

# IMPERATIVIDAD DE LA NORMA DE CONFLICTO Y PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO EN LOS REGLAMENTOS SOBRE LEY APLICABLE A LAS SITUACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES

PATRICIA OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS

Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Oviedo

1.- Aplicación de la norma de conflicto y aplicación del Derecho extranjero en los sistemas procesales estatales: el ejemplo español

1.1. Imperatividad de la norma de conflicto (con carácter general)

1.2. Desconocimiento de la imperatividad en la jurisprudencia española

1.3. Posibilidades de aplicación de oficio del Derecho extranjero

2.- Las normas de conflicto institucionales

2.1. Imperatividad de los reglamentos sobre ley aplicable (en particular)

2.2. Aplicación de la ley extranjera elegida por las partes

2.3. Alcance de la unificación conflictual: admisibilidad de divergencias en los sistemas estatales

3.- Conclusiones

1. Aplicación de la norma de conflicto y aplicación del Derecho extranjero en los sistemas procesales estatales: el ejemplo español

1.1. Imperatividad de la norma de conflicto (con carácter general)

La norma de conflicto multilateral constituye la técnica normativa predominante en el sector del Derecho aplicable<sup>1</sup>, tanto en el sistema español como en la práctica totalidad de los ordenamientos europeos. Como es sabido, este tipo de norma da respuesta a la cuestión de qué ley debe aplicarse a una relación jurídico-privada que está vinculada con dos o más ordenamientos, a través de su localización en uno de estos ordenamientos, en función de los criterios que demande la materia (principio de proximidad, protección de una parte débil, protección de intereses estatales...). La norma de conflicto, por tanto, puede conducir a la aplicación de la ley del foro o a la aplicación de una ley extranjera. Ésta puede requerir un tratamiento especial en el proceso, pero se coloca, en principio, en situación de igualdad con respecto al Derecho del foro.

Parte de la doctrina se ha mostrado partidaria de aplicar la norma de conflicto de forma facultativa<sup>2</sup>, esgrimiendo razones de diversa índole, como la menor calidad que se lograría en su aplicación o el aumento de cargas procesales que comporta la necesidad de practicar pruebas sobre su contenido (y nunca en relación con el Derecho del foro). Por su parte, la jurisprudencia de algunos Estados se ha adscrito a tal facultatividad del sistema conflictual, tanto

---

<sup>1</sup> Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*, 5ª ed., Civitas, Madrid, 2009, p. 113-114.

<sup>2</sup> Vid. por todos, FLESSNER, A.: *Fakultatives Kollisionsrecht*, en *RabelsZ*, vol. 34, 1970, pp. 547 y ss.. Sobre la materia, vid. DE BOER, T.: *Facultative Choice of Law. The Procedural Status of Choice of Law Rules and Foreign Law*, en *Recueil des Cours* (de la Academie de Droit International de La Haye), t. 257, 1996, pp. 223-428.

en el pasado<sup>3</sup> como en la actualidad<sup>4</sup>, lo que comporta que las autoridades sólo aplican las normas de conflicto que remiten a una ley extranjera en la medida en que las partes no prefieran resolver el litigio con arreglo a la ley del foro. Pero existen razones de peso, como la seguridad jurídica y la igualdad en el tratamiento de situaciones iguales, para defender el carácter imperativo de la norma de conflicto; y suelen imponerse. Por lo general, este tipo de norma es tan de obligada aplicación como cualquier otra, de forma que en la mayor parte de los sistemas la imperatividad ni siquiera es objeto de una mención expresa<sup>5</sup>. El Derecho español constituye la excepción, al contar con una disposición explícita: el artículo 12.6 del Cc establece que “*los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español*”.

En la medida en que la opción del legislador español por la imperatividad se hace patente en el artículo 12.6 Cc, en nada ha de incidir la fuente de la norma de conflicto<sup>6</sup>, como tampoco su carácter<sup>7</sup>. No sería descabellado justificar un trato diferente de las normas contenidas en convenios, frente a las estatales; o de las normas de conflicto materialmente orientadas, frente a las meramente localizadoras (o neutras)<sup>8</sup>: de hecho, la distinción pudo ser precisa cuando había que salvar la contradicción sistemática o incoherencia del (hoy derogado) segundo párrafo del artículo 12.6 Cc con el párrafo primero de la propia

---

<sup>3</sup> Así, la francesa, con el famoso *Asunto Bisbal* como punto de partida. Sobre este caso, *vid.* ANCEL, B. y LEQUETTE, Y.: *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5ª ed., Dalloz, París, 2006, pp. 284-298. Esta jurisprudencia, no obstante, ha experimentado una notable evolución hacia la igualdad entre la ley francesa y la extranjera, tanto en lo que respecta al estatuto procesal como a su vocación para regular situaciones internacionales. Al respecto, *vid. ibidem*; y *vid.* también, entre otros, FOYER, J.: *Diversité des droits et méthodes des conflits de lois*, en *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon, Dalloz, París, pp. 57-70, esp. p. 65; y ANCEL, J.P.: *L'invocation d'un droit étranger et le contrôle de la Cour de cassation*, en *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, *op. cit.*, pp. 3-10, p. 6.

<sup>4</sup> En España, sostienen que la “*solución vigente*” es un sistema conflictual facultativo VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: en *Litigación internacional. Derecho procesal civil internacional*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2007, p. 523 (*vid. infra*).

<sup>5</sup> De hecho, afirma GEROONS, S.: *Foreign Law in Civil Litigation. A Comparative and Functional Analysis*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 22 y ss., que ninguno de los sistemas de Derecho continental que analiza en su obra (alemán, belga, neerlandés y francés) contiene semejante norma. Cabe añadir que tampoco el sistema italiano, ni el suizo: los arts. 14 de la Ley italiana de DIPr (*Legge n. 218, Riforma del Diritto internazionale privato*, de 31 de mayo de 1995, LIDIPr, disponible en <http://www.iusreporter.it/Testi/legge218-1995.htm>) y 16 de la Ley suiza de DIPr (*Loi fédérale sur le droit international privé*, de 18 de diciembre de 1987: LDIP, disponible en <http://www.admin.ch/ch/f/rs/2/291.fr.pdf>) hacen referencia a la aplicación de oficio del Derecho extranjero, dando por hecho que la norma de conflicto también se aplica imperativamente.

<sup>6</sup> Más adelante se analiza la imperatividad que *per se* tienen los reglamentos sobre ley aplicable. La aplicación imperativa de estos coincide con la solución española (y la de la mayor parte de los sistemas de la Europa continental), pero aunque no fuese así (si el sistema estatal optase por la aplicación facultativa), prevalecería la imperatividad de la norma institucional.

<sup>7</sup> En este mismo sentido, GARAU SOBRINO, F.F.: *La prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, Revista General del Derecho, núms. 678-679, 2001, pp. 2343-2366, esp. pp. 2349-2350. *Vid.*, también, aunque defendiendo el carácter facultativo del sistema conflictual español, VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *Litigación internacional*, *op. cit.*, p. 535 (al respecto, *vid. infra*).

