro debe regular la cuestión de modo independiente y libre, sin que interfiera en ello la normativa legal europea.

7. En segundo término, puede también percibirse un evidente «hechizo procesal de la regla *Lex Fori Regit Proccessum*». La actividad probatoria de los hechos y del Derecho constituye un conjunto de actos procesales. Como es sabido, los actos procesales se rigen por la ley del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori Regit Proccessum*: véase art. 3 LEC). La unidad de ley aplicable a todos los actos procesales, sujetos todos a la misma ley procesal, aconseja que cada Estado, de modo independiente, decida, en sus propias leyes procesales, y sin imposiciones derivadas de normas internacionales, el modelo de alegación y prueba del Derecho extranjero que prefiera.

⁹ CALVO CARAVACA, A.-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho...*, op. cit., 2016, pp. 531-542.

8. Frente a este gran silencio europeo, no debe olvidarse que las normas de conflicto elaboradas por la UE (art. 81 TFUE) solo son efectivas si se garantiza, al más alto nivel posible, la aplicación del Derecho extranjero designado por tales normas. En caso contrario, como se ha indicado antes, la «armonía internacional de soluciones» y la eliminación del *Forum Shopping*, objetivos buscados con dichas normas, se desvanece como el humo. Y se esfuma también el propósito último perseguido por tales normas, que es la defensa y el impulso de las libertades fundamentales de los ciudadanos de la UE, lo que es particularmente grave pues se trata, se insiste, de derechos «fundamentales» recogidos en la normativa europea¹⁰. Así lo destaca H. J. Sonnenberger, que se refiere a la existencia de «límites operativos del DIPr europeo» y entre ellos sitúa la carencia de reglas europeas relativas a la prueba del Derecho extranjero. Esta carencia, junto a otros factores —como la intervención del orden público internacional de cada Estado miembro, por ejemplo—, puede hacer que la sola unificación de las normas de conflicto en los Estados miembros no resulte suficiente para lograr un auténtico «espacio judicial europeo»¹¹. En particular, subraya H. Rösler, las inmensas ventajas jurídicas que comporta la elección de ley a las situaciones privadas internacionales pueden verse en grave peligro si no se asegura, a nivel europeo, una aplicación efectiva de la ley estatal elegida por las partes¹². Del mismo modo, explican Th. Schultz y D. Holloway, la proyección del «método del reconocimiento mutuo» de situaciones jurídicas legalmente creadas en otros Estados miembros resulta cuestionada si no existe un sistema efectivo de prueba del Derecho del Estado miembro de origen¹³.

9. Por ello, el art. 81.2.c) TFUE, como puntualiza J. Müller, ofrece una óptima base legal para que la UE elabore normas uniformes que opten por un sistema de prueba del Derecho extranjero que siga un modelo regulativo de colaboración entre tribunal y partes¹⁴. Normas que, como indican H.-P. Mansel, K. Thorn y R. Wagner, a la fecha presente, no existen¹⁵. Estas normas uniformes europeas bien podrían integrarse en un código operativo de

¹⁰ LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A., «¿Constituye la aplicación de la “lex fori” en defecto prueba del Derecho extranjero designado por una norma de conflicto unionista un incumplimiento del Derecho de la Unión Europea?», en ESPLUGUES MOTA, C. et al. (coords.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea: liber amicorum J. L. Iglesias Buhigues*, 2012, pp. 537-554. Véase igualmente TRAUTMANN, C., *Europäisches Kollisionsrecht und ausländisches Recht im nationalen Zivilverfahren*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011.

¹¹ SONNENBERGER, H. J., «Grenzen der erweisung durch europäisches internationales Privatrecht», *IPRax*, 2011-IV, pp. 529-534. En sentido similar, pero en relación con los matrimonios entre personas del mismo sexo, LUTZI, T., «Der gleichberechtigte Zugang zur Ehe als Teil des französischen ordre public international», *IPRax*, 2015-4, pp. 381-382.

¹² RÖSLER, H., «Rechtswahlfreiheit im Internationalen Scheidungsrecht der Rom III-Verordnung», *RabelsZ*, vol. 78, 2014, pp. 155-192. También GRUBER, U. P., «Scheidung auf Europäisch - die Rom III-Verordnung», *IPRax*, 2012-V, pp. 381-391.

¹³ SCHULTZ, Th. y HOLLOWAY, D., «Retour sur la comity (Première partie)», *JDI Clunet*, 2011, pp. 863-866.

¹⁴ MÜLLER, J., *Die Behandlung ausländischen Rechts im Zivilverfahren: Möglichkeiten einer Vereinheitlichung auf europäischer Ebene*, Frankfurt am Main, Berlín, Bern, Wien, Lang, 2011.

¹⁵ MANSEL, H.-P., THORN, K. y WAGNER, R., «Europäisches Kollisionsrecht 2014: Jahr des Umbruchs», *IPRax*, 2015-1, pp. 1-32.

DIPr europeo, como ha sugerido T. Rauscher¹⁶. La existencia de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, creada por Decisión del Consejo 2001/470/CE, de 28 de mayo, no constituye un auténtico «sistema de prueba del Derecho extranjero», no es de utilización obligatoria y no cubre toda posible contingencia sobre la cuestión. Se trata de un mero instrumento auxiliar que el juez competente puede activar o no, lo que dependerá del sistema vigente en su Estado miembro. Si dicho Estado sigue un sistema de prueba del Derecho extranjero a instancia de parte y las partes no lo prueban, la presencia de la Red Judicial Europea en materia civil de bien poco servirá.

3. MODELOS REGULATIVOS DE LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO

3.1. Aspectos generales

10. La regulación de la prueba procesal del Derecho extranjero pivota, como ha explicado de modo tan exhaustivo como brillante M. Jänterä-Jareborg, en torno a dos grandes modelos teóricos¹⁷. Con variantes y matices importantes, los distintos Estados siguen uno u otro «modelo» y ambos descansan en premisas económicas claras, bien expuestas por H. Muir-Watt¹⁸. La pregunta, en realidad, no es «qué modelo es preferible», sino «en qué casos debe emplearse cada uno de tales modelos o una combinación entre ambos», como muy bien sugiere la Sent. Trib. Reggio Emilia, Italia, de 3 de septiembre de 2007 (Ley vietnamita y divorcio)¹⁹. Las normas de conflicto son, precisa K. Oellers-Frahm, las «normas portadoras del sentido de la Justicia», mientras que las reglas sobre aplicación y prueba del Derecho extranjero son «reglas instrumentales» contenidas en «normas adjetivas»²⁰. Las segundas están al servicio de las primeras. La colaboración entre tribunal y partes es el modelo regulativo preferible porque es el modelo regulativo que garantiza, en mayor medida, la correcta aplicación del Derecho extranjero y, en consecuencia, la correcta aplicación de la norma de conflicto. «Colaborar» es la palabra que lleva al resultado correcto, esto es, al resultado eficiente, al resultado constitucionalmente ajustado, al cumplimiento de la Justicia que realizan las normas de conflicto. No es casualidad que la mayor parte de los Estados se inclinen, en la actualidad, por «sistemas mixtos de prueba del Derecho extranjero». Este lo prueban los tribunales y las partes, que colaboran en ello de diferentes maneras, con diversa intensidad y en formas distintas (art. 14 LDIPr Italia, 31 de mayo de 1995; art. 15 Código DIPr Bélgica, 16 de

¹⁶ RAUSCHER, T., «Von prosaischen Synonymen und anderen Schäden - Zum Umgang mit der Rechtssprache im EuZPR/EuIPR», *IPRax*, 2012-I, pp. 40-47.

¹⁷ JÄNTERÄ-JAREBORG, M., «Foreign law in national courts: a comparative perspective», *Recueil ADI*, vol. 304, 2003, pp. 181-385.

¹⁸ MUIR-WATT, H., «Loi étrangère», *Enc. Dalloz Droit international*, 2.^a ed., 1998.

