

**LA CONTRIBUCIÓN DE MICHELE TARUFFO AL RÉGIMEN DE
ALEGACIÓN Y PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO Y SU PRÁCTICA
JURISPRUDENCIAL EN ESPAÑA***
**MICHELE TARUFFO'S CONTRIBUTION TO THE REGIME OF FOREIGN
LAW AND ITS JURISPRUDENTIAL PRACTICE IN SPAIN**

Alfonso Ortega Giménez¹

Resumen: En el presente artículo se realiza un análisis del régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero conforme al ordenamiento jurídico español, a partir de las aportaciones del maestro Michele Taruffo. Para ello, se realizará un análisis de la normativa de aplicación y, especialmente, de la jurisprudencia dictada con respecto al tratamiento procesal de la alegación y prueba del Derecho extranjero, partiendo de su consideración procesal, que es ajena al principio *iura novit curia*, pero que no es equiparable, de forma completa con el tratamiento probatorio de los hechos dentro del proceso civil. De esta forma, se estudiará el objeto y alcance de la prueba del Derecho extranjero en el ordenamiento jurídico español analizando, igualmente, los medios de prueba previstos en el mismo para su acreditación, prestando especial atención a la prueba pericial debido a la especial importancia que, en este ámbito, tiene la para el éxito probatorio del Derecho extranjero alegado por la parte. Por último, se analizarán las consecuencias legales, doctrinales y jurisprudenciales de la falta de alegación o de prueba del Derecho extranjero, sin perder de vista la casuística que reina en relación el tema tratado en el presente artículo.

Palabras clave: Derecho extranjero. Alegación. Medios de prueba. Cooperación jurídica internacional. Carga de la prueba. Derecho internacional privado.

* Artículo de investigación en extenso. Artículo recibido: 9 de abril de 2026. Artículo aprobado: 25 de mayo de 2026.

¹ Profesor titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Miguel Hernández. De Elche (Alicante), España. Correo electrónico: alfonso.ortega@umh.es, ORCID: 0000-0002-8313-2070.

Abstract: In this article an analysis of the regime of allegation and proof of foreign law is carried out in accordance with the Spanish legal system. For this, an analysis of the applicable regulations and, especially, of the jurisprudence issued with respect to the procedural treatment of the allegation and evidence of foreign law will be carried out, based on its procedural consideration, which is alien to the *iura novit curia* principle, but that it is not comparable, in a complete way, with the evidentiary treatment of the facts within the civil process. In this way, the object and scope of the proof of foreign law in the Spanish legal system will be studied, also analyzing the means of proof provided in it for its accreditation, paying special attention to the expert evidence due to the special importance that, in this area, has the for the probative success of the foreign law alleged by the party. Finally, the legal, doctrinal and jurisprudential consequences of the lack of allegation or proof of foreign law will be analyzed, without losing sight of the casuistry that reigns in relation to the subject treated in this article.

Keywords: Foreign law. Allegation. Means of proof. International legal cooperation. Burden of proof. Private International Law.

SUMARIO: I. Teoría del régimen de alegación y prueba del derecho extranjero en España. I.1. Alegación y prueba del Derecho extranjero. I.2. Forma de probar el Derecho extranjero. I.3. Objeto de la prueba del Derecho Extranjero. I.4. Medios de prueba del Derecho extranjero. I.5. Valoración judicial del contenido y vigencia del Derecho extranjero. I.6. Consecuencias de la no alegación o prueba del derecho extranjero. I.7. La STS 1427/2024, de 30 de octubre, y su aportación al régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero en España. II. Conclusiones. III. Bibliografía consultada.

I. TEORÍA DEL RÉGIMEN DE ALEGACIÓN Y PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO EN ESPAÑA.

I.1. Alegación y prueba del Derecho extranjero.

El derecho a la prueba es la posición jurídico-constitucional que posee el presente o futuro justiciable o litigante de exigirle al Estado o al órgano jurisdiccional el aseguramiento, la producción y valoración de los medios de prueba relevantes².