<sup>8</sup> Cf. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 158.

disposición<sup>9</sup> (*vid. infra*). Pero en la actualidad no sólo no es posible trazar tal distinción<sup>10</sup>, sino que tampoco es necesaria, toda vez que ahora el sistema sí permite al juez cumplir con el mandato de la norma de conflicto, a través de la nueva regulación de la prueba del Derecho extranjero en el proceso civil.

Y es que, en efecto, por más que exista una disposición específica que declare que la norma de conflicto debe aplicarse imperativamente, sólo es posible respetar este mandato si existen instrumentos procesales adecuados. En particular, las autoridades han de estar en condiciones de aplicar de oficio cualquier ley: no sólo la del foro, sino también una ley extranjera. Si tal aplicación se supedita a la práctica de prueba del Derecho, cuando el Derecho aplicable es extranjero, la prueba tiene que poder ser practicada a instancia de la autoridad. De lo contrario, esto es, si queda en manos de las partes la actividad probatoria del Derecho extranjero, como ocurre en los ordenamientos de *Common Law*<sup>11</sup>, la norma de conflicto se convierte en facultativa, pues la inactividad de tales partes equivaldrá a la aplicación del Derecho del foro<sup>12</sup>, salvo que lo previsto para tal caso sea inadmitir la pretensión<sup>13</sup>. De esta forma, la mayor parte de los sistemas europeos, ya sea expresamente, ya a través del correspondiente desarrollo judicial, han optado por pronunciarse de forma inequívoca a favor de la aplicación de oficio de la ley extranjera<sup>14</sup>. No el caso, sin embargo, del sistema español. Aunque (a mi juicio) sea posible interpretar

---

<sup>9</sup> Al respecto, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial*, Tecnos, Madrid, 1994.

<sup>10</sup> Fundamentalmente, dada la imperatividad de la norma de conflicto, sin distinción de su origen. A este respecto me parecen concluyentes los argumentos aportados por GARAU SOBRINO, F.F.: *La prueba del Derecho extranjero...*, *loc. cit.*, pp. 2349-2350.

<sup>11</sup> En los que se presume que la ley extranjera tiene un contenido idéntico al de la ley del foro, de manera que recae en las partes la carga de la prueba de cualquier ley extranjera con un contenido diferente: *vid.* al respecto FAWCETT, J.J. y CARRUTHERS, J.M.: *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, Sir North, P. (Ed.), 14ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 111-113.

<sup>12</sup> Cf. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *Artículo 12, Apartado 6*, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. I, vol. 2, Albaladejo, M. y Díaz Alabar, S. (Eds.), Ed. Edersa, Madrid, 1995, pp. 973-1082, esp. pp. 991 y 992.

<sup>13</sup> Esta posibilidad, que ha sido defendida por parte de la doctrina española (*vid.*, *v.gr.*, CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, vol. I, 10ª ed., Comares, Granada, 2009, pp. 336 y ss.) y aplicada en ocasiones por la jurisprudencia (*vid. infra*, notas 22 y 24), presenta inconvenientes graves. No sólo puede dar lugar a una denegación de justicia si la falta de pruebas no puede ser imputada a las partes (imposibilitadas para obtenerlas), como puso de relieve el TC en su Sent. 10/2000, de 17 de enero de 2000 (disponible en <http://www.tribunalconstitucional.es>) sino que, además, impediría, conforme a lo previsto en el art. 400 LEC, que las partes puedan volver a plantear la misma pretensión. Al respecto, *vid.* VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *Litigación internacional*, *op. cit.*, p. 521; y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, pp. 154-155.

<sup>14</sup> *Vid.*, en Alemania, el art. 293 ZPO y la interpretación jurisprudencial, el sentido señalado, en KROPHOLLER, J.: *Internationales Privatrecht*, 5ª ed., Mohr Siebeck, Tübinga, 2004, pp. 45 y 46; en Bélgica, el art. 15.1 del Código de Derecho internacional privado (cuya ley que lo contiene, de 16 de julio de 2004, se encuentra disponible en <http://staatsbladclip.zita.be/moniteur/lois/2004/07/27/loi-2004009511.html>); en Portugal, *vid.* DE LIMA PINHEIRO, L.: *Direito Internacional Privado*, vol. I, 2ª ed., ed. Almedina, Coimbra, 2008, pp. 576-578; en Italia, el citado art. 14 LIDIPr y, al respecto PICONE, P.: *La prova del diritto straniero nella legge italiana di riforma del diritto internazionale privato*, en *Festschrift für Erik Jayme*, v. I, H.P. Mansel *et al.*, (Eds.), Sellier, Munich, 2004, pp. 690-700; en Suiza, el también mencionado art. 16 LDIP, y, al respecto, BUCHER, A. y BONOMI, A.: *Droit international privé*, Helbing & Lichtenhahn, Basilea/Ginebra/Munich, 2001, p. 119.

que las autoridades españolas pueden (y deben) aplicar de oficio el Derecho extranjero, la ausencia de una norma explícita, inequívoca, da lugar a que la práctica española actual siga contraviniendo la citada norma del Código civil, convirtiendo el sistema conflictual en facultativo *de facto*.

## 1.2. Desconocimiento de la imperatividad en la jurisprudencia española

Un análisis de la práctica española en la materia en los últimos dos años permite constatar el problema advertido: aunque la norma de conflicto sea de obligada aplicación (ex art. 12.6 Cc), de manera que también debería ser forzoso aplicar el Derecho al que remita, sea el del foro o uno extranjero (pues tal es la consecuencia jurídica de la norma de conflicto), la *lex fori* suele desplazar a la ley extranjera en principio aplicable. Y no es que no quepa, en ningún caso, que tal desplazamiento se produzca. Es lo que se considera que debe ocurrir, de hecho, cuando la aplicación de la ley extranjera sea contraria al orden público (art. 12.3 Cc)<sup>15</sup>; o cuando sea realmente (materialmente) imposible determinar o probar su contenido<sup>16</sup> (cuestión sobre la que se vuelve *infra*). Cabe, incluso, hacer uso del mecanismo del reenvío, para terminar dando aplicación la ley española (ex art. 12.2 Cc)<sup>17</sup>. Pero lo que no se debería admitir es que la norma de conflicto sea obviada por voluntad de las partes o de la autoridad, por ignorancia del Derecho o por simple comodidad; no, por lo menos, mientras el propio Código civil español la declare de aplicación imperativa.

Sin embargo, es lo que ocurre, como se ha avanzado, en la práctica jurisprudencial española. Así, un primer supuesto de inaplicación de la ley extranjera a la que remite la norma de conflicto se produce habitualmente cuando las partes fundamentan sus pretensiones en la *lex fori*, omitiendo toda mención a la internacionalidad del supuesto, a la norma de conflicto o al Derecho extranjero<sup>18</sup>. En este caso es la voluntad de las partes la que, en la mayor parte de las ocasiones, conduce a la aplicación de la ley española, aunque entre los criterios que la norma de conflicto contempla para determinar la ley aplicable no se encuentre la autonomía conflictual<sup>19</sup>. También cabe la

---

<sup>15</sup> Vid., v.gr., Sent. AP Asturias (Sección 7ª) núm. 172/2009, de 23 de marzo, *Westlaw Aranzadi*, JUR 2009/274412 y mi Nota en *Revista Española de Derecho Internacional*, 2010 (en prensa).