¹⁹ *RDIPP*, 2008, pp. 638-639.

²⁰ OELLERS-FRAHM, K., «Lawmaking through Advisory Opinions?», *German Law Journal*, 2011, pp. 1033-1056.

julio de 2004; art. 16 LDIPr Suiza, 18 de diciembre de 1987). Estos Estados han elegido este «modelo regulativo mixto» no por casualidad o buenismo, sino porque, como ha apuntado F. Mélin, se trata del modelo que mejor garantiza una más correcta y cabal aplicación de la norma de conflicto y del Derecho extranjero designado por esta²¹. «Colaborar» es la palabra que marca el rumbo en relación con la prueba del Derecho extranjero en los países que disponen de un DIPr de calidad.

3.2. Modelo regulativo seguido en España. Los tres cuerpos legales

11. La regulación actual de las cuestiones relativas a la alegación y prueba del Derecho extranjero se halla dispersa en tres cuerpos legales diferentes del Derecho español que requieren una atención especial.

12. En primer término debe arrancarse de la «premisa valorativa principal» del régimen jurídico de la prueba del Derecho extranjero. Esta se contiene en el art. 12.6 CC. Este precepto reviste una importancia radical a la hora de perfilar la alegación y prueba del Derecho extranjero porque indica que las normas de conflicto son imperativas. En consecuencia, las partes no pueden prescindir de lo que indican tales normas de conflicto y pactar la «no aplicación» de las mismas cuando estas ordenen aplicar un Derecho extranjero al fondo del asunto. Del mismo modo, puede afirmarse que cuando la norma de conflicto española ordena aplicar un Derecho extranjero, es este y no otro el Derecho estatal que debe regular la situación privada internacional de la que se trate. Esta premisa valorativa condiciona todo el régimen de la alegación y prueba del Derecho extranjero en el sistema español.

13. En segundo término se halla el «núcleo valorativo central», concentrado en el art. 281.2 LEC. Este precepto constituye, como se ha avanzado, la clave de bóveda de todo el régimen jurídico de la prueba del Derecho extranjero en el sistema español. El art. 281.2 LEC establece: *a)* la necesidad de prueba del Derecho extranjero; *b)* el objeto de la prueba cuando se trata de acreditar el Derecho extranjero, esto es, los extremos concretos a probar en relación con un Derecho extranjero, y *c)* la regla general de la atribución del deber subjetivo de probar del Derecho extranjero y las posibilidades de participación del tribunal en dicha prueba²².

El régimen de la prueba del Derecho extranjero contenido en el art. 281.2 LEC es un régimen general. Vincula, salvo regulación especial para ciertos sectores del Derecho, a todos los tribunales españoles en todos los órdenes jurisdiccionales, visto también el carácter supletorio de la LEC [STS CA de 16 de junio de 2009 (reconocimiento en España de título italiano de licen-

²¹ MÉLIN, F., *La connaissance de la loi étrangère par les juges du fond (Recherches sur l'infériorité procédurale de la loi étrangère dans le procès civil)*, PUAM, 2002, esp. pp. 29-39.

²² El art. 281.2 LEC indica: «También serán objeto de prueba la costumbre y el Derecho extranjero. [...] El Derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación».

ciado en Historia)²³]. El art. 33.1 LCJIMC recuerda que este precepto es el que contiene la regulación general de la prueba del Derecho extranjero: «La prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero se someterá a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones aplicables en la materia».

Según el art. 281.2 LEC, el régimen de prueba del Derecho extranjero en el proceso judicial desarrollado en España es el régimen de prueba que el legislador ha previsto para los «hechos procesales» [STS de 17 de abril de 2015 (cesión de créditos y Derecho holandés)²⁴, SAP de Barcelona de 14 de octubre de 2010 (divorcio de cónyuges marroquíes)²⁵]. Ahora bien, «hechos procesales» y «Derecho extranjero» son realidades diferentes, ya que el Derecho extranjero no es un «hecho procesal» sino un conjunto de normas jurídicas, y tampoco desarrolla en el proceso la función propia de los hechos procesales, sino la función, estrictamente jurídica, consistente en solventar el fondo del litigio [STS de 20 de mayo de 2015 (Derecho belga)]²⁶. Por ello, el régimen jurídico de la prueba del Derecho extranjero presenta ciertas particularidades en relación con el régimen de la prueba de los hechos. Lo expresa muy bien el TS cuando afirma que «el Derecho recibe un tratamiento similar al que reciben los hechos, pues debe ser objeto de alegación y prueba» [STS de 17 de abril de 2015 (cesión de créditos y Derecho holandés), antes citada]. El TS subraya, en efecto, que el tratamiento jurídico de los «hechos procesales» y del Derecho extranjero es «similar», pero no «igual» o «el mismo».

El art. 281.2 LEC contiene diversos mandatos de regulación que pueden concretarse en los siguientes: 1.º) el Derecho extranjero debe ser probado; 2.º) debe probarse el «contenido» y la «vigencia» del Derecho extranjero; 3.º) como regla general, la prueba del Derecho extranjero se practica a instancia de parte (art. 282 LEC), pero el tribunal puede utilizar de «medios de averiguación» del Derecho extranjero que considere necesarios para su «aplicación» (art. 281.2 LEC), y 4.º) el «Derecho extranjero» es algo totalmente diferente de los «hechos procesales»: los hechos procesales están sujetos a unas reglas determinadas de prueba que no son aplicables «tal cual» al Derecho extranjero. Sin embargo, es mucho más lo que el art. 281.2 LEC calla sobre la prueba del Derecho extranjero, que lo que dice, como ha indicado F. F. Garau Sobrino²⁷.

14. En tercer lugar, los «contornos adjetivos», esto es, los aspectos procedimentales de la prueba del Derecho extranjero, quedan confinados en los arts. 33-36 LCJIMC. Estos preceptos contienen una regulación de tres importantes aspectos relacionados con la prueba del Derecho extranjero: a) el valor probatorio de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del

²³ Id Cendoj: 28079130042009100266.

²⁴ Id Cendoj: 28079110012015100235.

²⁵ Id Cendoj: 08019370182010100348.

²⁶ Id Cendoj: 28079110012015100390.

²⁷ GARAU SOBRINO, F., «La prueba del Derecho extranjero en la nueva LEC», *RGD*, marzo-abril de 2001, núms. 678-679, pp. 2343-2366.

Derecho extranjero (art. 33.2 y 4 LCJIMC); *b*) la solución a seguir en el caso de que resulte imposible probar el Derecho extranjero (art. 33.3 LCJIMC), y *c*) el régimen jurídico de la llamada «información del Derecho extranjero», esto es, la regulación de las solicitudes que las autoridades españolas realizan a las autoridades extranjeras en relación con el contenido y vigencia de un concreto Derecho extranjero y de las solicitudes que las autoridades extranjeras dirigen a las españolas para obtener datos sobre el Derecho español.

15. El modelo regulativo seguido en España se contiene en el núcleo valorativo central: el art. 281.2 LEC. Este precepto contiene un sistema sencillo de prueba del Derecho extranjero que podía y debía funcionar correctamente, pues está basado en principios básicos muy claros.