² Taruffo, define el derecho a la prueba desde su finalidad: “El derecho a la prueba puede ser definido como el derecho de las partes de influir sobre la determinación judicial de los hechos, por medio de todas las prueba relevantes, directas y contrarias de las que se dispone”. Por ello, considera el autor que reconocer el

En términos genéricos el derecho a la práctica probatoria es un elemento constitutivo de la legalidad probatoria, pero en términos más precisos, es un desarrollo del derecho constitucional a la admisión de la prueba relevante. Ciertamente, el derecho a la admisión de la prueba relevante se desenvuelve en todos los momentos de la actividad probatoria, en especial, en la fase inicial del proceso, pero también en la fase de práctica probatoria, ya que la experiencia demuestra que aun la prueba debidamente admitida puede hacerse irrisoria en la actividad probatoria cuando se omiten las actividades necesarias (notificaciones, oportunidades de prueba o contraprueba, interrogatorios o contrainterrogatorios, alegaciones, entre otros), por iniciativa de parte u oficiosa, para su realización. En consecuencia, se tiene el derecho a que la prueba admitida efectivamente se practique³.

Siguiendo a Taruffo⁴ existen tres acepciones de prueba judicial que son el medio de prueba, la actividad y el resultado. Como medio de prueba designa “todo elemento que pueda ser empleado para el conocimiento del hecho”. Como resultado es la “demostración alcanzada”. Finalmente, como actividad indica la vinculación que se instaura entre la prueba como medio y la prueba como resultado; esto es, la relación entre el medio de prueba y la confirmación de la aserción sobre el hecho.

La expresión derecho a la prueba por su carácter de principio o derecho constitucional se toma antes que nada como una garantía procesal que tiene efectividad en el proceso jurisdiccional como en procedimientos administrativos y sancionatorios de diverso orden. Asimismo, puede caracterizarse como un concepto aglutinador o sistemático con respecto a otras garantías o contenidos constitucionales o legales relacionados con el derecho probatorio. En efecto, estas acepciones de prueba, con sus respectivas regulaciones en los diferentes órdenes normativos, logran englobar las diversas manifestaciones del derecho constitucional a la prueba en su configuración

derecho de las partes a aducir las pruebas y a que se practiquen se torna ilusoria y meramente ritualista, sino se garantiza el resultado probatorio, esto es la valoración de la prueba como parte del juicio en la sede de las decisiones.

³ Taruffo usa la expresión derecho de las partes de *far assumere* las pruebas admitidas, explicando que para defenderse probando no basta con las actividades de aducción y admisión de las pruebas, sino también con su efectiva adquisición para el juicio. Lo cual implica que deben realizarse las acciones necesarias para la cristalización o concreción de la prueba para el proceso: la debida citación de testigos, la aplicación de medios coactivos para su comparecencia a los interrogatorios, las medidas necesarias para realizar la inspección judicial o la exhibición de documentos, entre otras.

⁴ Taruffo, usa la expresión *diritto alla prova* para referirse a la prueba desde lo constitucional como algo digno de tutela de las garantías de las partes; y explica que lo tradicional ha sido hablar *diritto delle prove* para indicar las normas que regulan la admisibilidad de los medios de prueba, los procedimientos para su asunción en el juicio y su eficacia, y las consideraciones sobre las partes, han sido sobre todo para hablar de la satisfacción de las cargas probatorias por las mismas.

legislativa. Así, los litigantes (presentes o potenciales) tienen derecho a que sus fuentes de prueba se lleven al proceso a través de los medios de prueba; asimismo, el derecho a que los medios de prueba que sirvan de sustento a la decisión judicial se hayan admitido y practicado debidamente (actividad probatoria); y, por último, el derecho a que sus argumentos o razonamientos probatorios sean sopesados por el juez en la valoración de la prueba.

El derecho a la prueba es el género de muchas garantías probatorias, del orden nacional o internacional, que recaen bien sobre los medios de prueba, como el testigo, el perito o el documento; o sobre diversas garantías probatorias o procesales, como la presunción de inocencia, la carga probatoria, la prohibición del arbitrio judicial, el derecho a la verdad, el derecho a la información o la presunción de buena fe; o sobre elementos de la actividad probatoria, como los de presentar o controvertir la prueba. Mediante una interpretación sistemática de todos estos componentes se deduce un término genérico y abstracto, suficientemente amplio que sirve para aglutinar las garantías probatorias y como herramienta conceptual en la realización de la justicia⁵.

Para clarificar la situación actual sobre la prueba del Derecho extranjero en los Tribunales españoles es necesario iniciar una lectura pormenorizada del artículo 281 LEC:

- “1. La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso.
2. También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. 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.
3. Están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes.
4. No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general.”

⁵ Taruffo menciona que, tradicionalmente, no se ha entendido a la prueba como garantía constitucional y que esta situación comenzó a mutar, en el caso italiano, con la jurisprudencia de la Corte Costituzionale, que con fundamento en las garantías constitucionales previstas en el art. 24 afronta también el problema del derecho de las partes a defenderse probando.