<sup>16</sup> Al respecto, vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*, op. cit., p. 146.

<sup>17</sup> Vid., v.gr., Sent. AP Alicante (Sección 9ª) núm. 203/2009, de 30 de marzo, *Westlaw Aranzadi*, JUR 2009/2559912. Compárese con Sent. AP Valencia (Sección 10ª) núm. 85/2009, de 10 de febrero, *ibid.*, JUR 2010/73433.

<sup>18</sup> Sents. AP Barcelona (Sección 12ª) núm. 669/2009, de 8 de octubre, *Westlaw Aranzadi*, JUR 2009/490271; núm. 17/2010, de 20 de enero, *ibid.*, JUR 2010/105750 y núm. 44/2010, de 1 de febrero, *ibid.*, JUR 2010/148386; Sent. AP Madrid (Sección 12ª) núm. 590/2009, de 16 de septiembre, *ibid.*, JUR 2010/721990 y Sent. AP Castellón (Sección 2ª) de 7 de octubre de 2009, *ibid.*, JUR 2010/52721.

<sup>19</sup> Resulta, a este respecto, muy ilustrativo el F.D. Tercero de la Sent. AP Madrid (Sección 12ª) núm. 590/2009, de 16 de septiembre, cit.: “En atención al contenido del art. 281.1.2 “*in fine*” de la LEC, dicha norma no obliga al tribunal a su averiguación [la del Derecho extranjero aplicable, in casu, de la República Dominicana], sino que le concede una mera facultad, difícilmente compatible en el este caso con la postura de las partes en pro de la aplicación del derecho español, la actora por petición expresa y la demandada por su oposición formal a dicha aplicación” (el énfasis es mío). Por su parte, la Sent. AP Castellón (Sección 2ª)

posibilidad, no obstante, de que la existencia o la aplicabilidad de la norma de conflicto sean ignoradas por las partes, de manera que la ley del foro se aplique por su desconocimiento de los mecanismos propios del DIPr, antes que por una elección consciente. Pero, cualquiera que sea el caso, el resultado es que la autoridad inaplica una norma, la de conflicto, que está obligada a aplicar.

Otro tanto ocurre cuando se soluciona el litigio conforme a la *lex fori*, a pesar de que alguna parte invoque la ley extranjera realmente aplicable. Este segundo supuesto suele tener lugar cuando esa parte no presenta ninguna prueba en relación con ella<sup>20</sup>, pero también cuando la prueba presentada se considera insuficiente por la autoridad<sup>21</sup>. En el primero de los casos, cabe pensar que la invocación del Derecho extranjero no responde a un auténtico deseo de ver aplicado dicho Derecho, pues si realmente hubiese querido que el litigio fuese resuelto conforme a la ley extranjera, habría tratado de presentar algún tipo de prueba; pero no es descartable que no se haya podido obtener. Ahora bien: en realidad las motivaciones de las partes tampoco son relevantes. No importa si no han sido capaces de obtener los instrumentos probatorios necesarios o suficientes, o si en realidad quieren que se aplique el Derecho español. El mandato de la norma de conflicto no debe verse contradicho ni por la voluntad de las partes ni por su incapacidad para procurarse los medios probatorios de la ley extranjera.

Finalmente, cabe advertir que en periodo de tiempo señalado tampoco han faltado decisiones favorables a desestimar la demanda<sup>22</sup>, ni a la aplicación la ley designada por el siguiente punto de conexión<sup>23</sup>, aunque se trate de respuestas menos consolidadas<sup>24</sup>.

En todo caso, de lo que no cabe duda es de la excepcionalidad de las resoluciones que optan por la aplicación de oficio del Derecho extranjero cuando éste no se ha invocado ni se ha presentado ningún de tipo de prueba; como también, quizás de forma aún menos explicable, de las que reflejan que la autoridad haya ordenado la práctica de más pruebas, ante la insuficiencia de las presentadas por las partes. Como ya se ha advertido, resulta más habitual – sin duda es mucho más cómodo– prescindir de la prueba de la ley extranjera,

---

de 7 de octubre de 2009, *cit.*, reproduce la Sent. AP Almería (Sección 3ª) de 28 de junio de 2004, en la que el órgano jurisdiccional reconoce el peligro de “*que por esta vía se pueda incurrir en el riesgo de dejar a la elección de las partes la cuestión de la Ley aplicable (puede no interesarles alegar el derecho extranjero designado por la norma de conflicto, prefiriendo, en cambio, la lex fori)*”.

<sup>20</sup> Vid. Sents. AP Barcelona (Sección 12ª) núm. 85/2009, de 11 de febrero, *ibid.*, JUR 2009/171849 y núm. 551/2009, de 18 de julio, *ibid.*, JUR 2009/416922 (en ambos supuestos, invocación de la *Mudawana*, sin ningún tipo de prueba); Sent. AP Asturias (Sección 7ª) núm. 172/2009, de 23 de marzo, *cit.*; y Sent. AP Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª) núm. 259/2009, de 12 de junio, *ibid.*, JUR 2009/484407.

<sup>21</sup> Vid. Sent. AP Baleares (Sección 4ª) núm. 463/2009, de 18 de diciembre, *Westlaw Aranzadi*, JUR 2010/92979 (falta de prueba de la vigencia e interpretación de la ley suiza); y Sent. AP Barcelona (Sección 12ª) 198/2009, de 25 de marzo, *ibid.*, JUR 2009/2009 (falta de prueba de vigencia e interpretación de la ley argentina).

<sup>22</sup> Vid. Sent. AP Castellón (Sección 1ª) núm. 17/2009, de 16 de enero, *Westlaw Aranzadi*, AC/2009/699; y Sent. AP Tenerife (Sección 1ª) núm. 375/2009, de 14 de septiembre.

<sup>23</sup> Sent. AP de Barcelona (Sección 12ª) núm. 887/2009, de 21 de diciembre, *Westlaw Aranzadi*, JUR 2010/8445.

<sup>24</sup> Que no poco frecuentes: en muchas de las resoluciones citadas en las notas precedentes se pone de manifiesto que la inadmisión de la demanda fue la solución adoptada por los juzgados de primera instancia, ante la falta de presentación de prueba del Derecho extranjero por las partes.

y, con ella, de su aplicación. Y, sin embargo, por más que la redacción de las normas adolezca de falta de claridad, quizás pretendidamente, una lectura más respetuosa con la imperatividad de las normas de conflicto es posible<sup>25</sup>.

