

Manuel Morón Palomino
Catedrático de Derecho Procesal

RESUMEN

El procesalismo español se ocupa del acceso del derecho extranjero al recurso de casación en términos sumamente restrictivos, en cuanto parte de considerar la ley extranjera como hecho, excluido en principio del control casacional. El planteamiento del trabajo es decididamente abierto a la posibilidad de dicha fiscalización.

PALABRAS CLAVE: casación, ley extranjera como hecho, norma de conflicto, reenvío.

ABSTRACT

The Spanish procesalism is in charge of the access of the foreign right to the resource of *casación* in extremely restrictive terms, because it considers the foreign law as fact, excluded in principle of the control *casacional*. The point of view of the paper is very opened to the possibility of said fiscalization.

KEY WORDS: «*casación*», foreing law as a fact, conflict norm, «*reenvío*».

1. ESTRUCTURA Y ORIENTACIÓN IDEOLÓGICA

El acceso del derecho extranjero al debate de casación constituye materia de obligado análisis. La estudiamos en este trabajo, pero no sin antes considerar, siquiera sea brevemente, determinadas cuestiones concernientes a la norma de conflicto, con una problemática que puede llegar a la casación y que por ello no parece conveniente soslayar. Extensión expositiva ésta que se justifica a mayor abundamiento si se tiene en cuenta que, como hace años advirtió Joaquín Garde, el tema de la ley extranjera en el recurso de casación se sitúa en el punto de confluencia entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho Procesal¹.

Las cuestiones a las que acabo de referirme, en opinión del profesor Aguilar Navarro, forman parte del proceso de reglamentación que encarna la norma de conflicto²: supuesto de extranjería, calificación y punto de conexión fundamentalmente. La consecuencia jurídica reclamada puede conducir a la aplicación del derecho extranjero, y a partir de tal posibilidad se impone considerar el tratamiento de este derecho en el recurso, tanto desde la perspectiva general, ordenada a discernir la eventual fiscalización de su aplicación concreta por el juzgador *a quo*, o inaplicación



en su caso, como desde la que hace relación a materias singulares y concretas tales como la llamada «aplicación integral», el reenvío, y la exclusión de la aplicación del derecho extranjero por imposibilidad material, orden público o fraude de ley. En líneas generales queda adelantada la estructura y distribución de materias de nuestra investigación.

En cuanto a orientación ideológica, desde ahora debe quedar afirmada mi posición resueltamente favorable a la más amplia posibilidad de incorporar el tratamiento jurisdiccional de la ley extranjera a nuestro proceso civil, tanto en primera y en segunda instancia como en el nivel dialéctico de la casación; criterio justificado por dos órdenes de razones que podemos resumir así: desde el concreto punto de vista del acceso del derecho extranjero al recurso no es sostenible el argumento de rechazo, tantas veces propuesto, que subraya como esencial de la casación el pretendido fin uniformador de la jurisprudencia nacional, ya que el objetivo genuino de dicho medio de impugnación no es otro que el de tutela del *ius litigatoris*, y éste, obviamente, puede venir satisfactoriamente atendido tanto por el derecho del foro como por el de cualquier otro país; y si nos situamos en un punto de vista de más amplio alcance no hay que olvidar que el moderno Derecho Internacional Privado, como con acierto ha puesto de relieve el profesor Carrillo Salcedo, «resulta axiológicamente comprometido en una sociedad de iguales, orientado a los valores de la solidaridad y la universalidad, y progresivamente influido en su modo de ser por el proceso de institucionalización que la comunidad internacional viene experimentando desde comienzos del siglo XIX»³. No resulta aventurado añadir que cualquier propuesta apriorística de restricción de la aplicación del derecho extranjero, así en la instancia como en casación, de ninguna manera resultaría en consonancia con semejante horizonte aperturista, ni tampoco, por supuesto, con la orientación garantista en la que se inspira nuestro moderno procesalismo.

2. NORMA DE CONFLICTO Y CASACIÓN

No es misión de la norma de conflicto resolver directamente el objeto litigioso: remite al ordenamiento jurídico, nacional o extranjero, que debe proporcionar la solución jurisdiccional cuando la relación jurídica debatida en el proceso es de tráfico externo, o, lo que es igual, cuando dicha relación acusa la presencia de

¹ *Los problemas del recurso de casación en el Derecho Internacional Privado*, Instituto Franciscano de Vitoria, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1951, p. 9. El trabajo fue galardonado por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación con el premio «Eliseo de Gándara» en 1951.

² *Derecho Internacional Privado*, volumen I, tomo II, Parte segunda, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de Madrid, 1975, p. 237.

³ «El Derecho Internacional ante un nuevo siglo», *Conferências na Faculdade de Direito de Coimbra*, 1999/2000, p. 260.

algún elemento extranjero cuya relevancia obsta a la aplicación sin más de la ley del foro. Es entonces cuando también cobra relevancia el Derecho Internacional Privado. Sus normas, como recuerda la sentencia del TS de 30 de junio de 1983, serán aplicables si en virtud de dicho elemento extranjero surge el llamado conflicto de leyes en el espacio. Por la consideración del supuesto de extranjería, pues, debe comenzar nuestro análisis.

A. SUPUESTO DE EXTRANJERÍA

Puede ocurrir que el supuesto de extranjería venga acreditado en la sentencia de la Audiencia y pese a ello se ignore y se aplique el ordenamiento español como si dicho dato no existiera. Procederá entonces la casación por inobservancia de la norma conflictual, cuya aplicación, incluso de oficio, viene exigida por el artículo 12.6 párrafo primero CC; y consiguientemente, el recurso también quedará abierto por indebida aplicación de la norma de derecho material española que haya sido tenida en cuenta en la sentencia como fundamento del pronunciamiento jurisdiccional.