Este artículo nos posiciona la prueba del Derecho extranjero fuera de los hechos procesales, y de donde se extrae que “el Derecho extranjero debe probarse en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el Tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación”. En este precepto se diferencia entre la “prueba del contenido y vigencia” del derecho extranjero, cuya obligación recae sobre la parte que lo alega, y la “aplicación” del mismo, que corresponde al tribunal una vez que ya se ha realizado (o intentado) la prueba por las partes⁶.

Dado que debe alegar y probar el Derecho extranjero la parte que invoque su aplicación⁷, resultará irrelevante si ésta ostenta la posición de demandante o de demandado⁸.

El principio de cooperación internacional queda limitado en su eficacia al mero acto de la petición, sin que de él se desprenda fuerza de obligar para el Estado requerido, con independencia de que el mismo tenga concreción o articulación a través de prácticas como la reciprocidad. Junto a este principio general de las relaciones internacionales y su concreción en algunos aspectos de la cooperación judicial internacional, ésta ha de ir referida a la configuración del derecho a la prueba⁹.

Por otro lado, el conocimiento y la debida aplicación del derecho es, en principio, uno de los deberes del juzgador (*iura novit curia*). Legalmente este deber se manifiesta en que, además de no probarse el derecho español, incluidos los Tratados internacionales ratificados por España, así como las normas procedentes de la Unión Europea que sean directamente aplicables en los estados miembros incluida España, conforme al artículo

⁶ Véase, SAP de Asturias de 10 febrero de 2012, que señala que: “lo cierto es que quien invoque el derecho extranjero debe probar su contenido y vigencia, conforme establece el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo así que en el presente caso la actora solo ha invocado en defensa de sus intereses el Derecho español, la aseguradora demandada sostuvo en su contestación que la legislación aplicable era la marroquí, pero lejos de invocar siquiera las concretas normas de la legislación marroquí que pudieran resultar aplicables (...) se limitaba a invocar el principio *iura novit curia* (...) el tribunal termina por aplicar la legislación española”.

⁷ Sobre la probabilidad en materia probatoria, Véase, Taruffo (2002: 179-180).

⁸ Véase, STS de 27 de diciembre de 2006, que señala que “existe una numerosa y consolidada jurisprudencia sobre la necesidad de probar, por quien se alega o invoca o postula la aplicación del Derecho extranjero, la existencia, el contenido y la vigencia de la norma cuya aplicación se pretende. Es lo que decía la Sentencia 31 de diciembre de 1994, con expresa referencia de que la prueba corresponde a quien invoca el Derecho extranjero”.

⁹ Debemos diferenciar los supuestos en los que esté en juego el derecho fundamental a la prueba de aquellos en los que se trata del derecho legal de la prueba. Sobre esta distinción, véase, entre otros, Taruffo Michele, “Le droit á la preuve”, en VV. AA., *Effetoiver Rechtsschutz und Verfassungsmassige Ordnung*, Bielefeld, Giesecking-Verlag, 1983, pp. 43-44.

218.1 LEC¹⁰ el cual señala que el juzgador “resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes”.

Con la LCJI se ha buscado incidir en uno de los aspectos más controvertidos del sistema español de alegación y prueba del Derecho extranjero. Nuestro sistema se caracteriza por ser un sistema mixto que combina el principio de alegación y prueba a instancia de parte con la posibilidad de que el Tribunal complete dicha prueba, valiéndose de cuantos medios de averiguación estime necesarios. El artículo 33 de la LCJI señala expresamente lo siguiente:

- “1. La prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero se someterá a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones aplicables en la materia.
2. Los órganos jurisdiccionales españoles determinarán el valor probatorio de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero de acuerdo con las reglas de la sana crítica.
3. Con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español.
4. Ningún informe o dictamen, nacional o internacional, sobre Derecho extranjero, tendrá carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles.”

Decantándose por la aplicación de la *lex fori*, que es la tradicional en nuestro sistema y la mayoritaria en los sistemas de Derecho Internacional privado de nuestro entorno. Es, asimismo, la solución que más se adecua a la jurisprudencia constitucional de la que se deduce que la desestimación de la demanda conculcaría en determinados supuestos el derecho a la tutela judicial efectiva.