### 1.3. Posibilidades de aplicación de oficio del Derecho extranjero

El artículo 281.2 LEC establece que “*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*”, de forma que, si hay algo que puede afirmarse con cierta seguridad es que el Derecho extranjero no recibe en el proceso el mismo tratamiento que el Derecho español, que el juez tiene que conocer y aplicar con arreglo al principio *iura novit curia*<sup>26</sup>. Antes al contrario, el citado precepto establecería de manera inequívoca la imposibilidad de resolver de acuerdo con un Derecho extranjero sin que hayan sido probados su contenido y vigencia, porque el juez, por ejemplo, tenga un conocimiento privado de estos extremos<sup>27</sup>. Esta imposibilidad contrasta con las facultades atribuidas a las autoridades que dan aplicación extrajudicial al Derecho extranjero, ya que éstas pueden hacerlo sobre la base de su conocimiento privado<sup>28</sup>. Además, una segunda conclusión que cabe extraer del artículo 281 LEC es que también niega que el Derecho extranjero pueda recibir el mismo tratamiento que los hechos, desde el momento en que se regula de forma diferenciada de éstos, junto a la costumbre<sup>29</sup>.

A partir de esta doble constatación, las lecturas que se han hecho sobre la regulación son variadas. Una buena parte de la doctrina española se ha

---

<sup>25</sup> Lectura que ha sido defendida fundamentalmente, en la doctrina española, por CARBALLO PIÑEIRO, L.: *El carácter imperativo de la norma de conflicto y la prueba del Derecho extranjero. Una relectura en clave procesal y constitucional*, Anuario Español de Derecho Internacional Privado, t. I, 2001, pp. 483-503; y que sigo en lo fundamental.

<sup>26</sup> Cf. JIMÉNEZ BLANCO, P.: *Artículo 281*, en Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000), F. Gómez de Liaño González (Coord.), Forum, Oviedo, 2000, pp. 348-351, esp. p. 349.

<sup>27</sup> No se adecuaría a Derecho, por tanto, la Sent. TS (Sala 1ª) de 10 de junio de 2005 (*Westlaw Aranzadi*, RJ 2005/6491), en la medida en que afirma (FD Primero) que *En efecto, los hechos están regidos por la regla de aportación de parte (quod non est in actis non est in mundo), mientras que, en nuestro ordenamiento, el Tribunal está facultado para valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para la aplicación del Derecho extranjero (artículo 12.6.2 del Código Civil, redacción anterior a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que era la vigente al interponerse la demanda, y artículo 281.2 de esta última Ley), lo que significa tanto como que debe aplicarlo si es que lo conoce y, al fin, que de hecho la aportación de parte sólo sea necesaria para suplir aquella información. Por otro lado, la norma jurídica extranjera viene designada por la de conflicto del foro, que pertenece al ordenamiento que el Tribunal debe aplicar de oficio (artículo 12.6 del Código Civil). Como consecuencia el Derecho extranjero no tiene que ser alegado en el proceso por las partes para que el Juez deba tener en cuenta la designación que de él efectúa la norma de conflicto, por mas que ello sea para darle el tratamiento procesal que corresponda”* (el énfasis es mío).

<sup>28</sup> Vid. el art. 36 RH, que permite al registrador de la propiedad aplicar la ley extranjera que conozca, bajo su responsabilidad y haciéndolo constar en el correspondiente asiento; y los arts. 168 RN y 91 RRC, que también autorizan al notario y al encargado del registro civil respectivamente, dar aplicación al Derecho extranjero que conozcan sin necesidad de practicar ninguna prueba ni atender a ninguna condición.

<sup>29</sup> Cf. CUARTERO RUBIO, M.V.: *Prueba del derecho extranjero y tutela judicial efectiva*, Derecho Privado y Constitución, núm. 14, 2000, pp. 21-61, esp. pp. 28-29 y 31.

negado a ver un cambio fundamental en la normativa a raíz de la LEC de 2000<sup>30</sup>; sigue, en cierto modo, anclada al (hoy derogado) segundo párrafo del artículo 12.6 Cc, que establecía que “*la persona que invoque el Derecho extranjero deberá acreditar su contenido por los medios 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 provisiones oportunas*”. Este precepto, por tanto, impedía aplicar el Derecho extranjero reclamado por la imperativa norma de conflicto española mientras *una persona* (una de las partes), la interesada, no lo invocase y probase. La función del juzgador, que la disposición diferenciaba expresamente de la de las partes, era de mero auxiliar en la práctica de la prueba. Sin embargo, el artículo 281.2 LEC en absoluto reproduce lo dispuesto en el antiguo artículo 12.6.II Cc. No contiene ninguna referencia a obligación alguna por las partes: ni en relación con la alegación, ni en lo que respecta a la prueba del Derecho extranjero<sup>31</sup>. De hecho, la nueva normativa puede ser objeto de otra lectura que, además, es la que debe retenerse, dado que permite cumplir con el mandato de la norma de conflicto (y, en el ordenamiento español, con el artículo 12.6 Cc). Ciertamente, esta otra interpretación, que se expone a continuación, no es la acogida por la jurisprudencia española mayoritaria. Como se ha indicado antes, la ausencia de invocación y prueba por las partes del Derecho extranjero suele conducir a la aplicación de la ley española, como venía siendo habitual al amparo de la anterior regulación, de manera que no puede extrañar que haya autores que traten de acomodar las actuales normas a la práctica jurisprudencial, proponiendo otras lecturas del sistema<sup>32</sup>.

Si el órgano jurisdiccional está obligado a aplicar de oficio (imperativamente) la norma de conflicto y ésta remite a un Derecho extranjero, este Derecho debe ser aplicado, de forma que si no es invocado ni probado por las partes, para cumplir con lo dispuesto en la ley, la autoridad judicial deberá<sup>33</sup> acordar de oficio determinadas actuaciones encaminadas a la prueba de ese contenido y vigencia, toda vez que, como se ha indicado, lo que el artículo 218 LEC 2000 deja claro es que no cabe prescindir de tal prueba. Al efecto está autorizado, con carácter general<sup>34</sup>, tanto por el propio artículo 281 LEC

---

<sup>30</sup> Cf. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: *La aplicación del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional*, Revista Española de Derecho Internacional, vol. LIV, 2002, pp. 205-223, esp. p. 206.

<sup>31</sup> Cf. JIMÉNEZ BLANCO, P.: *Artículo 281, loc. cit.*, p. 349.

<sup>32</sup> Así, por ejemplo, VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *Litigación internacional, op. cit.*, p. 520, ven en la parquedad de la normativa española una invitación al desarrollo judicial. Partiendo de la idea de que el art. 281 LEC impone la carga de probar el Derecho extranjero a las partes, advierten la dificultad de cumplir el mandato de la norma de conflicto si la ley extranjera aplicable no es probada por las partes, y concluyen que, en este caso, caben tres posibilidades en lo que respecta a ese desarrollo judicial: aplicación de la ley española, desestimación de la demanda o aportación de oficio de las pruebas. La primera, que es la adoptada por la jurisprudencia española, sería la más solución más razonable funcionalmente, a juicio de los autores (*ibídem*, pp. 519-521). A mi entender, no cabe duda de que en el proceso civil español rige, con carácter general, el principio de aportación de la prueba por las partes; pero no creo que sea necesariamente la solución del art. 281 LEC para la prueba del Derecho extranjero.