Puede igualmente ocurrir que la sentencia se ocupe del dato de extranjería, invocado y acreditado por la parte interesada, y el tribunal *a quo* lo rechace por no considerarlo suficientemente probado. Se estará entonces ante una cuestión de apreciación probatoria, cuyo análisis en casación exigirá que se ponga en relación con los criterios relativos a la fijación judicial de los hechos.

B. LA CALIFICACIÓN

Constatada la presencia del elemento extranjero, la ulterior exigencia metodológica puede consistir en tomar postura acerca de cual debe ser el ordenamiento adecuado para determinar la naturaleza jurídica del supuesto de la norma de conflicto, si ésta remite a un sistema jurídico ajeno, en cuyo ámbito la apreciación al respecto no coincide con la del foro. Se trata del problema de la calificación, en orden al cual son dos los posibles criterios a seguir: el de la calificación según la ley designada en la propia norma de conflicto (criterio de la *lex causae*) y el de la calificación conforme al foro (criterio de la *lex fori*). Es éste el que recoge el artículo 12.1 CC que dice así: la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española.

Pero esta calificación puede resultar desplazada por la que proporcione un Convenio Internacional o el Derecho Comunitario europeo. Ejemplos de lo primero: el artículo 5 del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, sobre disposiciones testamentarias, que califica las limitaciones para testar por razón de edad, nacionalidad y otras circunstancias personales del testador como cuestiones de forma; el artículo 1 del Convenio de La Haya de 1971 sobre circulación por carretera; el artículo 2 del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 definitorio de los conceptos «productos», «daño» y «persona», y el artículo 5.1 del Convenio de Roma





de 19 de junio de 1980 relativo al contrato celebrado por los consumidores. Ejemplo de lo segundo: el que ofrece la Directiva 94/47 de la Comunidad Económica Europea, de 26 de octubre de 1994, cuyo artículo 2 define la multipropiedad como el contrato o grupo de contratos celebrado por un período mínimo de tres años, por el que, mediante el pago de un determinado precio global, se establece el compromiso de transferir, directa o indirectamente, un derecho real o cualquier otro derecho relativo a la utilización de uno o más inmuebles, durante un periodo determinado o determinable del año, que no podrá ser inferior a una semana.

El error de calificación en el que pueda haber incidido la Sala de instancia será denunciante en casación mediante la cita de la norma que se estime vulnerada: el artículo 12.1 CC si el error consiste en haberse efectuado la calificación conforme a una normativa distinta de la española; en su caso, la contenida en el Convenio Internacional, puesto en relación con los artículos 96.1 CE y 1.5 CC, o en la Directiva comunitaria; y también la pertinente del foro, si la misma ha sido interpretada por el juzgador *a quo* equivocadamente, hipótesis que deberá contar con el respaldo argumental de la jurisprudencia y de la ciencia jurídica. Ciertamente que en la nueva casación la infracción de la doctrina jurisprudencial no constituye motivo autónomo de impugnación. Con todo, a la jurisprudencia del TS queda reservado el cometido de sentar doctrina en orden a la interpretación de las leyes y también respecto de la naturaleza jurídica de las instituciones, sin que se excluya, esto es obvio, la correspondiente al supuesto de hecho de la norma conflictual. Para el mejor esclarecimiento de ésta desde un plano de dogmática jurídica y desde el más empírico de su tratamiento en casación, la ciencia del Derecho, ciencia conceptual por excelencia, constituye instrumento valiosísimo dada la complejidad de la materia: complejidad por el necesario tecnicismo —digo tecnicismo, no formalismo— que es propio del recurso de casación, al que se accede, cuando a éste llega la norma de conflicto, con el amplio y a veces difícil repertorio de cuestiones que la misma comporta.

C. PUNTO DE CONEXIÓN

Se trata del elemento de la norma de colisión específicamente ordenado a precisar el derecho material aplicable: a «localizar», según expresión frecuentemente utilizada en la doctrina internacionalista, la relación debatida en aquel sistema jurídico utilizable para la decisión. Como ha subrayado Aguilar Navarro, mediante el punto de conexión el elemento extranjero se transforma en principio de localización⁴.

Puede tratarse de una conexión fáctica, por ejemplo el lugar de situación de los bienes (artículo 10.1 y 5 párrafo segundo CC), o aquél en el que hubiera acontecido el hecho del que derive la obligación extracontractual (artículo 10.9 párrafo

⁴ *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, volumen I, tomo II, segunda edición, Madrid, 1964, p. 59.

primero CC). Cuando así ocurre, el criterio judicial al respecto necesariamente trasciende a la sentencia como declaración de certeza fáctica, positiva o negativa, cuyo tratamiento casacional deberá ser, como es lógico, el propio de los hechos.

Puede tratarse de un punto de conexión jurídico, por ejemplo el lugar de celebración del contrato (artículo 10.5 CC). En este caso se suscita un problema de calificación —reaparece el problema— si el derecho del foro y el derecho extranjero eventualmente aplicable no resultan coincidentes. Pensemos en la hipótesis del contrato celebrado por correspondencia. A falta de norma expresa será de aplicación el artículo 12.1 CC y por tanto la respuesta al problema de lo que debe entenderse por celebración o perfeccionamiento del contrato, que es el ejemplo propuesto, vendrá dada por las categorías jurídicas propias del ordenamiento español. Tal criterio rige en general, salvo que se trate de la nacionalidad, punto de conexión preeminente en nuestro sistema positivo⁵ para las cuestiones de estado y capacidad de las personas y para las relaciones familiares y sucesorias. En efecto, el artículo 9.1 CC prescribe que la Ley personal correspondiente a las personas físicas es el determinado por su nacionalidad. Dicha Ley —agrega el precepto— regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte.