Debe entenderse que la falta de prueba del Derecho extranjero dentro de un proceso judicial es algo excepcional que solo sucederá cuando las partes no consigan probar el Derecho extranjero y sin olvidar la posibilidad de que el tribunal coopere en la acreditación de dicho contenido. Además, han de respetarse los sistemas específicos que en leyes especiales prevean otras soluciones iguales o diversas, por referencia, por ejemplo, a la normativa de protección de consumidores y usuarios, así como a la registral civil. Además, el artículo 33 de la LCJI clarifica la interpretación del valor probatorio de

¹⁰ Taruffo, Michele, *Lezioni sul processo civile, I, II processo ordinario di cognizione*, (con COMOGLIO y FERRI), *op. cit.*, p. 415, niega que pueda hablarse propiamente de prueba de la norma jurídica, sin perjuicio de que la parte colabore con el juez en la labor de establecer la existencia de una norma como ocurre cuando se trata de normas extranjeras, antiguas o consuetudinarias.

la prueba practicada con arreglo a los criterios de la sana crítica y determina el valor de los informes periciales sobre la materia. No será necesaria la prueba del Derecho extranjero por las partes cuando el Tribunal, por alguna razón, tiene ya un exacto conocimiento de tal derecho, pues en ese supuesto deberá aplicarlo de oficio¹¹. Por otro lado, no será necesario probar el Derecho extranjero cuando la parte lo invoca como mero apoyo de sus pretensiones y no para que sea aplicado por el tribunal español al fondo del asunto.

En cuanto a la iniciativa de la actividad probatoria el artículo 282 de la LEC dispone que: “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 e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley”. Establece así un sistema de cooperación entre juez y partes, aunque el papel respectivo dista de ser claro.

No obstante, ha de quedar meridianamente claro que las facultades de los Juzgados y Tribunales en relación a práctica de oficio de la prueba del Derecho extranjero son potestativas y, en este sentido, se considera de especial interés lo manifestado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 8 de enero de 2019, que señala lo siguiente: “En este sentido, nuestra jurisprudencia ha afirmado que los órganos judiciales tienen la facultad, pero no la obligación de colaborar a la determinación del contenido del Derecho extranjero en su caso invocado, con los medios de averiguación que consideren necesarios. Y ha establecido la distinción entre las normas de conflicto, que se limitan a indicar cuál es el derecho material aplicable a una relación jurídica controvertida, las cuales según el párrafo primero del artículo 12 del Código Civil deben ser observadas de oficio, y el propio derecho material, al que no se refiere dicho precepto y que en ningún caso puede ser determinado por el Tribunal.” En consecuencia, el ejercicio de las facultades de averiguación de oficio de la vigencia y contenido del Derecho extranjero de aplicación es completamente potestativo, sin que en ningún caso puedan considerarse como facultades imperativas, debiendo tenerse en cuenta que, por lo general, no se emplearán estas facultades para suplir la carga de la parte en lo que respecta a la prueba del Derecho extranjero que considera de aplicación a la resolución de la controversia.

¹¹ Véase, STS de 10 de junio de 2005, que señala expresamente que “en nuestro ordenamiento, el Tribunal está facultado para valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para la aplicación del derecho extranjero (...) lo que significa tanto como que debe aplicarlo si es que lo conoce y, al final, que de hecho la aportación de parte sólo sea necesaria para suplir aquella información”.

I. 2. Forma de probar el Derecho extranjero.

Debemos recordar que el Derecho extranjero es un “hecho procesal” con unas características especiales, pero que no deja de ser un hecho y, como tal, debe ser alegado y probado por las partes.

Sobre esta cuestión, es necesario hacer una precisión para evitar conclusiones erróneas y es que, aunque el régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero lo deja fuera de las fronteras del principio *iura novit curia*, equiparándolo, en cierta medida, al régimen probatorio de los hechos procesales, no es una equiparación completa, pues tiene declarado nuestro Tribunal Supremo que, en el caso de que la norma de conflicto determine la aplicación del Derecho extranjero a la resolución de la controversia, se produce una flexibilización de las reglas del principio de aportación que rige a la prueba de los hechos en el proceso civil, lo que explica las facultades de averiguación de oficio que tiene el órgano jurisdiccional, teniendo, además, otras consecuencias, como puede ser la posibilidad de práctica de prueba en relación con el contenido y vigencia del Derecho extranjero en fase de recursos, en el caso de que en la primera instancia no haya quedado suficientemente acreditado.