<sup>33</sup> Acerca de esta obligación, por más que no esté expresamente establecida, *vid.* CARBALLO PIÑEIRO, L.: *El carácter imperativo de la norma de conflicto...*, *loc. cit.*, p. 489 y nota 16.

<sup>34</sup> En procedimientos especiales, como los relativos a la capacidad, filiación, matrimonio y menores, es el art. 752.II LEC el que autoriza al juez a incorporar de oficio cualquier prueba

(recuérdese que prevé que el tribunal puede valerse “de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación”) como por el artículo 282 de la LEC, pues conforme a lo previsto en éste, “Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios o instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley”. Si la actividad probatoria ha de iniciarse por las partes, pero el órgano jurisdiccional puede acordar pruebas de oficio ante un mandato legal, debe acordar *ex officio* la prueba del Derecho extranjero que resulte aplicable, porque la aplicación de la norma de conflicto responde a un mandato legal<sup>35</sup>.

Las normas no son lo suficientemente claras, es evidente; pero quizás el legislador haya pretendido que así sea; es posible que no haya querido establecer de forma expresa la obligación de los tribunales de aplicar de oficio el Derecho extranjero<sup>36</sup>, pues en la medida en que sea llevado al proceso por las partes, los litigios serán menos costosos, sobre todo en términos temporales. Los costes económicos podrían repercutirse a las partes, pero en todo caso llevará más tiempo practicar pruebas solicitadas de oficio, toda vez que si las partes invocan el Derecho extranjero en la demanda (o en la contestación) con verdadera intención de que se aplique, suelen llevar los instrumentos probatorios preparados. En este sentido, no cabe sino coincidir en que la nueva LEC ha partido de un sistema de colaboración entre las partes y el juez<sup>37</sup>; pero no para excluir que la prueba del contenido y la vigencia del Derecho extranjero pueda ser realizada de oficio, sino sencillamente para procurar que dicha prueba recaiga fundamentalmente en las partes, pues a ellas, *por lo general*, les corresponde la iniciativa de la actividad probatoria<sup>38</sup>.

En efecto, como la norma general sigue siendo que la actividad probatoria deba iniciarse a instancia de las partes, son éstas las que debería realizar esta tarea de forma principal. Pero la falta de prueba del Derecho extranjero, como la propia falta de alegación –indiferente desde el momento en que la norma de conflicto es imperativa–<sup>39</sup> han de conducir al órgano jurisdiccional a ordenar la prueba del Derecho extranjero de oficio. La posibilidad de efectuar tal mandato no choca con los medios dispuestos por la regulación para la ordenación del proceso. El silencio de las partes respecto de la alegación y proposición de la

---

que estime pertinente, como recuerdan FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 158.

<sup>35</sup> El argumento es de JIMÉNEZ BLANCO, P.: *Artículo 281*, *loc. cit.*, p. 349. No se me escapa que las “leyes” que alteran esa carga de la prueba se identifican, por lo general, con normas de naturaleza procesal, de manera que, en función del objeto del proceso, éste será uno (ordinario) u otro (especial, regido por el principio inquisitivo o en el que el principio dispositivo se relaja); así, las normas que regirían ciertos procesos especiales son las que exigirían esa actuación de oficio por parte del juez (GARAU SOBRINO, F.F.: *La prueba del Derecho extranjero...*, *loc. cit.*, pp. 2348-2349). En este orden de cosas, no veo inconveniente en incluir a la disposición que declara la imperatividad de la norma de conflicto en la “ley” que pueda condicionar esa actuación del juez, puesto que está imponiendo un determinado comportamiento procesal a éste: si está vinculado a la norma de conflicto imperativamente, ha de poder suplir la pasividad de las partes.

<sup>36</sup> Con lo que habría dispuesto un sistema pleno de inseguridad jurídica que debería ser remediado a través de una reforma legislativa: cf. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: *La aplicación del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional*, *loc. cit.*, pp. 222-223.

<sup>37</sup> En este sentido, GARAU SOBRINO, F.F.: *La prueba del derecho extranjero...*, *loc. cit.*, p. 2347.

<sup>38</sup> *Vid.*, no obstante, otra interpretación en *ibidem*, *passim*.

<sup>39</sup> Cf. CUARTERO RUBIO, V.: *Prueba del Derecho extranjero...*, *loc. cit.*, pp. 30 y 31.

prueba del Derecho extranjero ha de ser remediado en la audiencia previa al juicio, conforme a lo dispuesto en el artículo 429 de la LEC<sup>40</sup>, aplicable tanto para el juicio ordinario como para el juicio verbal<sup>41</sup>. Además, y sólo en lo que al juicio ordinario respecta, el órgano jurisdiccional siempre cuenta con las diligencias finales. A este respecto, interesa advertir que, como ha sido ya puesto de relieve, el hecho de que el órgano jurisdiccional sea el que “lleve” al proceso el Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto, no sólo cuando no ha sido debidamente probado, sino también cuando no ha sido ni siquiera alegado por las partes, no altera necesariamente el *petitum* ni la *causa petendi*, toda vez que ésta se compone de los hechos jurídicamente relevantes para fundar la petición, esto es, de hechos históricos que admiten su subsunción en un determinado ordenamiento jurídico, pero no de las normas jurídicas<sup>42</sup>. En definitiva, introduciendo el Derecho extranjero, el órgano jurisdiccional no tendría por qué apartarse de ambos componentes del objeto litigioso (mantendría, con ello, la requerida congruencia, y podría decidir conforme al Derecho aplicable sin necesidad de desestimar la pretensión)<sup>43</sup>.

En resumen, creo que se puede –y debe– interpretar el nuevo sistema impuesto por la LEC de 2000 en el sentido de que autoriza al órgano jurisdiccional a solicitar la realización de pruebas en torno al contenido y la vigencia del Derecho extranjero que está obligado a aplicar en el supuesto litigioso, por mandato de la norma de conflicto. Ello, tanto en el caso en el que las pruebas propuestas por las partes no sean suficientes para probar el Derecho extranjero, cuanto si éstas ni siquiera invocan su aplicación.

## 2.- Las normas de conflicto institucionales

### 2.1. Imperatividad de los reglamentos sobre ley aplicable (en particular)

Los instrumentos institucionales vigentes hasta la fecha en el sector del Derecho aplicable, en concreto el Reglamento Roma I, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales<sup>44</sup> y el Reglamento Roma II, relativo a la ley

---

<sup>40</sup> Que establece que “cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente”.

<sup>41</sup> Respecto del juicio verbal, la posibilidad aparece prevista en el art. 442.3 LEC, como indica GARAU SOBRINO, F.F.: *La prueba del Derecho extranjero...*, loc. cit., p. 2348.