La valoración judicial de la prueba documental relativa a la nacionalidad requerida en la norma conflictual vendrá regida por el artículo 323 LEC, sobre documentos públicos extranjeros, cuya infracción, como es lógico, podrá ser denunciada por la parte procesalmente legitimada para la impugnación.

3. DERECHO EXTRANJERO Y RECURSO DE CASACIÓN

A. PLANTEAMIENTO GENERAL

La cuestión que suscita el enunciado exige adoptar criterio acerca de si resuelto el litigio por el tribunal de instancia conforme al derecho extranjero la aplicación de éste es fiscalizable en el recurso. Y a la inversa: si es denunciable en casación la inaplicación de la norma extranjera que conforme a la norma de conflicto del foro resulta reclamada.

He aquí la respuesta que cabe adelantar: en tanto en cuanto el derecho extranjero requerido por la norma de conflicto resulte causal del pronunciamiento, así como en la hipótesis de no aplicación más arriba contemplada, la infracción jurídica cometida por el tribunal de instancia constituye motivo de casación, de igual suerte y en los mismos términos que si se tratase de vulneración de la norma jurídica española.

⁵ En este sentido CARRILLO SALCEDO, *Derecho Internacional Privado*, Tecnos, Madrid, 1971, p. 143.



Sin embargo, desde una concepción particularista del Derecho Internacional Privado se ha defendido un criterio opuesto o al menos sumamente restrictivo. Son dos los principales argumentos esgrimidos: el ya aludido de la supuesta finalidad uniformadora de la jurisprudencia nacional como objetivo propio de la casación y sobre todo el de la consideración del derecho extranjero como hecho.

Botón de muestra del primero es el que contiene la sentencia del TS de 15 de julio de 1983: «no puede ser motivo de casación —declaró esta resolución con ocasión de pronunciarse sobre un recurso interpuesto en interés de la ley— las infracciones de leyes extranjeras que no afectan a la unidad de nuestra jurisprudencia». Pero la tesis se desvanece si se tiene en cuenta que la finalidad institucional de la casación no es la uniformidad de la jurisprudencia sino la tutela del *ius litigatoris*; lo cual no obsta —conviene insistir en esto— a que con ocasión de resolver sobre determinados recursos de casación el TS fije doctrina sobre algunas materias y atienda a la función uniformadora, que desde luego se reconoce pero que de ninguna manera debe superponerse al fin de justicia que el proceso en cuanto institución persigue. Así lo entienden, en el ámbito de la doctrina del Derecho Internacional Privado, Virgós Soriano y Garcimartín Alférez, al señalar que la uniformidad de la jurisprudencia «pudo ser la función prístina de la casación, pero hoy en día es menos importante que la defensa del *ius litigatoris* (garantizar una solución justa, conforme a derecho, del caso concreto)»⁶.

La consideración de la norma extranjera como hecho descansa en la idea, ciertamente anticuada, por no decir reaccionaria, conforme a la cual la soberanía del Estado no resulta compatible con la aplicación en el foro del derecho extranjero como tal derecho sino sólo como cuestión meramente fáctica. Se trata de la teoría del mero hecho, que inspira numerosas decisiones del TS: sentencias de 13 de enero de 1885, 26 de mayo de 1887, 9 de julio de 1895, 7 de noviembre de 1986, 19 de noviembre de 1904, 9 de enero de 1911, 30 de enero de 1930, 1 de febrero de 1934, 4 de diciembre de 1935, 30 de junio de 1962, 10 de diciembre de 1965, 20 de noviembre de 1968, 6 de junio de 1969, 5 de noviembre de 1971, 4 de octubre de 1982, 15 de junio de 1983, 15 de marzo de 1984, 12 de enero de 1989, 7 de diciembre de 1990, 6 de julio de 1991, 23 de octubre de 1992, 28 de enero de 1994 y 15 de noviembre de 1996.

Desviación importante de la teoría del mero hecho es la que se aprecia en la sentencia del TS de 16 de octubre de 1940. Recaída en un supuesto de rendición de cuentas de la tutela ejercida en España respecto de unos menores de nacionalidad rusa, afirma esta resolución que «el tema básico sobre cuál sea la norma aplicable al caso en que la ley rusa —ley nacional del causante de la sucesión y de los pupilos sujetos a tutela— no haya tenido comprobación en el pleito, admite como soluciones posibles: la desestimación de las pretensiones del litigante que invocó en su favor la legislación rusa y no la acreditó en autos, la aplicación de aquel derecho que

⁶ *Derecho Procesal Civil Internacional*, Civitas, Madrid, 2000, p. 385.



más se acerque al derecho ruso, o la aplicación de la *lex fori*. Y, si bien la primera de esas soluciones cuenta en su favor con la antigua y arraigada teoría del mero hecho, según la cual incumbe a las partes la invocación y demostración del derecho extranjero, la mayoría de los tratadistas ven en ella cierto aspecto de denegación de justicia, más acusado aún en la tendencia actual de la ciencia jurídica, que en vez de mantener la pasividad del juez en la comprobación de la norma extranjera aplicable, quiere que la indague o coopera a la indagación de oficio (*iura novit curia*), sin que, por lo tanto, recaiga toda la responsabilidad de la carga probatoria sobre el litigante, por lo que la doctrina científica más justificada se pronuncia en estos casos por la aplicación de la *lex fori*, solución que esta Sala acepta, máxime en el caso de autos, en el que casi todos los elementos de las relaciones jurídicas de que se trata tienen su asiento en nuestro país»⁷.