La regla general es sencilla: la prueba del Derecho extranjero la deben realizar las partes, no los tribunales de Justicia españoles. La parte que, por indicación de la norma de conflicto española, deba fundamentar su pretensión en un Derecho extranjero, deberá también probar tal Derecho extranjero. La carga de la prueba del Derecho extranjero recae, pues, sobre las partes. Esta regla general se justifica por dos razones. Primera: visto que la aplicación del Derecho extranjero afecta a un «interés particular» y no a «intereses de la comunidad social», es justo que sean las partes las que asuman los costes de la prueba del Derecho extranjero y no los órganos judiciales ni el erario público [SAP de Barcelona de 25 de marzo de 2009 (divorcio entre cónyuges argentinos)]²⁸. Segunda: el legislador español entiende que las partes están «mejor situadas» que el juez para poder probar el Derecho extranjero a un coste más reducido [STS de 17 de abril de 2015 (cesión de créditos y Derecho holandés), citada]. En consecuencia, la imputación a las partes del coste de la prueba del Derecho extranjero es una regla eficiente y por eso se acepta y se asume como «centro de la solución». La eficiencia de una norma asegura su constitucionalidad. Una regla no eficiente no es constitucional, pues vulnera la tutela judicial efectiva. Este régimen es aplicable en relación con las normas de conflicto puramente localizadoras pero también en relación con las normas de conflicto materialmente orientadas y con aquellas incluidas en instrumentos legales internacionales, esto es, convenios internacionales y normativa europea²⁹. En relación con la prueba de las llamadas «normas internacionalmente imperativas» podrían realizarse consideraciones de «aplicación reforzada» de las mismas, como las sugeridas por J. D. Lüttringhaus, que exceden el alcance de este modesto trabajo³⁰. La regla general descrita no especifica qué concreta parte procesal debe probar el Derecho extranjero: demandante o demandado. La cuestión se resuelve, como ha perfilado el TS, a través del muy conocido «principio de adquisición procesal», que presenta un triple alcance en litigios regidos por el Derecho extranjero [STS de 17 de

²⁸ Id Cendoj: 08019370122009100200.

²⁹ HARTLEY, T. C., «Beyond the Proper Law: Mandatory Rules under Draft Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations», *European Law Review*, 1979, pp. 236-244.

³⁰ LÜTTRINGHAUS, J. D., «Eingriffsnormen im internationalen Unionsprivat- und Prozessrecht: Von Ingmar zu Unamar (EuGH, S. 174)», *IPRax*, 2014-2, pp. 146-152.

abril de 2015 (cesión de créditos y Derecho holandés), ya citada, y SAP de Lleida de 15 de enero de 2016 (matrimonio entre cónyuges búlgaros)³¹].

En primer término, cualquiera de las partes puede probar el Derecho extranjero y aportarlo al proceso. Lo más habitual es que el Derecho extranjero sea probado por la parte a la que interesa la aplicación de un Derecho extranjero, esto es, por la parte que «invoca el Derecho extranjero» a su favor. Sin embargo, debido al citado principio de «adquisición procesal», el art. 281 LEC no indica qué parte en concreto debe probar el Derecho extranjero. Por tanto, la parte que puede probar el Derecho extranjero puede ser el demandante o el demandado, eso es irrelevante. Por ello, y con arreglo al art. 217.2 y 3 LEC, el demandante debe alegar y probar el Derecho extranjero si fundamenta en él su demanda, y el demandado debe alegar y probar el Derecho extranjero si basa en él su contestación a la demanda o su reconvección. Si el demandante litiga con arreglo al Derecho español y el demandado contesta a la demanda o reconviene con fundamentos de Derecho extraídos del Derecho extranjero que considera aplicable, entonces debe el demandado probar el Derecho extranjero. Si el demandado, en este caso, no prueba el Derecho extranjero, deberá soportar las consecuencias negativas de su falta de prueba. Por otra parte, si es parte en el proceso la Abogacía del Estado y dicha parte basa su posición jurídica en un Derecho extranjero, corresponde a la misma la prueba de tal Derecho [STSJ de Madrid de 17 de diciembre de 2014 (contrato de trabajo a ejecutar en Italia)³²].

En segundo término, la más que centenaria jurisprudencia de la Sala 1,^a del TS indica que un litigio regido por el Derecho extranjero debe regirse por tal Derecho extranjero pero que si no se prueba este, se aplicará el Derecho material español. Según el TS, en caso de falta de prueba del Derecho extranjero por las partes, desestimar la pretensión vulneraría la tutela judicial efectiva. Esta afirmación, combinada con el principio de adquisición procesal, comporta una consecuencia demoledora para la estrategia procesal de las partes. En efecto, si el pleito se rige por un Derecho extranjero y el demandante no lo prueba, el demandado debe estar muy atento, puesto que si se limita a contestar a la demanda y a decir en ella, simplemente, que el demandante debe probar el Derecho extranjero pero dicho demandado no prueba tal Derecho extranjero, el TS le aplicará el Derecho material español. Esta conclusión del TS no solo es injusta, pues obliga al demandando a soportar las consecuencias negativas derivadas de la inactividad probatoria del demandante, sino que resulta contraria a la imperatividad de la norma de conflicto (art. 12.6 CC) y al principio de congruencia (art. 218 LEC). Pero es lo que el TS impone.

En tercer lugar, una vez que las pruebas sobre el Derecho extranjero han sido debidamente aportadas al proceso, el tribunal las valora de modo global e independiente. Ello significa que el tribunal valora la prueba del Derecho extranjero ya favorezca o no a la parte que las ha aportado.

³¹ Id Cendoj: 25120370022016100008.

³² Id Cendoj: 28079340022014100876.

16. La regla general descrita —aplicación del Derecho extranjero a instancia de parte—, se completa con dos reglas especiales.

La primera regla especial consiste en que el tribunal competente puede ayudar, complementar o completar la prueba realizada por las partes, si bien no puede sustituir a las partes en la prueba del Derecho extranjero. Así lo confirma el Preámbulo (V) de la LCJIMC 2015: «[n]uestro 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».

La segunda regla especial indica que el tribunal competente debe intervenir y probar el Derecho extranjero cuando las partes, pese a haber intentado de buena fe la prueba del mismo, no lo hayan logrado. Es decir, solo en casos verdaderamente excepcionales deben los tribunales españoles «reemplazar» a las partes y probar ellos mismos el Derecho extranjero. El TC subrayó, en esta línea, que ello se producía, exclusivamente, cuando las partes intentan probar el Derecho extranjero de buena fe y hacen todo lo posible al efecto, pero no consiguen probarlo por imposibilidad fáctica. Pues bien, en tales casos, el tribunal está obligado a probar, de oficio, el Derecho extranjero, siempre que ello le resulte posible. Esta importante inflexión valorativa de un sistema construido sobre la prueba del Derecho extranjero a instancia de parte permite evitar que se produzca una vulneración de la tutela judicial efectiva. Por eso, precisamente, y ceñido a este específico supuesto, debe intervenir el tribunal en la prueba del Derecho extranjero.

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

17. El art. 281.2 LEC contiene una serie de «principios regulativos» de la prueba del Derecho extranjero que dejaban una amplia iniciativa a los tribunales para que estos pudieran concretar las respuestas a los perfiles más específicos, esto es, a los casos concretos más difíciles. Pues bien, frente a ello, frente a un sistema flexible de prueba del Derecho extranjero en el que intencionadamente varias cuestiones se dejaron sin regulación legal para que fuera esta completada por los tribunales, resulta que el legislador español de 2015 ha cambiado de opinión, de manera radical, sobre los ejes técnicos del sistema. Sin mucha convicción ni sistema, todo sea dicho, el legislador español de 2015 elaboró de nuevo cuño una regulación adjetiva y detallista que desarrollaba los principios valorativos contenidos en el art. 281.2 LEC. Por tanto, el legislador español de 2015 ha querido superar al del año 2000, y ha querido abandonar una regulación de corte jurisprudencial nacida en dicho año 2000 para acoger una regulación reglamentista de los detalles de la prueba del Derecho extranjero, hoy recogida en los arts. 33-36 LCJIMC. Sin embargo, esta tentativa procedimentalista de regular legalmente los «detalles concretos» de la prueba del Derecho extranjero no ha conseguido su objetivo. Esa es la verdad. En efecto, aunque los arts. 34-36 LCJIMC han abordado

algunos extremos de la prueba del Derecho extranjero no regulados por el art. 281.2 LEC, resulta que tales preceptos elaborados en 2015 ni han colmado todas las lagunas del art. 281.2 LEC, ni todas las lagunas que se han colmado lo han sido de modo acertado.