<sup>42</sup> Cf. *ibidem*, p. 494 y nota 34.

<sup>43</sup> Este mismo argumento, con idéntica interpretación, es esgrimido por ARENAS GARCÍA, R.: *Improcedencia a la aplicación del Derecho español solicitada por la actora en una separación de dos marroquíes residentes en España*, en Anuario Español de Derecho Internacional Privado, t. II, 2002, pp. 867-873, esp. p. 870. Así, si la *causa petendi* es, por ejemplo, el mutuo consenso en una separación judicial, y la ley reclamada por la norma de conflicto admite dicho consenso para concederla, no habría incongruencia ninguna. Si, por el contrario, tal Derecho aplicable no contempla tal motivo, lo procedente sería la desestimación de la demanda, que impediría replantearla por otros hechos no alegados conforme a los cuales sí se atendería al *petitum*: *vid.* al respecto *ibidem*, pp. 872-873.

<sup>44</sup> Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, DO L 177, de 4 de julio de 2008.

aplicable a las obligaciones extracontractuales<sup>45</sup>, también han optado por la norma de conflicto como técnica de reglamentación central<sup>46</sup>. Y esta norma debe considerarse de obligada aplicación, a mi juicio, cualquiera que sea la previsión al respecto en el Estado miembro en el que se aplique el concreto instrumento. Poco ha de importar, por tanto, que el sistema del juez que esté conociendo contemple la norma de conflicto como una norma de aplicación facultativa o imperativa. En primer lugar, porque el Reglamento, por definición (legal), tiene alcance general, es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro<sup>47</sup>; en segundo término, porque “*el correcto funcionamiento del mercado interior (...) exige, con el fin de favorecer la previsibilidad del resultado de los litigios, la seguridad en cuanto a la ley aplicable y la libre circulación de resoluciones judiciales, que las normas de conflictos de leyes vigentes en los Estados miembros designen la misma ley nacional con independencia del país del tribunal en el que se haya planteado el litigio*”<sup>48</sup>.

En efecto, los rasgos que el artículo 288 TFUE (ex art. 249 TCE) atribuye al reglamento, expuestos antes de forma sintética, no dejan lugar a otra interpretación. Si la aplicación directa de este tipo de acto implica que el reglamento despliega su doble efecto de alcance general y obligatoriedad en todos sus elementos, de manera efectiva y uniforme; si toda intervención por parte de los Estados está proscrita; si, en consecuencia, se prohíbe cualquier actividad del Estado miembro que pueda poner en cuestión la inmediatez de la efectividad del acto, de forma que no requiere ninguna medida adicional para producir sus efectos y resulta incompatible toda disposición que tenga por objeto disminuir su eficacia<sup>49</sup>, nada tienen que decir los sistemas estatales de los Estados miembros sobre la imperatividad o facultatividad de las normas de conflicto contenidas en un reglamento. Porque, además, como se ha indicado, el objetivo declarado de los instrumentos institucionales que regulan la ley aplicable es la unificación de dicha ley en sus ámbitos de aplicación. De hecho, si el legislador institucional escogió el reglamento y no la directiva como acto normativo en este sector, a pesar de lo que la base competencial podría haber sugerido como factible<sup>50</sup>, es porque la finalidad última es la unificación, frente a la alternativa armonizadora. Las normas estatales pueden y deben desarrollar aquéllos aspectos en los que no entran los reglamentos, pero la imperatividad

---

<sup>45</sup> Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, *DOUE* L 199, de 31 de julio de 2007.

<sup>46</sup> Sobre las razones para preferir este método frente a la unificación material, *vid.* DE MIGUEL ASENSIO, P.: *Conflictos de leyes e integración jurídica: Estados Unidos y la Unión Europea*, Anuario Español de Derecho Internacional Privado, t. 5, 2005, pp. 43-102, esp. p. 99.

<sup>47</sup> *Vid.* Art. 288 TFUE (ex art. 249 TCE).

<sup>48</sup> *Vid.* considerando 6 Reglamento Roma I y considerando 6 Reglamento Roma II.

<sup>49</sup> *Cf.* LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 3ª reimpr., Mangas Martín, A.; Liñán Noguerras, D.J., *Tecnos*, Madrid, 2008, pp. 362-366.

<sup>50</sup> El art. 65 TCE (antes de Lisboa) se refería a la competencia de las instituciones para adoptar “medidas de *aproximación* de las legislaciones (...) para garantizar (...) la *compatibilidad* de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes (...)” (el énfasis es mío), de manera que es lógico que se suscitara dudas razonables sobre la constitucionalidad de los reglamentos sobre ley aplicable (por ésta y por otras razones). *Vid.* SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho privado europeo*, Comares, Granada, 2002, p. 123. El actual art. 81 TFUE, por cierto, tiene idéntica redacción en lo que respecta al extremo aquí analizado.

viene dada por el propio carácter y por la finalidad del reglamento; cualquier desarrollo que las leyes estatales formulen tiene que respetar su efecto útil.

La ausencia de un tratamiento uniforme del Derecho extranjero eventualmente aplicable no debería ocasionar que las normas de conflicto institucionales se conviertan también en normas de aplicación facultativa, al menos por parte de las autoridades de los Estados miembros que según sus Derechos procesales internos no están obligadas (como el Reino Unido e Irlanda, o Francia), o no se consideran obligadas (como en España), a aportar de oficio la prueba del Derecho extranjero al que aquéllas remiten. Pero el peligro existe, como revela la inquietud mostrada por la Comisión al respecto: *“... el buen funcionamiento del espacio judicial europeo exige en ocasiones que una jurisdicción nacional aplique la ley de otro Estado miembro. La Unión deberá estudiar el modo de evitar la disparidad de las prácticas actuales en esta materia”*<sup>51</sup>.

En efecto, a mi juicio, las normas institucionales en realidad no necesitarían un desarrollo específico por parte de los Derechos estatales en lo que se refiere a la mencionada imperatividad, como tampoco es obligado, en puridad, disponer que la ley extranjera por ellas reclamada ha de ser aplicada incluso de oficio. El carácter imperativo de las normas de conflicto institucionales ya comporta la obligación de las autoridades de los Estados miembros de aplicar de oficio la ley extranjera reclamada por el reglamento, cualquiera que sea la regulación procesal interna. La aplicación del reglamento no puede, en consecuencia, depender de la voluntad de las partes<sup>52</sup>, esto es, de que éstas acudan al proceso con la prueba de la ley extranjera (como ocurre, según se ha indicado, en algunos sistemas europeos), de forma que no cabe dejar en manos del Derecho procesal de los Estados miembros la obligación de todas las autoridades de proceder a tal aplicación. Si así fuera, se obviaría la obligatoriedad del reglamento y su carácter de instrumento directamente aplicable, y se pondría en cuestión su finalidad principal, esto es, unificar la ley aplicable en los Estados miembros a las situaciones privadas internacionales.