Pero será la sentencia de 4 de junio de 1969 la que, en la etapa que estamos considerando, exprese un criterio más alejado de la teoría del mero hecho y más decididamente inclinado a estimar la ley extranjera como lo que es, como derecho, precisamente desde el punto de vista del recurso de casación. En efecto, en esta resolución señala el TS que la apertura apta para impugnar la aplicación de la ley extranjera llevada a cabo por el tribunal *a quo*, no es la del apartado 7º del artículo 1692 LEC, que a la sazón autorizaba el recurso por error fáctico, sino la señalada en el apartado 1º del precepto, conforme al cual había lugar a la casación por infracción de ley o de doctrina legal. Es decir, como muy oportunamente destacó Pérez Voituriez, se autorizó la casación en las mismas condiciones que si se tratase del derecho nacional⁸.

Más o menos en la misma dirección se sitúan las sentencias de 5 de noviembre de 1971, 13 de febrero de 1974 y 12 de noviembre de 1976.

Por su parte, nuestra más cualificada doctrina científica propugna el criterio favorable a la aplicación del derecho extranjero en paridad de régimen con el derecho interno. Se aduce al respecto que la norma extranjera se convierte en norma nacional una vez que a tenor del ordenamiento español deba ser tomada en consideración por el juez del foro. Es la tesis de la «recepción», o de la «nacionalización» del derecho extranjero que sustenta Francisco Ramos Méndez⁹. Sin embargo, en el campo de la doctrina internacionalista se acude a razones de más amplios vuelos, como comprueba el parecer de Aguilar Navarro, cuyas palabras transcribo a continua-

⁷ De esta sentencia se ha ocupado CARRILLO SALCEDO, que la califica como «una de las más progresivas de nuestra jurisprudencia en el problema de la naturaleza y tratamiento procesal del derecho extranjero»: *Derecho Internacional Privado cit.*, p. 249. Cfr. también BONET RAMÓN, comentario en *Revista de Derecho Privado*, 1941, p. 39; PÉREZ VOITURIEZ, A.: *Naturaleza y valoración de la ley extranjera en el derecho español*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de La Laguna, 1975, p. 39; y AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, «La ausencia de prueba del derecho extranjero», *Justicia*, 1989, p. 137.

⁸ *Naturaleza y valoración de la ley extranjera en el derecho español cit.*, p. 52.

⁹ «La prueba del derecho extranjero», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1980, p. 659 y *Enjuiciamiento Civil*, 1, Bosch, Barcelona, 1997, p. 326.

ción: «La norma extranjera se aplica como norma jurídica, como expresión de un ordenamiento jurídico. La inferioridad del derecho extranjero (se refiere a la inferioridad desde el punto de vista de las dificultades que puede presentar la información acerca del mismo) no autoriza a desconocer su condición natural: expresión de un ordenamiento jurídico que dentro de su ámbito competencial tiene los mismos atributos que el sistema jurídico del foro. La naturaleza y función que cumplen las normas de colisión determinan la condición jurídica de la norma extranjera. La remisión al ordenamiento extranjero se hace en virtud de su condición de ordenamiento jurídico. Incluso las posibles consideraciones de la cortesía no pueden encubrir una realidad: el foro admite, preceptúa, la aplicación de normas extranjeras, por considerar que la reglamentación jurídica del caso requiere esa intervención de la norma extranjera. Decir, sin más, que el foro incorpora simples hechos... es desconocer la verdad, la realidad del fenómeno»¹⁰.

B. ANÁLISIS DEL PROBLEMA EN EL MARCO DE LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Situada la cuestión en el marco de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, hay que atenerse necesariamente al artículo 281.2, el cual, en sustitución del párrafo segundo del apartado 6 del artículo 12 CC, dispone que el derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios estime necesarios para su averiguación.

La investigación de oficio del derecho extranjero rige, pues, en general. ¿También en casación? La coherencia del sistema exige que así sea: tal es la opinión de los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González¹¹. Opinión que comparto, sin otra reserva que la duda que me asalta al reflexionar sobre la respuesta que el problema pueda recibir en nuestro futuro jurisprudencial. Más sea de ello lo que fuere, lo cierto es que no faltan razones que abonan de la tesis que propugnamos.

Cuenta en primer término la orientación ideológica aperturista que moderadamente se abre paso y a la cual me he referido al inicio de esta exposición.

Es importante además tener presente la concepción del recurso de casación como recurso jurisdiccional ordinario en servicio de un objetivo de justicia. Recurso cuyo desenvolvimiento y decisión no debe ser entorpecido por limitaciones que puedan frustrar el derecho a la tutela judicial efectiva, que rige en nuestro ordenamiento a tenor del artículo 24.1 CE, en el que se incluye el derecho a utilizar los recursos y medios de impugnación legalmente establecidos, el recurso de casación por tanto.

¹⁰ *Derecho Internacional Privado cit.*, pp. 260 y 261.

¹¹ *Derecho Internacional Privado*, volumen 1, Comares, Granada, 2000, p. 260.

También es digno de tenerse en cuenta el deber de colaboración entre las partes y el juzgador en orden a la indagación del derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto. Deber de colaboración al que aludía la importante sentencia de 16 de octubre de 1940 anteriormente referida y del que más adelante volveré a ocuparme.

Y por último, desde el inevitable condicionamiento del artículo 281.2 LEC y a la vista de su comparación con el párrafo segundo del artículo 12.6 CC que vino a reemplazar, se obtiene un nuevo argumento, éste revestido del valor de persuasión que le otorga su directa justificación de derecho positivo. Paso seguidamente a desarrollarlo.