18. El resultado ha sido la mezcla de sistemas, esto es, el sincretismo sistémico como modelo —algo muy español—, lo que en sí es ya más que preocupante. Se puede afirmar, así, que el legislador español ha desdibujado y ha deconstruido su propio modelo técnico de prueba del Derecho extranjero. En efecto, tras la entrada en escena de los arts. 33-36 LCJIMC, puede afirmarse que estos preceptos solo han proporcionado regulación legal positiva a tres aspectos concretos relacionados con la prueba del Derecho extranjero: *a)* el valor probatorio de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero (art. 33.2 y 4 LCJIMC); *b)* la solución a seguir en el caso de que resulte imposible probar el Derecho extranjero tanto por las partes como por el juez (art. 33.3 LCJIMC), y *c)* el régimen jurídico de la «información del Derecho extranjero», aspecto que la LEC 1/2000 no regulaba, ni bien ni mal.

19. Estos arts. 33-36 LCJIMC no han resuelto otras lagunas del art. 281.2 LEC. Por tanto, la mayor parte de las carencias regulativas que mostraba este último precepto siguen sin una disciplina legal concreta y deben ser integradas a través de soluciones extraídas de la jurisprudencia, lo cual, dicho sea de paso, es hasta mejor, pues dinamiza el sistema de DIPr de modo extraordinario, en palabras de H.-P. Mansel, K. Thorny y R. Wagner³³. Es decir, tal y como se ha hecho desde el año 2000 con arreglo a los ejes técnicos del art. 281.2 LEC. Quedan, pues, o mejor dicho, siguen en manos de los tribunales cuestiones de máxima importancia no reguladas por el art. 281.2 LEC pero tampoco contempladas ahora por los arts. 33-36 LCJIMC y que se suponía que, vistos los nuevos «ejes técnicos» que sustentan tales preceptos, estos iban a regular. Se trata, subraya A. Rodríguez Benot, de aspectos tales como: 1.º) el régimen jurídico de la alegación del Derecho extranjero y las consecuencias de una falta de alegación del mismo; 2.º) el momento procesal oportuno para probar el Derecho extranjero; 3.º) la lista de medios de prueba o acreditación del Derecho extranjero a utilizar por las partes; 4.º) la precisión de las partes que deben o pueden probar el Derecho extranjero; 5.º) la interpretación del Derecho extranjero³⁴; 6.º) el control de constitucionalidad del Derecho extranjero en su sistema jurídico³⁵, y 7.º) las consecuencias jurídicas de la falta de prueba del Derecho extranjero debido a la pasividad de las partes.

³³ MANSEL, H.-P., THORN, K. y WAGNER, R., «Europäisches Kollisionsrecht 2010: Verstärkte Zusammenarbeit als Motor der Vereinheitlichung?», *IPRax*, 2011-I, pp. 1-30.

³⁴ Se trata de un tema clásico, lo que aumenta la sorpresa del intérprete al comprobar que la Ley 29/2015 no se ha ocupado de la cuestión. Véase RODRÍGUEZ BENOT, A., «La Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil», *CDT*, 8, 1, 2016, pp. 234-259 y, sobre la cuestión en sí, BROGGINI, G., «Conoscenza e interpretazione del diritto straniero», *Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht*, 11, 1954, pp. 105-170; *id.*, «Die Maxime "iura novit curia" und das ausländische Recht», *Archiv für die civilistische Praxis*, 155, 1956, pp. 469-485.

³⁵ LIPSTEIN, K., «Proof of Foreign Law: Scrutiny of its Constitutionality and Validity», *BYBIL*, 42, 1967, pp. 265-270; CARBONE, S. M., «Sul controllo di costituzionalità nella norma straniera richiama-

20. El resultado de esta mezcla de sistemas técnicos es que el operador jurídico debe combinar un «sistema de textura abierta» de prueba del Derecho extranjero —recogido en el art. 281.2 LEC—, con un «sistema reglamentista parcial de prueba del Derecho extranjero» —contenido en los arts. 33-36 LCJIMC—. Es fácil percibir que algunas cuestiones de la prueba del Derecho extranjero siguen el modelo de «textura abierta», el modelo del año 2000, mientras que otras han sucumbido a la fiebre del «modelo reglamentista» del año 2015. La vida del operador jurídico que se dedica al DIPr no es sencilla y el legislador español no colabora ni quiere colaborar en hacerla más lógica, más racional y más práctica.

4. LA CUESTIÓN CRUCIAL: *QUID FACERE* EN CASO DE FALTA DE PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO Y EL ART. 33 LCJIMC

4.1. Prueba imposible del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto española o europea

21. Los supuestos de prueba imposible del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto española o europea se presentan en casos de países de reciente creación, países en situación de guerra o inestabilidad política y social extrema, calamidades sanitarias, catástrofes naturales, coste exorbitante de la prueba del Derecho extranjero, etc. En este escenario fáctico, la prueba del Derecho extranjero puede resultar imposible o puede solo obtenerse una información insuficiente, parcial, segmentada, deficiente y defectuosa del Derecho extranjero. En dichos supuestos, el art. 281.2 LEC guarda un total silencio. Sin embargo, el art. 33.3 LCJIMC sí se ha ocupado de la cuestión de manera expresa.

22. La solución que el precepto citado suministra para este caso es sencilla. El art. 33.3 LCJIMC indica que «[c]on carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español». Esta solución (*Lex Materialis Fori ut extrema ratio*) se sigue también en otros países (Francia: Sent. Cass. 21 de noviembre de 2006)³⁶.

Es cierto que el art. 33 LCJIMC nada indica sobre los elementos que deben concurrir para considerar que no se ha podido acreditar el Derecho extranjero. Esta imposibilidad de prueba del Derecho extranjero la debe declarar el juez. No bastan meras afirmaciones de las partes en el sentido de que la prueba de un concreto Derecho extranjero «es imposible» o «es posible», «es prácticamente imposible», «hay un guerra en el país en cuestión», «resulta

ta», *RDIPP*, 1963, pp. 685-696; *id.*, «Il diritto straniero ed il giudice italiano: presente e prospettive di sviluppo», *RDI*, vol. LXXIV, 1991, pp. 838-849; *id.*, «La conoscenza del diritto straniero e il giudice italiano», *DCI*, 2009, pp. 193-206.

³⁶ Texto en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007053352&fastReqId=1987204153&fastPos=1>.

muy costosa» u otras similares. Otros autores, por el contrario, admiten que no es preciso probar esta imposibilidad y que la tesis de los «hechos admitidos» debe operar también en este campo. De ese modo, si las partes están de acuerdo en que es imposible probar el Derecho extranjero, el juez lo tendrá por probado y se aplicará el Derecho español³⁷. No parece, sin embargo, que ello deba ser así, por el peligro que supone para la imperatividad de la norma de conflicto, por el incentivo que crea a las partes para seguir conductas estratégicas que suponen la inaplicación del Derecho extranjero y porque nada indica que la imposibilidad de prueba del Derecho extranjero, que constituye en sí mismo un «hecho» no deba seguir el régimen general de la prueba de los hechos recogido en la LEC.