Ahora bien: que una regulación expresa no sea imprescindible no quiere decir que no pueda ser útil. Quizás no estuviera de más incluir una norma de carácter pedagógico en los propios reglamentos: una norma que advierta sobre ambos extremos, para evitar cualquier interpretación que pueda ser contraria a Derecho.

## 2.2. Aplicación de oficio de la ley extranjera elegida por las partes

Aunque la aplicación del reglamento no está a merced de la voluntad de las partes, sí lo está, con carácter general, la propia ley aplicable. Las normas institucionales permiten la elección del Derecho rector de las obligaciones

---

<sup>51</sup> Vid. punto 3.3 de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos*, Bruselas, 10.6.2009, COM(2009) 262 final, en p. 14, disponible en <http://eur-lex.europa.eu>.

<sup>52</sup> Al menos si éstas dirimen sus conflictos ante órganos jurisdiccionales. Por supuesto, cabe que prescindan de dicha aplicación en el marco de medios alternativos de resolución de controversias, como el arbitraje, la mediación o la conciliación.

contractuales<sup>53</sup> y de las extracontractuales<sup>54</sup>; y esta elección, cuando se permite, puede efectuarse en cualquier momento, de forma que la invocación de un determinado Derecho, sin debate en el proceso sobre la pertinencia en torno a su aplicación por la otra parte, equivale a una elección de ley, y una elección posterior prevalece sobre la anterior<sup>55</sup>.

Conforme a lo expuesto, si una cláusula de elección de ley contenida en el contrato determina la aplicación de una ley extranjera, pero las partes fundamentan sus pretensiones en el Derecho del foro, se debe entender que la ley elegida es la *lex fori*. Y lo mismo ocurre cuando la ley extranjera viene designada por la norma de conflicto prevista para los casos en que no hay elección expresa, cuando ésta es posible: si las partes no invocan ni prueban la ley extranjera aplicable en defecto de elección se entenderá que han elegido la del foro. En estos dos casos el aplicador de la norma no puede llevar al proceso ni aplicar de oficio un Derecho distinto al invocado por las partes, porque éste, el Derecho del foro, y no otro, sería el verdaderamente aplicable según la norma de conflicto, que habilita a dicha autonomía conflictual. Pero si la ley extranjera ha sido designada como ley rectora de la obligación (contractual o extracontractual) a través de una cláusula eficaz de *electio iuris*, que una de las partes invoca, o si ambas partes coinciden en el proceso sobre la aplicabilidad de una ley extranjera (elegida expresa o tácitamente), cabe preguntarse hasta qué punto no deberían ser éstas, en tanto que interesadas en su aplicación, las obligadas a aportar las pruebas correspondientes sobre su contenido<sup>56</sup>.

A favor de exigir la aportación de pruebas por las partes cuando la ley aplicable sea una ley extranjera elegida por ellas milita el hecho de que la política legislativa que subyace a la norma de conflicto se basa, precisamente, en la autonomía de la voluntad. Cabría interpretar, así, que las partes realmente no quieren ver aplicada la ley extranjera, sino la *lex fori*, si no aportan las pruebas correspondientes, aunque alguna de ellas, o ambas, manifiesten en el proceso que su voluntad es que el litigio se resuelva con arreglo a una ley extranjera<sup>57</sup>. El problema es que esta interpretación no está expresamente prevista en las normas institucionales, de manera que podría no ser tenida en cuenta en los Estados miembros en los que las normas procesales internas obligan a la aplicación de oficio del Derecho extranjero. Si en estos Estados la invocación del Derecho extranjero por las partes es suficiente para obligar al juez a traerlo al proceso, salvo que se establezca una norma expresa en contra (es decir, una norma institucional que disponga que

---

<sup>53</sup> Vid. art. 3 RRI y las limitaciones previstas en este precepto y en el art. 5.1 RRI para el contrato de transporte, el art. 6.2 RRI para los contratos de consumo, el art. 7.3 RRI para determinados contratos de seguro, y el art. 8.1 RRI para los contratos de trabajo.

<sup>54</sup> Vid. art. 14 RRII, y las excepciones de los arts. 6.4 RRII y 8.4 RII.

<sup>55</sup> Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*, op. cit., p. 493.

<sup>56</sup> Obsérvese que el sistema suizo, en el que la aplicación de la ley extranjera se debe realizar de oficio, faculta al juez para que solicite a las partes que presenten la prueba del contenido del Derecho extranjero en materias patrimoniales, que son materias en las que cabe autonomía de la voluntad. Al respecto, BUCHER, A. y BONOMI, A.: *Droit international privé*, op. cit., p. 120. Vid. también el Derecho belga, que establece que "*lorsque le juge ne peut pas établir ce contenu, il peut requérir la collaboration des parties*" (art. 15.2 Código de DIPr).

<sup>57</sup> Porque recuérdese que, si nada indican sobre la ley aplicable, y basan sus pretensiones en la ley del foro, se deberá "entender que es ésta la ley elegida (posteriormente, si había una elección de ley extranjera con carácter previo).

cuando cabe elección de ley, la efectiva aplicación de una ley extranjera dependerá de la aportación por las partes de las pruebas precisas a tal efecto), la interpretación de la insuficiente actividad probatoria por las partes en el sentido expuesto pondrá en riesgo la aplicación uniforme del reglamento.

### 2.3. Alcance de la unificación conflictual: admisibilidad de divergencias en los sistemas estatales

Aún considerando que la aplicación de la norma de conflicto institucional es imperativa, y que, en consecuencia, los jueces y tribunales de todos los Estados miembros deben aplicar de oficio el Derecho extranjero al que remite dicha norma de conflicto, subsisten algunos aspectos no regulados por las normas institucionales que interesa analizar, a fin de determinar si es preciso que el legislador institucional se ocupe de ellos para garantizar el objetivo de uniformidad que persiguen los reglamentos.

Cabe plantearse si dicho objetivo puede peligrar por diferencias en torno a la propia consideración de la necesidad de prueba (si es necesaria o no) y a su objeto (cuando se obliga a la presentación de pruebas, sobre qué aspectos han de recaer). Al efecto, se ha de tener en cuenta que una aplicación adecuada de la ley extranjera es la que el órgano jurisdiccional realiza tratando de actuar como si fuese una autoridad del Estado cuya ley aplica. El aplicador necesita conocer, por tanto, no sólo el contenido y la vigencia de las normas extranjeras aplicables, sino también su interpretación y aplicabilidad al caso. Estos son, de hecho, los aspectos sobre los que se considera por lo general que debe practicarse la prueba del Derecho extranjero<sup>58</sup>. Ciertamente, resulta muy complicado que una autoridad aplique una ley extranjera de forma idéntica a como lo haría la autoridad del Estado cuya ley se aplica. No en vano la doctrina alemana discute sobre la realidad del dicho según el cual “en la aplicación del propio Derecho un juez actúa como arquitecto, mientras que en la aplicación de un Derecho extranjero es un fotógrafo”<sup>59</sup>. Pero creo que mientras exista una concepción más o menos uniforme respecto a los aspectos que la autoridad debe conocer en relación con el Derecho extranjero que ha de aplicar, es posible dar una respuesta negativa en lo que respecta a la primera de las cuestiones, esto es, a si la propia práctica de la prueba debe considerarse obligatoria en todos los Estados miembros. Si la autoridad no tiene dudas sobre la existencia, vigencia, interpretación y aplicabilidad del Derecho extranjero, o al menos no más que las que puede tener cuando se aplica la ley del foro, poco