El artículo 281.2 LEC, como anteriormente la hoy derogada norma del CC, recae sobre el acreditamiento del derecho extranjero y alude a la actividad conducente a su averiguación, pero con una diferencia notable. Conforme al artículo 12.6 párrafo segundo CC, la parte interesada en la aplicación judicial del derecho extranjero había de soportar la carga de la prueba: la persona que invoque el derecho extranjero —decía la disposición— *deberá* acreditar su contenido y vigencia por los *medios de prueba* admitidos en la ley española. Sólo excepcionalmente y en régimen de complementariedad de la aportación a instancia de parte entraba en juego la iniciativa oficial: *sin embargo* —agregaba el precepto— para su aplicación (la del derecho extranjero), el juzgador *podrá* valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las *providencias* oportunas. En realidad, la reglamentación derogada, indudablemente influenciada por la teoría del mero hecho, apenas difería del régimen general de la prueba de los hechos controvertidos. También respecto de éstos podían los jueces y tribunales, mediante la diligencia para mejor proveer autorizada por el artículo 340.1 LEC anterior, traer a la vista cualquier documento que fuera conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes¹². Por su parte el artículo 281.1 LEC actual prescribe que el derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia. Adviértase que se pide el acreditamiento, lo cual excluye la validez de la fijación judicial en base a la admisión, fuente de certidumbre recogida en el apartado 3 del precepto en relación sólo con los hechos; delimitación acertada a partir precisamente de la consideración de la norma extranjera como derecho, según ha puntualizado el profesor Vallespín Pérez¹³. Pero a diferencia de la norma derogada no requiere el artículo 281 del nuevo texto que deba ser necesariamente la parte interesada quien lo acredite en las actuaciones. Desaparece, pues, la situación de carga. Y al hacer referencia al tribunal, el propio artículo, en vez de utilizar, como el antiguo, la conjunción adver-

¹² Cfr. DE ANGULO, M.: *Lecciones de Derecho Procesal Internacional*, Granada, 1974, p. 64.

¹³ «Lo cierto es que el derecho extranjero tiene a todos los efectos el verdadero carácter de norma jurídica». Y añade este profesor: «De admitirse lo contrario las normas extranjeras quedarían en cuanto a su disposición a la entera disposición de las partes». «La prueba del derecho extranjero en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil», *Justicia*, 2000, p. 36.

sativa «sin embargo», que denota desviación de un enunciado que precede, acude al gerundio «pudiendo» (pudiendo valerse el tribunal...) que confiere a la acción verbal carácter más autónomo e incluso duradero.

De suerte que a tenor de la vigente normativa sobre acreditamiento del derecho extranjero, el criterio restrictivo de la carga procesal aparece desplazado por el ciertamente permisivo que descansa en la doble iniciativa de la parte y del juzgador. Es el régimen de colaboración, al que hemos aludido anteriormente; sistema que está presente en el derecho comparado¹⁴ y que en nuestra doctrina fue propugnado en términos convincentes por Eduardo Gutiérrez de Cabiedes, en una inteligente reflexión sobre el entonces reciente Título Preliminar del CC: «la teoría de la colaboración de las partes con el juez —hizo observar el profesor Gutiérrez de Cabiedes en 1975— es la que mejor se ajusta, de un lado, con la peculiar fisonomía que según el principio *iura novit curia* tiene para el tribunal el derecho extranjero, deber de investigarlo, no de conocerlo, y de otro, con la facultad, no carga, de las partes de alegar este derecho y de ilustrar al juez en su conocimiento¹⁵.

Muy atrás han quedado, en el tiempo y en el ámbito de la concepciones doctrinales estimables, aquellos pronunciamientos del TS que llegaron a negar que el derecho extranjero debiera ser conocido por los tribunales españoles (sentencia de 16 de diciembre de 1960), o que rechazaron que éstos tuvieran potestad para interpretar otras normas distintas de las nacionales (sentencia de 30 de junio de 1962). De manera que retomando la cuestión central de nuestro discurso se está en condiciones de afirmar que la investigación de oficio del derecho extranjero, a tenor del artículo 281.2 LEC, rige no sólo en la instancia, en casación también, porque la aportación del mismo al proceso no constituye carga que pese sobre las partes sino cometido, y por supuesto responsabilidad, que éstas y el juzgador deben compartir. El profesor Ramos Méndez llega a más cuando afirma que «si los tribunales españoles han de aplicar de oficio la norma de conflicto, deben asimismo aplicar de oficio la ley extranjera a que se remite la norma de conflicto»¹⁶. Ciertamente que conforme a la norma general contenida en el artículo 435.1 LEC, las diligencias finales, sustitutivas de las diligencias para mejor proveer del artículo 340 de la LEC anterior, sólo a instancia de parte pueden ser acordadas. Como también lo es que el supuesto excepcional de adopción de oficio de dichas diligencias autorizado en el apartado 2 (prueba sobre hechos relevantes no acreditados en actividad probatoria anterior a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes) viene sometido a tan severos condicionamientos que el ámbito de operatividad del precepto, como el profesor Garberí Llobregat se ha cuidado de señalar, difícil-

¹⁴ Artículos 3 y 4 de la Ley federal austriaca de 15 de junio de 1987, artículo 2 de la Ley turca de 20 de mayo de 1982 y artículo 16 de la Ley federal suiza de 18 de diciembre de 1987.

¹⁵ «Tratamiento procesal del Derecho extranjero en el Título Preliminar del Código Civil», *Anuario de Derecho Internacional* (Universidad de Navarra), 1975, p. 62.