Debe entenderse que la circunstancia de la «imposibilidad de prueba del Derecho extranjero» está sometida al régimen general de la prueba (art. 282 LEC). En sintonía con ello cabe afirmar lo que sigue: *a*) la parte que sostiene que no puede probar el Derecho extranjero debe acreditar dicha imposibilidad de prueba; *b*) la parte que sostiene, en su caso, que sí es posible acreditar el Derecho extranjero, debe aportar los elementos que permiten dicha prueba; *c*) si una parte indica que es imposible probar el Derecho extranjero y, por tanto, litiga con arreglo al Derecho español, y la otra parte no indica nada al respecto y contesta también con arreglo al Derecho español, en realidad nada se ha probado, ni a favor ni en contra, ni por una parte ni por otra. El juez decidirá entonces si, a su criterio, es imposible o no la prueba del Derecho extranjero, y *d*) si el juez concluye que es imposible probar el Derecho extranjero, entonces aplicará el Derecho sustantivo español (art. 33.3 LCJIMC). Y si queda convencido de que es o era o puede ser perfectamente posible probar el Derecho extranjero, entonces no puede aplicar el Derecho sustantivo español. En tal caso, debe desestimar las pretensiones de la parte que tenía el deber jurídico de probar el Derecho extranjero aplicable al fondo del litigio regido, imperativamente por tal Derecho extranjero.

23. Esta respuesta legal muestra cierta lógica y se construye sobre dos argumentos muy sencillos: *a*) no puede dejarse sin tutela judicial efectiva a las partes, que tienen derecho a una decisión judicial sobre el fondo del asunto. Si la prueba del Derecho extranjero es imposible, algún Derecho habrá que aplicar para proporcionar una solución a las partes. El caso no puede quedar imprejuizado con el indefendible argumento de que no es posible probar el Derecho extranjero. La tutela judicial efectiva queda, así, salvaguardada (Preámbulo V LCJIMC). El juez podrá así dictar su sentencia y las partes verán satisfecha la tutela judicial efectiva; *b*) optar por la aplicación del Derecho material del foro (*Lex Materialis Fori*), esto es, por el Derecho material español, parece una solución bastante razonable. Se trata, en definitiva, de un Derecho cuya aplicación puede ser prevista por las partes que litigan ante tribunales españoles en las hipótesis excepcionales en las que el Derecho

³⁷ En tal sentido, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho internacional privado*, 3.^a ed., Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2016, p. 240.

extranjero designado por la norma de conflicto no haya podido probarse. Esa solución no resulta, pues, imprevisible para los litigantes. Quien litiga ante los tribunales españoles debe asumir esta solución, esto es, la aplicación del Derecho material español, para casos excepcionales en los que no se puede probar el Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto.

24. El art. 33.3 LCJIMC no aborda de manera expresa el complejo supuesto que se plantea cuando solo algunos preceptos del Derecho extranjero han podido ser acreditados de modo suficiente, mientras que otras disposiciones legales no han sido probadas, y resulta muy dificultoso recabar una información más profunda sobre los mismos. Pues bien, en tal caso es preciso ofrecer una solución articulada: 1.º) los preceptos del Derecho extranjero que se hayan probado satisfactoriamente, se aplicarán, y 2.º) los aspectos jurídicos regulados por un Derecho extranjero cuya prueba ha resultado imposible o insuficiente se regirán por el Derecho designado por el siguiente punto de conexión de la norma de conflicto, si existe, y en última instancia, se regirán por el Derecho material español siempre que ello resulte conciliable con el Derecho extranjero que sí puede ser aplicado [SAP de Madrid de 1 de abril de 2014 (contratos sujeto a la ley argentina)³⁸, SAP de Navarra de 29 de diciembre de 2004³⁹, STSJ Comunidad Autónoma País Vasco CA de 28 de diciembre de 2009 (prueba parcial del Derecho colombiano)⁴⁰].

4.2. Falta de prueba del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto española o europea por carencia de voluntad de los litigantes

25. El auténtico *punctum dolens* del sistema, esto es, la solución jurídica a observar en el caso de que el Derecho extranjero no haya sido probado con arreglo a los criterios de imputación subjetiva recogidos en el art. 281 LEC, era la cuestión que reclamaba una solución práctica eficaz y efectiva por parte de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. El art. 33.3 LCJIMC, en teoría, iba a operar cual auténtico cáliz salvífico que, una vez bebido con fruición, terminaría, de una vez por todas, con la inseguridad jurídica, esto es, con la incerteza de no saber qué hacer y qué Derecho debía aplicarse en el caso de un litigio regido por un Derecho extranjero que no ha sido probado por desidia, dejadez o mera falta de voluntad de las partes.

26. Esta cuestión era particularmente grave y necesitaba de una clarificación legal más que urgente ante el cruel silencio al respecto que muestra el art. 281.2 LEC. La regulación del *quid facere* en el caso de falta de prueba del Derecho extranjero reclamaba una solución por parte del legislador y así lo había denunciado la doctrina. Lo admite el mismo Preámbulo de la

³⁸ Id Cendoj: 28079370252014100134.

³⁹ Id Cendoj: 31201370022004100500.

⁴⁰ Id Cendoj: 48020330032009100573.

LCJIMC: «[s]e ha buscado de este modo incidir en uno de los aspectos más controvertidos del sistema de alegación y prueba del Derecho extranjero». En efecto, el sistema de prueba del Derecho extranjero recogido en el art. 281.2 LEC ha funcionado razonablemente bien salvo en esta cuestión. El precepto guarda silencio sobre qué hacer en los casos de falta de prueba del Derecho extranjero y ante este gran silencio, diversas tesis vieron la luz en doctrina y jurisprudencia. Al menos cuatro tesis diferentes pugnaban por convencer: *a)* tesis de la inadmisión de la demanda; *b)* tesis de la aplicación de oficio del Derecho extranjero; *c)* tesis de la aplicación sustitutiva del Derecho material español, y *d)* tesis de la desestimación de la demanda. Las dos primeras han sido seguidas en escasísimas ocasiones por los tribunales españoles y pueden considerarse radicalmente *contra legem*.

27. Quedan las otras dos tesis, enfrentadas en una auténtica *medieval joust*. El primer combatiente es la Sala 1.^a del TS, que, perfectamente escoltado por muy numerosos autores, defiende la regla que él mismo creó en 1864: en defecto de prueba del Derecho extranjero debe aplicarse el Derecho sustantivo español y no hay más que hablar. Si las partes argumentan, exclusivamente, sobre la base del Derecho español, y no alegan ni prueban el Derecho extranjero al que remite la norma de conflicto, es aplicable entonces, indica el TS, Sala 1.^a, el Derecho material español. Bienvenidos a la *Back To Lex Fori Rule*. Esta tesis la siguen, en la actualidad, muchas Audiencias Provinciales españolas, sin duda para evitar recursos de casación ante el TS, por seguidismo judicial y por el *metus reverentialis* que experimentan ante la doctrina del TS, más que por convicción propia. Esta tesis fue forjada por el TS sobre la base de las *Partidas* alfonsinas del siglo XIV en su famosa STS de 21 de junio de 1864 (sucesión del Duque de Cadaval e inaplicación de las leyes portuguesas por falta de prueba) y reafirmada, ampliada y concretada, con puño de hierro, a partir de la STS de 3 de mayo de 1897⁴¹. La tesis provoca un efecto devastador en la aplicación práctica de las normas de conflicto, pues, en dicción de J. C. Fernández Rozas, las convierte en normas que solo son «formalmente imperativas», de modo que dejan de ser normas «realmente imperativas», lo que supone un desprecio total del art. 12.6 CC⁴². Es también una tesis apoyada por ciertos autores, que defienden que el sistema español de DIPr debe operar como un *Fakultatives Kollisionsrecht*⁴³. Estos autores sostienen que la ley aplicable a una situación privada internacional es la ley sustantiva española, a menos que las partes prueben el Derecho extranjero al que remiten las normas de conflicto europeas o españolas. Estos autores

⁴¹ Texto de la STS de 21 de junio de 1864 en PUENTE EGIDO, J., *Derecho internacional privado español: Doctrina legal del Tribunal Supremo*, Madrid, Ed.RDP, 1981, pp. 347-350, y, más extenso y con muy oportunos comentarios, en MIRALLES SANGRO, P. P., *Aplicación del Derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 64-73.

⁴² FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Art. 12.6 CC», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, 2.^a ed., Madrid, 1995, pp. 973-1082.