---

<sup>58</sup> Así, en España (vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*, op. cit., pp. 160-162; y VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *Litigación internacional*, op. cit., pp. 524-525); pero también en Alemania (vid. KROPHOLLER, J.: *Internationales Privatrecht*, op. cit., p. 211); en Portugal, donde el artículo 23 Cc se refiere expresamente, en su apartado 1º, a que “*A lei estrangeira é interpretada dentro do sistema a que pertence e de acordo com as regras interpretativas nele fixadas*” (vid. DE LIMA PINHEIRO, L.: *Direito Internacional Privado*, op. cit., pp. 575-576); en Suiza (vid. BUCHER, A. y BONOMI, A.: *Droit International privé*, op. cit., p. 119); en Italia, donde también hay una disposición específica: el artículo 15.1 LIDIPr establece que “*La legge straniera è applicata secondo i propri criteri di interpretazione e di applicazione nel tempo*” (acerca de esta norma, vid. Pocar, F.: *Il nuovo diritto internazionale privato*, 2ª ed., Giuffrè ed., Milán, 2002, p. 38; o en Bélgica, que también cuenta con una norma al respecto: dispone el art. 15.2 del Código de DIPr que “*Le droit étranger est appliqué selon l'interprétation reçue à l'étranger*”.

<sup>59</sup> Vid. KROPHOLLER, J.: *Internationales Privatrecht*, op. cit., p. 211.

importa si ha alcanzado ese conocimiento a través de pruebas aportadas al proceso o por otras vías, como por ejemplo, por un conocimiento privado de ese Derecho<sup>60</sup>, o porque acabe de resolver un litigio en el que resultaron de aplicación las mismas normas. Puede que la exigencia de pruebas coadyuve a lograr cierta seguridad sobre los referidos aspectos, pero no es imprescindible para alcanzar el conocimiento debido, de forma que no puede afirmarse que sea necesaria en todo caso para garantizar la uniformidad en la aplicación de los instrumentos europeos. En este mismo orden de ideas, creo que tampoco resulta imprescindible acompañar al DIPr institucional de normas procesales sobre admisibilidad de los medios de prueba, o sobre el valor que deban tener en orden a considerar probada la ley extranjera.

Sin embargo, un aspecto que creo que sí precisa de una regulación expresa en los reglamentos es el relativo a la ley que subsidiariamente debe aplicarse cuando la ley en un principio reclamada por la norma de conflicto no pueda ser aplicada, ya sea por su contrariedad con el orden público, ya porque no resulte materialmente factible determinar los aspectos antes referidos, que posibilitan su correcta aplicación (existencia, vigencia, etc.). Del mismo modo que los reglamentos, precisamente en aras de procurar su aplicación uniforme, contienen una disposición que regula (para prohibir) el reenvío<sup>61</sup>, deberían determinar qué solución debe darse a los mencionados problemas, pues los sistemas estatales de DIPr proporcionan respuestas dispares. El legislador institucional deberá decidir si la ley finalmente aplicable ha de ser, como en algunos Estados, la del foro<sup>62</sup>; o si el aplicador debe acudir a la ley reclamada por el siguiente punto de conexión de la norma de conflicto<sup>63</sup>, como se dispone en otros<sup>64</sup>,

### 3.- Conclusiones

Habida cuenta de las características que revisten los reglamentos europeos, así como de los objetivos que persiguen, la aplicación de las normas de conflicto que contienen ha de considerarse imperativa, también en los Estados

---

<sup>60</sup> Que se considera suficiente en algunos sistemas, como el suizo: con carácter general, si el juez conoce el Derecho, no es preciso que ordene la práctica de ninguna prueba: cf. BUCHER, A. y BONOMI, A.: *Droit International privé*, op. cit., p. 119.

<sup>61</sup> Vid. art. 20 RRI y art. 24 RRII.

<sup>62</sup> Vid., en el sistema español, tanto para el caso de que la ley extranjera se inaplique por su contrariedad con el orden público, cuanto para los supuestos de imposibilidad material de conocerla, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*, op. cit., pp. 143-146; y VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *Litigación internacional*, op. cit., pp. 529-530. Es también el caso de Francia, donde las discusiones doctrinales giran en torno a si la ley francesa debe sustituir totalmente a la ley extranjera que contrarie en algún aspecto al orden público, o si ésta ha de seguir aplicándose en lo que no lo vulnere (vid. LOUSSOUARN, Y. y BOUREL, P.: *Droit international privé*, 7ª ed., Dalloz, París, 2001, pp. 319-320. En el DIPr belga, vid. art. 15.2.II del Código de DIPr. En el Derecho suizo, art. 16.2 LDIP.

<sup>63</sup> O, en su caso, esto es, si las partes eligieron la ley extranjera contraria al orden público o de imposible determinación, a la ley designada en defecto de elección.

<sup>64</sup> Vid. esta solución en el DIPr italiano, que para evitar que la falta de conocimiento de la ley extranjera conduzca en todo caso a la aplicación de la *lex fori* sólo declara ésta como aplicable si no existe esa segunda ley (art. 14 LIDIPr, y, al respecto, POCAR, F.: *Diritto internazionale privato*, op. cit., p. 41). Es también la solución del DIPr portugués (vid. art. 23.2 del Cc)

miembros cuyo DIPr (*de iure* o *de facto*) acoge un sistema conflictual facultativo. En consecuencia, la aplicación del Derecho extranjero reclamado por las normas de conflicto institucionales ha de realizarse de oficio por las autoridades de los Estados miembros, aunque tal posibilidad no esté prevista en el Derecho procesal interno del foro. Y esta obligación de la autoridad de actuar de oficio no puede relajarse aunque la ley aplicada haya sido elegida por las partes, salvo que el legislador institucional así lo disponga de forma expresa.

Aunque no quepa otra interpretación de las normas institucionales, de manera que, en puridad, no sea preciso advertir expresamente acerca de la referida imperatividad, ni de la obligación de aplicación de la ley extranjera *ex officio*, quizás convenga introducir una norma específica en los instrumentos institucionales, para despejar cualquier duda al efecto.

Finalmente, pueden quedar en manos de los ordenamientos procesales estatales cuestiones tales como la posibilidad de prescindir de la prueba de la ley extranjera, o la regulación de los medios de prueba admisibles y su fuerza probatoria. Pero resulta necesario dotar de una normativa específica a un aspecto que los Derechos estatales abordan de forma muy dispar, que es la ley que resulta de aplicación cuando la autoridad se encuentre ante la imposibilidad material o legal de aplicar el Derecho extranjero reclamado en un principio por la norma de conflicto.