¹⁶ *Enjuiciamiento Civil*, cit., 1, p. 326.

mente podrá acoger un supuesto que se encuadre en la hipótesis ideada por el legislador¹⁷. Pero el caso es que no existe norma según la cual la averiguación a la que se refiere el artículo 281.1 LEC deba obtenerse necesariamente a través de dichas diligencias, ciertamente restringidas, sobre todo si se las compara con las antiguas diligencias para mejor proveer según la reglamentación introducida por la reforma procesal de 6 de agosto de 1984. De manera que frente a lo que pudiera pensarse en una primera aproximación al problema, no es cauce indispensable de demostración del derecho extranjero el específico de las diligencias finales del artículo 435 LEC. Se impone el genérico que proporciona la cooperación judicial internacional autorizada por el artículo 177 LEC, y, por supuesto, el de cualquier mecanismo técnico que resulte adecuado para dicha finalidad de averiguación y esclarecimiento.

Sobre información del derecho extranjero, materia de la que se han ocupado, desde diversas perspectivas, el profesor Pérez Voituriez¹⁸ y el magistrado Agustín Azparren Lucas¹⁹, hay que tener en cuenta que España es signataria del Convenio europeo acerca de la Información de Derecho Extranjero, suscrito en Londres el 7 de junio de 1968, completado por el Protocolo adicional de Estrasburgo de 15 de marzo de 1978, y de la Convención Interamericana sobre prueba e información de derecho extranjero suscrita en Montevideo el 8 de mayo de 1979. Y al margen de la cooperación internacional debe también tenerse en cuenta que la Dirección General de Política Legislativa y Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia, aparte otras funciones, tiene la de informar sobre el derecho extranjero, tarea que deberá facilitar a través de la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional: artículo 9 del Real Decreto de 4 de agosto de 2000, de desarrollo de la estructura orgánica básica del departamento ministerial mencionado.

Un último punto debe ser examinado: ¿puede fundamentarse el recurso de casación en la interpretación errónea de la ley extranjera? La respuesta afirmativa se impone de inmediato; pero habrá que aclarar seguidamente si el sentido normativo que debe prevalecer, el adecuada para respaldar con eficacia la impugnación, es el prevalente en el ordenamiento de remisión o el que resulte de aplicar los criterios hermenéuticos que recoge el artículo 3.1 CC, es decir, el del foro. En ocasiones el TS ha exigido no sólo la prueba del derecho extranjero sino también la de su interpretación: sentencias de 30 de junio de 1962, 5 de noviembre de 1971 y 3 de

¹⁷ *Los procesos civiles, cit.*, p. 509.

¹⁸ La dificultad más real que presenta la aplicación del derecho extranjero —escribió este profesor en 1975— consiste en la inferioridad de información y deficiencias de comunicación, y de ahí —prosigue PÉREZ VOITURIEZ, A.— que las soluciones, más que en el plano teórico conceptual deben buscarse en la aptitud de los medios técnicos: *Naturaleza y valoración de la ley extranjera en el derecho español cit.*, p. 16. Cfr. también del mismo autor, «La información sobre el derecho extranjero», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1985, pp. 3-8, y *Curso de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, Servicio Editorial del País Vasco, 1989, pp. 379-434.

¹⁹ «Nuevas perspectivas del papel del juez frente a la aplicación judicial del derecho extranjero», *Consejo General del Poder Judicial* (Cuadernos de Derecho Judicial), Madrid, 1998, pp. 199-230.

febrero de 1975. Sin embargo, a tenor del artículo 281.2 LEC no parece que así deba ser necesariamente. Porque el precepto requiere que el derecho extranjero se prueba en cuanto a su contenido y vigencia, no también en lo que hace a su interpretación. Con todo, a tenor del principio de «aplicación integral» resulta oportuno propiciar aquella que resulte en sintonía con la que correspondería en el país de origen; debiendo por supuesto quedar siempre a salvo la libertad interpretativa, al fin y al cabo forma o manifestación de la libertad intelectual, que en ningún caso debe ser sujeta a limitación o cortapisa.

C. CUESTIONES SINGULARES

Queda propuesta la tesis básica: el derecho extranjero accede a la casación no como hecho sino como derecho y su aplicación ante el juez del foro e invocación en el ámbito de los medios de impugnación procesales debe equipararse a la aplicación e invocación que son propias del derecho material interno. Sentado lo cual, procede pasar al desarrollo de diversas cuestiones singulares enlazadas con la anterior afirmación fundamental.

a. *Aplicación integral*

La doctrina entiende que al aplicar la norma extranjera debe el juez del foro resolver el litigio de la manera lo más aproximada posible a como se haría en el país a cuyo ordenamiento la norma pertenece. Se trata del principio de «aplicación integral», que el TS reconoce en las sentencias de 30 de junio de 1962 y 5 de noviembre de 1971, y que anteriormente tuvimos ocasión de considerar en relación con la posibilidad de impugnar en casación el pronunciamiento jurisdiccional basado en la interpretación errónea del derecho extranjero. A lo dicho en aquella oportunidad hay que añadir ahora que la exigencia de aplicación integral de la ley extranjera deberá extenderse a las restantes fuentes de producción jurídica —costumbre, principios, jurisprudencia—. Así lo reconoce la sentencia del TS de 4 de mayo de 1995. Naturalmente, de una tal extensión se deriva la correlativa ampliación de la posibilidad de censura casacional.

b. *Reenvío*

Dispone el artículo 12.2 CC que la remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española. Se excluye, pues, el reenvío llamado de segundo grado; pero la exclusión experimenta la excepción que señala la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, conforme a la cual la capacidad de una persona para obligarse mediante letra de cambio, pagaré a la orden o cheque se rige por su ley nacional y si ésta declara competente la de otro país se





aplicará esta última (artículos 98 y 162). De donde resulta que si la Sala sentenciadora, en asunto de la índole mercantil aludida, desconoce el reenvío de segundo grado y resuelve de acuerdo con la norma extranjera señalada en primer término, o con la española, es claro que infringe el artículo 12.2 CC por violación, y al propio tiempo vulnera el artículo 98, en su caso el 162, de la Ley Cambiaria y del Cheque, también por violación pero en la modalidad negativa de no aplicación.