⁴³ VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2.^a ed., Madrid, Civitas, 2007, pp. 517-535; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho internacional privado*, 3.^a ed., Cizur Menor, Civitas, Thomson Reuters, 2016, pp. 237-244.

afirman que el Derecho extranjero solo se aplica si las partes lo hacen valer y lo prueban, pero tales partes son libres de «prescindir» de las normas de conflicto españolas y de indicar al tribunal que desean que el litigio se rija por el Derecho sustantivo español. Es importante señalar que la Sala de lo Social del TS ha afirmado, en relación con esta tesis seguida por la Sala 1.^a del TS, que «la Sala acata esta doctrina, aunque no la comparte». Se trata de una afirmación que encierra una gran verdad. Esa gran verdad es que la tesis sostenida por la Sala 1.^a del TS es una tesis equivocada porque es *contra legem*. También debe subrayarse que, pese a lo que erróneamente ha sostenido cierta jurisprudencia (STS, Social, 4 de noviembre de 2004⁴⁴, STSJ País Vasco Social, 4 de octubre de 2005⁴⁵), el TC nunca ha afirmado que la tesis de la aplicación substitutiva del Derecho español ante la falta de prueba del Derecho extranjero sea la única tesis que encaja con la tutela judicial efectiva constitucional (art. 24 CE).

28. En el otro extremo de la justa medieval se halla la tesis antagónica, la tesis de la desestimación de la demanda. Los defensores de esta postura sostienen que si una parte argumenta sus posiciones procesales, exclusivamente, sobre el Derecho español y no invoca ni prueba el Derecho extranjero, siendo tal Derecho extranjero aplicable al fondo del asunto, el tribunal debe dictar una sentencia desestimatoria de su pretensión. Esta tesis ha sido defendida, con una valentía rebelde digna de todo encomio, por algunos tribunales inferiores, antes y después del vigente art. 281.2 LEC, en una posición radical de doctrina minoritaria frente a la abrumadora posición dominante. También fue defendida por la Sala de lo Social del TS entre 2001 y 2004⁴⁶. Fue apoyada por el Ministerio Fiscal en el caso resuelto por la STC 172/2004, de 18 de octubre, y entre la doctrina, con matices, es también una posición minoritaria. En otros países cuenta con crédito solvente: se sostiene en los Estados Unidos desde hace años (*Crosby vs. Cuba Railroad Co*, 1912; *Walton vs. Arabian American Oil Company*, 1956) y fue también seguida en el pasado, para ciertos litigios, en Francia (regla *Latour-Thinet*), Suecia y Japón.

29. Pues bien, entre estas dos grandes tesis enfrentadas, ve la luz el tantas veces citado art. 33.3 LCJIMC. Se suponía que esta ley, por una parte, iba a mantener y confirmar, en su caso, las líneas maestras del sistema instaurado por el art. 281.2 LEC y que, por otra parte, iba a acabar, por fin, con la incerteza judicial del «qué hacer» en caso de falta de prueba del Derecho extranjero. El primer propósito se cumplió. La Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil no solo ha mantenido el sistema de prueba del Derecho extranjero en España a instancia de parte, sino que lo ha reforzado, consolidado y robustecido de manera terminante,

⁴⁴ Id Cendoj: 28079140012004101202.

⁴⁵ Id Cendoj: 48020340012005101645.

⁴⁶ STS, Social, 22 de mayo de 2001 (Id Cendoj: 28079140012001100943), STS, Social, 25 de mayo de 2001. La STS, Social, 4 de noviembre de 2004 (Id Cendoj: 28079140012004101202), vuelve atrás, abandona dicha jurisprudencia, y se inclina a favor de la aplicación subsidiaria del Derecho español, debido a una equivocada lectura de la jurisprudencia del TC.

clara y rotunda. Así lo confirma el Preámbulo (V) de dicha ley: «En materia de prueba del Derecho extranjero, no se estima conveniente alterar el sistema español vigente tras la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil». Ahora bien, los problemas relativos al «qué hacer» en caso de falta de prueba del Derecho extranjero no solo no han desaparecido, sino que han aumentado. El segundo propósito no se ha cumplido. En realidad, el art. 33.3 de dicha ley no ha resuelto nada de nada. El precepto ha introducido más confusión de la que ya existía en la intelección del sistema en relación con la falta de prueba del Derecho extranjero por carencia de voluntad de las partes al efecto. En esta línea, el art. 33.3 LCJIMC constituye una norma plenamente desafortunada por diversos motivos.

30. En primer lugar, esta norma no colma las lagunas más importantes del sistema. La Ley 29/2015, de 20 de julio, quiso abordar el problema suscitado por la falta de prueba del Derecho extranjero cualquiera que fuese la causa de dicha falta de prueba: imposibilidad fáctica, desidia de las partes y/o de sus abogados, conducta estratégica de los litigantes, etc. Esta inicial voluntad del legislador español de regulación global de todos los casos en los que, por falta de voluntad de las partes o por imposibilidad fáctica, no se pueda probar el Derecho extranjero se puede apreciar en el Preámbulo de la LCJIMC. El texto se refiere a las dos grandes tesis que pugnan por prevalecer en los supuestos en los que las partes no han querido probar el Derecho extranjero: «[e]n 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...». Pues bien, sabido es que estas dos soluciones no se habían propuesto solamente para el caso de «prueba imposible del Derecho extranjero», sino más bien para el caso, mucho más frecuente, mucho más relevante y mucho más práctico, que surge cuando las partes no han querido probar el Derecho extranjero y no lo han hecho. El legislador español de 2015 quiso abordar todos esos supuestos, eso es cierto. Sin embargo, no lo hizo. Esa es la verdad. En efecto, tras diversos avatares, es evidente que el art. 33.3 LCJIMC solo se ocupa de la cuestión de la imposibilidad fáctica de prueba del Derecho extranjero. Los otros casos, esto es, los que se plantean cuando las partes argumentan directamente sobre el Derecho material español y no alegan y/o no prueban el Derecho extranjero y cuando el demandante presenta su demanda fundada en el Derecho español, y el demandado se limita a contestar que el Derecho español no es aplicable, sino que lo es el Derecho extranjero, Derecho que el demandado tampoco prueba, no han sido resueltos por la Ley 29/2015. Por tanto, la laguna legal persiste en estos dos casos. El art. 33.3 LCJIMC no ha colmado esas dos muy relevantes lagunas legales. Nótese que el precepto subraya que la aplicación del Derecho material español no procede cuando las partes, pudiendo haber probado el Derecho extranjero, no han querido hacerlo. Todo lo contrario. Según el precepto, la aplicación del Derecho español solo procede «en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia

del Derecho extranjero» (= las partes no han «podido acreditar» el Derecho extranjero). El verbo empleado es «poder». Este enfoque resulta confirmado por el Preámbulo (V) LCJIMC en varias de sus frases: *a)* indica dicho texto que «se considera prudente especificar que, cuando no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español»; *b)* se vuelve a subrayar por el mismo texto que: «[n]o se especificaba hasta la fecha qué había que hacer en aquellos supuestos en los que el Derecho extranjero no haya podido probarse». De nuevo aparece en este texto el verbo de moda: «poder»: el Derecho español se aplica solo si el Derecho extranjero no ha *podido* probarse, y *c)* y aún hay más: «La falta de prueba del Derecho extranjero dentro de un proceso judicial es algo excepcional que solo sucederá cuando las partes no consigan probar el Derecho extranjero y sin olvidar la posibilidad de que el tribunal coopere en la acreditación de dicho contenido». Ahora se emplea el verbo «conseguir»: el Derecho español se aplica cuando las partes no han conseguido probar el Derecho extranjero, lo que equivale a «no han podido probar» el Derecho extranjero. En todos estos textos extraídos del Preámbulo de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil queda claro que el legislador español solo ha declarado que se debe aplicar el Derecho material español cuando el Derecho extranjero no ha podido ser probado. En conclusión, puede afirmarse que el art. 33.3 LCJIMC solo ofrece solución a los casos en los que resulta imposible para las partes, incluso con la ayuda del tribunal, probar el Derecho extranjero. También es aplicable a los casos en los que el juez español debe probar el Derecho extranjero pero no puede hacerlo por imposibilidad fáctica. Es preciso volver a subrayar que la norma en cuestión no regula los supuestos, frecuentísimos, en los que las partes, pudiendo perfectamente hacerlo, no prueban el Derecho extranjero porque no quieren, bien sea porque no les conviene, porque no desean gastar recursos en probar un Derecho extranjero o por ambos motivos. Esta era la laguna legal más grave y la que había que colmar con mayor urgencia, y es esta la laguna que el art. 33.3 LCJIMC ha mantenido. La polémica ciclópea existente en doctrina y jurisprudencia —polémica que continúa tras la Ley 29/2015—, surge y persiste porque no existe una norma legal que indique la concreta solución jurídica que debe dispensarse al caso en el que las partes, pudiendo hacerlo, no quieren probar y no prueban el Derecho extranjero. Este caso continúa huérfano de regulación legal. La polémica continuará en jurisprudencia y doctrina. El legislador no colabora. No quiere colaborar. No ayuda. El peligro al que conduce la famosa ecuación denunciada por H. U. Walder no se ha conjurado⁴⁷.

31. En segundo lugar, esta norma es, hay que subrayarlo, inútil desde el punto de vista práctico. En realidad, desde el punto de vista de la práctica forense, el art. 33.3 LCJIMC es una norma estéril, inefectiva e inane. En efecto, la norma solo regula un caso, la imposible prueba del Derecho extranjero,

⁴⁷ WALDER, H. U., «Passivität = lex fori?», *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 1975, pp. 105-109.

que se verifica en ocasiones muy poco frecuentes ante los tribunales españoles. De hecho, apenas existen casos en la jurisprudencia española en los que los tribunales españoles se hayan tenido que enfrentar a la aplicación de un Derecho extranjero cuya prueba, tanto por las partes como por el juez, es fácticamente imposible. En el famoso caso fallado por la STC 10/2000, de 17 de enero (caso de los armenios), se abordó, en efecto, la precisión de la ley aplicable a la separación de dos cónyuges de nacionalidad armenia y el Derecho armenio, aplicable a la separación judicial de los mismos, no pudo ser probado por la actora. El TC indicó que el tribunal español debía colaborar con las partes para probar el Derecho de dicho país, pero ante la dificultad de prueba del Derecho armenio no ordenó aplicar el Derecho español. Ahora, con el art. 33.3 LCJIMC el juez deberá aplicar Derecho material español para salvaguardar la tutela judicial efectiva. Por otro lado, la justificación que ofrece el legislador se ancla en la tutela judicial efectiva: «Se considera prudente especificar que, cuando no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español, en evitación así de una denegación de justicia que podría ser injustificada si se desestimara la demanda, y en búsqueda de la efectiva tutela judicial» (Preámbulo V LCJIMC).

32. En tercer lugar, esta norma es *lege forista*. La doctrina había sugerido una solución parcialmente distinta a la que hoy se puede leer en el art. 33.3 LCJIMC. Se había sugerido, en esta línea: *a)* aplicar al Derecho estatal designado por el siguiente punto de conexión de la norma de conflicto española o europea, si es que existe dicho punto de conexión. Esta solución, plenamente respetuosa con el principio de proximidad y previsibilidad de soluciones conflictuales para las partes, fue seguida por la SAP de Madrid de 28 de septiembre de 2000 (Derecho iraní, si bien esta sentencia descarta la aplicación de tal Derecho por vulnerar el orden público internacional español y no por prueba imposible)⁴⁸; *b)* en el caso de que la norma de conflicto solo disponga de un único punto de conexión, debe aplicarse el Derecho material español (*Lex Fori ut extrema ratio*), que es la solución única que hoy consta en el art. 33.3 LCJIMC. En este sentido, el precepto es *legeforista*, pues ignora los diversos puntos de conexión que la norma de conflicto puede contener. El art. 33.3 LCJIMC ignora la «justicia de las conexiones» contenida en la norma de conflicto, desatendida por el legislador español de 2015. Si el Derecho estatal designado por el primer punto de conexión no puede probarse, el art. 33.3 LCJIMC indica que podrá aplicarse, sin mayores matices, el Derecho material español. El precepto no ha contemplado la solución, conflictualmente más ajustada, consistente en aplicar el Derecho extranjero designado por el siguiente punto de conexión de una norma de conflicto que dispone de diversos criterios de conexión. Detrás de esta elección de política jurídica, naturalmente, late el inconfesable pero verdadero deseo primario, e incluso primitivo del legislador español, de potenciar la aplicación del Derecho material español a casos que,

⁴⁸ Id Cendoj: 28079370022000100227.

inicialmente, deberían quedar sujetos a un Derecho extranjero. El legislador español no puede reprimir su instinto: está en su ADN aumentar el campo de aplicación del Derecho material español incluso en contra de las conexiones que recogen las normas de conflicto españolas y europeas.

33. En cuarto lugar, este precepto genera inseguridad jurídica. Los términos en los que parece redactado el art. 33.3 LCJIMC no son afortunados, ni para el juez ni para las partes, lo que aconseja realizar diversas observaciones.

Primera. En el caso de prueba imposible del Derecho extranjero, la norma expresa que «podrá aplicarse el Derecho español». La norma dice que «podrá» aplicarse el Derecho español, no que este «será aplicable» o que «deberá aplicarse el Derecho español». Por tanto, el juez no está obligado a aplicar el Derecho material español incluso si resulta imposible probar el Derecho extranjero. Está autorizado a ello, pero no obligado. En consecuencia, el juez español puede activar otras soluciones ante la imposibilidad de prueba del Derecho extranjero. En especial, nada impide que el juez español aplique el Derecho extranjero designado por el siguiente punto de conexión de la norma de conflicto, si es que existe. El juez español, en definitiva, no debe seguir una solución terminante basada en la aplicación del Derecho material español porque el art. 33.3 LCJIMC no le obliga a aplicar el Derecho material español. Simplemente le faculta a ello.

Segunda. Para las partes, el modo en el que aparece redactado el art. 33.3 LCJIMC no resulta en absoluto satisfactorio. Las partes no disponen de seguridad jurídica en relación con el Derecho estatal que aplicará el juez español en el caso de que el Derecho extranjero no pueda probarse. Las partes no conocen con antelación la solución real y efectiva que seguirá el juez. Este puede aplicar el Derecho material español (= única respuesta que ofrece el art. 33.3 LCJIMC), o bien puede aplicar el Derecho extranjero designado por el siguiente punto de conexión de la norma de conflicto (= respuesta no contenida pero implícitamente permitida por el art. 33.3 LCJIMC). Las posiciones jurídicas de las partes se vuelven inestables e inseguras, volátiles e impredecibles. El decisionismo judicial aparece en estado puro como aparecen las amapolas en primavera. Las partes no pueden saber, *ex ante*, qué hará el juez que decide su caso. Deben esperar para comprobar si el juez competente aplicará la ley designada por el siguiente punto de conexión o si aplicará el Derecho sustantivo español.