¿Y si en el ámbito de la regla general, es decir, en asunto no regido por la indicada Ley Cambiaria y del Cheque, el tribunal *a quo* vulnera el artículo 12.2 CC?

Obsérvese que el artículo 12.2 CC, al prohibir «tener en cuenta» el reenvío que la norma extranjera pueda hacer a otra ley que no sea la española autoriza tener en cuenta ésta pero no prescribe imperativamente su observancia: tener en cuenta una ley no equivale a su inexorable aplicación. Así lo entienden los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González²⁰ y así se desprende también de las sentencias del TS de 15 de noviembre de 1996 y 21 de mayo de 1999.

¿Y si la Sala de apelación dicta un pronunciamiento de absolución en la instancia?

Ante todo hay que decir que la eventual impugnación habría de ordenarse no por la vía del recurso de casación sino por el cauce del recurso extraordinario por infracción procesal: se trataría de un supuesto de omisión de pronunciamiento denunciante al amparo del número 2º del artículo 469 LEC, en cuanto relativo a la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia. En esta sede, la impugnación deberá ser favorablemente acogida dado el principio de aplicación subsidiaria de la ley del foro, del que más adelante me ocuparé.

c. Exclusión de la aplicación del derecho extranjero

Pese a que el derecho extranjero es potencialmente aplicable en virtud de la norma de conflicto, dicha aplicación puede resultar excluida por alguna de estas causas: imposibilidad material, orden público internacional y fraude de ley.

1. Prueba frustrada

Sabemos que a tenor del artículo 281.2 LEC el derecho extranjero ha de ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia. Ahora bien, si tal acreditamiento no resulta materialmente posible —no hace falta pararse a considerar las hipótesis en las que ello puede acontecer— el juez del foro se enfrenta con una dificultad a la que debe dar respuesta.

²⁰ *Derecho Internacional Privado cit.*, p. 218.



Del tema, tanto en su dimensión teórica como en la perspectiva jurisprudencial, se ha ocupado el profesor Aguilar Benítez de Lugo en un trabajo de 1989, en el que precisa que «no existe en la práctica referencia alguna a la distinción entre los supuestos de ausencia de prueba y de imposibilidad de prueba del derecho extranjero, limitándose el TS a constatar el dato de que la prueba de la ley extranjera no ha sido aportada, prescindiendo de ulteriores indagaciones en torno al motivo determinante de esa omisión»²¹. Afirmación certera, que permite hablar genéricamente de prueba frustrada, respecto de la cual son tres las soluciones posibles: la omisión del pronunciamiento en cuanto al fondo: criterio del TS manifestado en sentencias de 10 de julio de 1934 y 10 de julio de 1940; la desestimación de la demanda por falta de prueba: sentencias de 6 de junio de 1969 y 19 de diciembre de 1977²²; y la aplicación subsidiaria del derecho del foro, doctrina jurisprudencial dominante, proclamada en las sentencias del TS de 1 de junio de 1929, 10 de julio de 1934, 9 de enero de 1936, 16 de octubre de 1940, 19 de septiembre de 1961, 12 de marzo de 1970, 13 de febrero de 1974, 19 de septiembre de 1961, 5 de abril de 1966, 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990, 23 de octubre de 1992, 23 de marzo de 1994, 25 de enero de 1999 y 5 de junio de 2000.

Desde una perspectiva de futuro —la que procede en relación con la nueva LEC— la eventual impugnación dependerá, como es lógico, del pronunciamiento jurisdiccional que se dicte.

Si el pronunciamiento fuera de absolución en la instancia procederá el recurso extraordinario por infracción procesal al amparo del número 2º del artículo 469 LEC, relativo a la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia.

Si se dicta un pronunciamiento sobre el litigio pero desestimatorio de la demanda por falta de prueba, se estará en el caso de preparar e interpretar recurso de casación, señalando como infringido, ante todo, el artículo 1.7 CC, que obliga a juzgar a favor de la parte que resulte favorecida conforme al sistema de fuentes que el precepto establece; debiendo hacerse hincapié en un extremo importante: que el derecho extranjero no es un hecho cuya carga probatoria deba ser inexorablemente soportada por la parte que lo invoca. Argumento que habrá de complementarse con la invocación del derecho español aplicable al litigio a tenor del principio de aplicación subsidiaria de la ley del foro.

Y, por último, en el caso de que la Audiencia haya decidido con arreglo al derecho material del foro, todavía resultará posible la impugnación casacional por aplicación indebida (indebida calificación jurídica del *factum*) o errónea interpretación normativa.

²¹ «La ausencia de prueba del Derecho extranjero» *cit.*, p. 138.

²² Es la tesis propugnada por DE MIGUEL ALONSO, C.: «La problemática de la aplicación del Derecho extranjero en el proceso», *Estudios de Derecho Internacional* (Homenaje al profesor Barcia Trelles), Santiago de Compostela, 1958, p. 515.

2. Orden público

En virtud de la cláusula de orden público, se impide la aplicación de aquel ordenamiento extranjero que resulte incompatible con determinados principios —jurídicos, morales, políticos, económicos— que el juez del foro, en todo caso, debe hacer prevalecer. A él hace referencia la escueta fórmula del artículo 12.3 CC de este tenor: en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público.

Contemplada la cuestión desde el punto de vista de su eventual acogida por el tribunal de instancia, con la consiguiente exclusión de la ley extranjera contraria al mismo, surge el problema de concretar la norma material aplicable al litigio. Digo problema porque el artículo 12.3 CC nada aclara al respecto.