Tercera. El art. 33.3 LCJIMC no prohíbe ninguna concreta solución para el caso de que se verifique una prueba imposible del Derecho extranjero. Esto es cierto. Sin embargo, aunque las puertas de la creatividad judicial se dejan abiertas, no todo vale. Existen ciertas soluciones al problema que, aunque en teoría parecen permitidas por el tenor literal del art. 33.3 LCJIMC, no encajan en el sistema legal y deben rechazarse. Así, ciertas respuestas sugeridas por la doctrina para dar solución al problema no pueden sostenerse en el DIPr español porque vulneran el art. 281.2 LEC o el art. 12.6.II CC o incluso ciertos principios y valores constitucionales que deben inspirar el sistema de

prueba del Derecho extranjero en España. En esta línea cabe indicar lo siguiente: *a)* la inadmisión de la demanda constituye una solución imposible y *contra legem*. La falta de prueba del Derecho extranjero, aunque se produzca por imposibilidad fáctica de prueba del mismo, no es motivo de inadmisión de la demanda. Ello vulneraría la tutela judicial efectiva y el principio de legalidad; *b)* aplicar el Derecho que más se aproxime al Derecho extranjero inaplicable (*Mutterrecht*). Esta solución es excesivamente insegura. No se puede conocer *ex ante* el contenido del Derecho aplicable, lo que vulnera de modo flagrante la seguridad jurídica (art. 9.3 CE 1978); *c)* aplicar un «Derecho uniforme» (*Ersatzrecht*) surgido de una síntesis entre los ordenamientos jurídicos en presencia o la «resolución judicial» del caso. De nuevo puede afirmarse que esta constituye una solución muy insegura que impide que las partes conozcan con antelación el contenido de las soluciones legales aplicables.

34. En quinto lugar, debe ponerse de relieve que este art. 33.3 LCJIMC es una norma excepcional de imposible aplicación analógica. Como antes se ha indicado, sigue sin expresa solución legal el supuesto que se suscita cuando las partes, pudiendo haber probado el Derecho extranjero, no han querido hacerlo. Pues bien, la solución consistente en aplicar, en dicha hipótesis, el Derecho material español, no parece correcta. En efecto, una aplicación analógica del art. 33.3 LCJIMC, que sí permitiría aplicar el Derecho español a los casos en los que las partes han podido pero no han querido probar el Derecho extranjero, no es procedente en ningún caso, y ello por diversos motivos.

Primero. La aplicación subsidiaria del Derecho español es una solución excepcional en el contexto del art. 33.3 LCJIMC. Es una solución prevista específica y exclusivamente solo para el caso de «prueba imposible del Derecho extranjero». Por tanto, visto que se trata de una solución excepcional prevista para un caso muy concreto, no procede su aplicación analógica para los supuestos en los que las partes podían probar el Derecho extranjero pero han preferido no hacerlo. El art. 33.3 LCJIMC indica con toda claridad que la aplicación del Derecho español es una solución que el juez «podrá» activar solo «con carácter excepcional».

Segundo. El Preámbulo de la Ley 29/2015, de 30 de julio, confirma el carácter excepcional del art. 33.3 LCJIMC, solo previsto para y solo aplicable en casos de prueba imposible del Derecho extranjero. En efecto, dicho texto afirma que: «[d]ebe entenderse que la falta de prueba del Derecho extranjero dentro de un proceso judicial es algo excepcional que solo sucederá cuando las partes no consigan probar el Derecho extranjero y sin olvidar la posibilidad de que el tribunal coopere en la acreditación de dicho contenido».

5. REFLEXIÓN FINAL

35. Muchas eran las esperanzas depositadas en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil por lo que se refiere a las mejoras

que podía introducir en el régimen jurídico de la acreditación del Derecho extranjero. Sin embargo, esta es la crónica de una decepción. El art. 33 de la ley citada es un precepto reglamentista que refleja la sin par querencia del legislador español por el procedimiento con olvido de problemas de fondo mucho más relevantes. Con una preocupante tendencia a la grandilocuencia, el legislador español proclama grandes objetivos pero realmente hace poco. En efecto, la cuestión clave ha quedado, una vez más, sin respuesta. El precepto no indica qué hacer en el caso de que los litigantes, pudiendo hacerlo, no prueben el Derecho extranjero aplicable al fondo del asunto. Es posible que esta falta de solución sea consecuencia de las tensiones vividas durante la elaboración de la norma entre los partidarios de la tesis de la aplicación del Derecho material español y los defensores de la tesis de la desestimación de la demanda y del hecho. Al parecer, unos no convencieron a otros y viceversa. Triste y lamentable resulta que no se haya tenido en cuenta el parecer de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación sobre la cuestión, lo que hubiera zanjado el problema de manera transparente.

36. Vuelve a cumplirse la máxima: cuando el legislador no se atreve a tomar una decisión clara, deja el problema a los tribunales y esto es lo que ha vuelto a suceder en relación con la falta voluntaria de prueba del Derecho extranjero. La situación es grave porque los tribunales españoles no mantienen una postura unívoca al respecto, por más que se imponga en la práctica, eso es indudable, la tesis de la Sala 1.^a del TS, la tesis del caso del Duque de Cadaval, elaborada en 1864 y que consiste en la aplicación del Derecho material español. La dejadez del art. 33.3 LCJIMC, su desidia, su falta de criterio regulativo al respecto permite que las espadas queden en alto. Los perjudicados son los litigantes, los tribunales de justicia y el sistema jurídico en general, que mantiene alarmantes zonas de inseguridad jurídica. El decisionismo judicial mantiene la posición. Por otro lado, el legislador español de 2015 no acaba de asumir el carácter imperativo de las normas de conflicto proclamado por el art. 12.6 CC. El legislador español no cree en la imperatividad de las normas de conflicto. Si así fuera, habría resuelto el dilema en favor de la tesis de la desestimación de la demanda de la manera más sencilla. Tampoco se ha atrevido a eliminar el art. 12.6 CC, que también era otra opción. El legislador español es indeciso porque no tiene las ideas claras. Tampoco ayuda la lectura que se ha hecho por parte de cierta doctrina y de ciertos tribunales de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la prueba del Derecho extranjero, que bien podría haber resuelto el problema. Sana envidia produce leer preceptos legales de otros sistemas estatales de Derecho internacional privado que han resuelto esta cuestión con criterios claros y definidos. Por el contrario, en España este problema sigue hundido en la oscuridad. Si es cierto que *post tenebras lux*, habrá que esperar a otra ocasión para que bien el Tribunal Supremo, bien el Tribunal Constitucional o, como sería deseable, el legislador, traigan, esta vez sí, la ansiada luz.

RESUMEN**APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO EXTRANJERO EN ESPAÑA.
CONSIDERACIONES CRÍTICAS**

El presente trabajo analiza el art. 33.3 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. Este precepto se ha ocupado del problema que surge cuando el Derecho extranjero aplicable al fondo del asunto no ha podido ser probado. Este trabajo muestra que el precepto no ha resuelto de modo alguno la cuestión de qué hacer cuando el Derecho extranjero, pudiendo ser probado por las partes, no ha querido ser probado por estas. Por tanto, la disparidad de criterios al respecto en la jurisprudencia se mantiene. El trabajo pone de relieve que el legislador no asume las consecuencias del carácter imperativo de las normas de conflicto españolas ni tampoco acepta las consecuencias naturales de la falta de prueba del Derecho extranjero en un sistema, como el español, en el que son las partes las que deben probar el Derecho extranjero.

Palabras clave: Derecho extranjero, prueba, cooperación internacional, norma de conflicto.

ABSTRACT**APPLICATION OF FOREIGN LAW IN THE SPANISH COURTS. A CRITICAL STUDY**

This study analyses the art. 33.3 of the Spanish Act 29/2015 of 30th July 2015, on international legal cooperation in civil matters. This legal instrument has dealt with the problem that arises when foreign law is applicable to the merits of the case but this law cannot be proven. This work shows that the provision above has not solved in any way the question of what to do when the parties could prove the content of the foreign law but they refuse to do so. Therefore, the previous disparity of criteria in the Spanish case law on the problem is maintained. This study emphasizes that the Spanish law maker did not assume the necessary consequences of the mandatory nature of the Spanish conflict rules and the fact that, in the Spanish conflict of law system, the parties must prove the foreign law when applicable.

Keywords: international legal cooperation in civil matters, proof of foreign law mandatory nature of the conflict rules.