Ante el vacío legislativo se piensa inmediatamente en la procedencia de hacer entrar en juego el principio de subsidiaridad a favor de la ley del foro. Ésta, desde luego, será la norma aplicable, pero no en base a razones de subsidiaridad sino en virtud de una exigencia de aplicación normativa inmediata.

Como es sabido, a la idea de orden público entendido como excepción respecto del normal desenvolvimiento de la norma de conflicto se contraponen la realidad de las leyes de aplicación inmediata del ordenamiento interno, considerada por el profesor Ruiloba Santana en los siguientes términos: «Lo que está en tela de juicio es precisamente el carácter de excepción del orden público. Si cuando éste impide la aplicación del Derecho extranjero es porque existen en el ordenamiento del foro determinados principios o reglas cuya eficacia no puede ser descartada, entonces estos principios o reglas serán de aplicación necesaria y general, independientemente de cuál sea el contenido del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto; más aún, su aplicación será inmediata sin necesidad de esperar la intervención de la norma de conflicto que ni siquiera entra en juego»²³.

No hace falta detenerse en el amplio desarrollo temático que sugiere esta diversidad de enfoques. Lo importante es retener, en primer lugar, que el artículo 12.3 CC, como el propio Ruiloba Santana admite a propósito de la Ley de Bases para la reforma del Título Preliminar del CC, de 17 de marzo de 1973, de la que procede el precepto, que éste, si se le compara con el artículo 11 originario, opera «desplazando el centro de referencia de las leyes del foro a la ley extranjera, con lo que se acentúa la concepción excepcional y relativa del orden público»²⁴, y, en segundo término, que la genérica referencia a los principios que el juez del foro en todo caso debe salvaguardar exige su concretización en las normas de aplicación inmediata, no subsidiaria, al caso litigioso. Sentado lo cual, y ahora en relación con el tratamiento casacional de la materia, se imponen las siguientes conclusiones:

²³ «Sobre el concepto y delimitación del orden público en el Derecho Internacional Privado», *Revista General de legislación y Jurisprudencia*, 1974, p. 658.

²⁴ «Sobre el concepto y delimitación del orden público en el Derecho Internacional Privado», *cit.*, p. 669.

- 1ª) La no aplicación de la excepción de orden público puede ser combatida en el recurso aduciendo la infracción del artículo 12.3 CC, habida cuenta de la incompatibilidad entre las normas extranjeras reclamadas y los principios informantes del ordenamiento del foro, tal como resulta de determinadas normas de Derecho interno, las cuales deberán ser invocadas como infringidas por el concepto de inaplicación.
- 2ª) El supuesto inverso, esto es, la indebida aplicación de la excepción de orden público, exigirá confrontar el razonamiento de la Sala sentenciadora conducente a dicha aplicación con los principios del ordenamiento interno que la sentencia de la audiencia trate de proteger y deducir de la correspondiente comparación la infracción del artículo 12.3 CC.
- 3ª) En todo caso habrá que tener en cuenta que al tratarse de un supuesto de excepción, la aplicación del orden público deberá atenerse a un criterio restrictivo.

3. Fraude de ley

Establece el artículo 6.4 CC que los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere trata de eludir.

Pese a la ubicación del precepto en nuestro primer cuerpo legal sustantivo, en rigor, el problema del fraude lo trasciende: opera en todos los sectores del ordenamiento, como el TC tuvo ocasión de recordar en la sentencia 37/1987, de 26 de marzo, cuyo fundamento jurídico 8º proclama que «el fraude de ley, en cuanto institución jurídica que asegura la eficacia de las normas frente a los actos que persiguen fines prohibidos por el ordenamiento o contrarios al mismo, es una categoría que despliega idénticos efectos invalidatorios en todos los sectores del ordenamiento jurídico».

Esta irregularidad, como no podía ser de otra manera, presenta significación ciertamente acusada en el ámbito del tráfico externo. Puede, en efecto, ocurrir, y de hecho acontece en múltiples ocasiones, que las partes alteren maliciosamente la circunstancia utilizada por la norma de conflicto como punto de conexión —cambio de lugar de la cosa, de la nacionalidad, etc.— propiciando así la aplicación de la ley de un país autorizante de determinado resultado jurídico que la ley del foro rechaza. Para salir al paso de comportamientos de este género los sistemas de Derecho Internacional Privado reaccionan frente a la denominada «internacionalización artificiosa de situaciones internas» —son palabras del profesor Carrillo Salcedo²⁵— y a esta

²⁵ *Derecho Internacional Privado cit.*, p. 234.

finalidad responde el artículo 12.4 CC, a cuyo tenor se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española.

La práctica judicial de nuestro país acredita que el fraude internacional apenas es apreciado por los tribunales, a lo cual contribuye, en primer lugar, la dificultad que supone alcanzar la prueba de la intención fraudulenta, y, en segundo término, que el objetivo que persigue el artículo 12.4 CC resulta casi siempre absorbido por la excepción del orden público, supuesto acreditable con más facilidad en cuanto más apto para una apreciación operativa sobre datos externos y objetivos.

Situado el problema en su vertiente casacional, procede reconocer que el criterio del tribunal de instancia negativo acerca de la intención fraudulenta solamente será fiscalizable en el recurso por la vía de las presunciones, cauce dialéctico ciertamente estrecho.

A partir de la declaración fáctica de la existencia del fraude se impone la observancia del artículo 12.4 CC y sobre todo la del apartado 4 del artículo 6, que establece la consecuencia jurídica que el anterior omite: la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir. La decisión jurisdiccional que así no lo entendiera sería impugnabile en casación por violación de ambos preceptos.