Resulta interesante, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2015, que señala lo siguiente: “De acuerdo con la norma de conflicto española es aplicable el Derecho extranjero, la exigencia de prueba del mismo no transforma el Derecho extranjero, en cuanto conjunto de reglas para la solución de conflictos, en un simple hecho. Esto trae consigo varias consecuencias. La primera, que la infracción del Derecho extranjero aplicable para resolver las cuestiones objeto del proceso es apta para fundar un recurso de casación. La segunda, que es la que aquí nos interesa, que el tribunal no queda constreñido, como en la prueba de hechos en los litigios sobre derechos disponibles, a estar al resultado de las pruebas propuestas por las partes, sino que puede valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación. Así lo permite el último inciso final del art. 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que supone una flexibilización de las limitaciones, derivadas del principio de aportación de parte que rige en los litigios sobre derechos disponibles, que para el tribunal supondría que el Derecho extranjero fuera tratado, a todos los efectos, como un hecho. Por ejemplo, le permite admitir prueba sobre el Derecho extranjero propuesta en segunda instancia o incluso en el recurso de casación, como hemos afirmado en la sentencia núm. 528/2014, de 14 de octubre.

Ahora bien, esta posibilidad no supone que el recurso pueda convertirse en un nuevo juicio, en el que se modifique el objeto del proceso. La prueba del Derecho extranjero, incluso en apelación y casación, es posible cuando ha sido alegado en el momento procesal oportuno, que de ordinario es la demanda o la contestación a la demanda, y cuando sirve para fundar las consecuencias jurídicas que la parte intenta anudar a hechos y pretensiones oportunamente introducidas en el proceso, posibilitando que el tribunal aplique con más seguridad el Derecho extranjero que fue oportunamente alegado. No es admisible que, mediante la aportación de prueba sobre el Derecho extranjero en los recursos, se alteren los términos en que el debate ha sido fijado en la demanda, contestación y audiencia previa.”

En similares términos, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de octubre de 2014, estima el Recurso de Casación interpuesto en base a la prueba del contenido de determinados artículos del Derecho de China que se realiza en fase de casación por el recurrente, manifestando la citada Sentencia lo siguiente: “De acuerdo con el art. 281.2 LEC, el Tribunal puede valerse de los medios de averiguación que estime necesarios, aunque haya precluido el plazo de proposición, lo que constituye un supuesto excepcional que matiza los principios dispositivos de aportación de parte y el de preclusión.”

Hechas las anteriores precisiones, hemos de prestar atención al artículo 33.1 de la LCJI determina que la prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero se someterá a las normas de la LEC y de otras disposiciones sobre la materia. En principio, en materia de aportación de pruebas, la LEC opta por el principio de aportación de parte, existen, a nuestro juicio, excepciones que pueden desembocar en la decisión de acordar de oficio la práctica de pruebas determinadas o la aportación documental cuando lo establezca la Ley. El propio artículo 281.2 de la LEC dice: “Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley”. El artículo 281.2 LEC, constituye una norma meramente potestativa de modo que, si bien permite al juzgador a averiguar por todos los medios que estime necesarios el Derecho extranjero aplicable, no le obliga a ello.¹²

¹² Este artículo precisa que “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”. Además, el artículo 282 LEC establece que “el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley”.

La regulación de la LEC en relación con la alegación y prueba del Derecho extranjero es una regulación “de líneas generales”. Es decir, puede afirmarse que el artículo 281.2 de la LEC contiene un sistema de “textura abierta” en relación con la prueba del Derecho extranjero. Ello significa que el legislador español ha renunciado a elaborar en la LEC una regulación exhaustiva y minuciosa de la prueba del Derecho extranjero.

Existen distintos mecanismos previstos en convenios internacionales que permite al tribunal acreditar el Derecho extranjero, como ser la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho extranjero, hecha en Montevideo el 8 mayo 1979.¹³ Instrumento de Adhesión de España del 10 de diciembre de 1987¹⁴, el Convenio europeo acerca de la Información sobre el Derecho extranjero de 7 de junio de 1968¹⁵. Instrumento de adhesión de 2 de octubre de 1973 de España¹⁶, Protocolo adicional al Convenio europeo acerca de la información sobre Derecho extranjero, hecho en Estrasburgo el 15 de marzo de 1978¹⁷, así como diferentes convenios bilaterales con distintos países como Méjico, Marruecos, Republica Checa, China, Bulgaria, Brasil, etc.¹⁸

I. 3. Objeto de la prueba del Derecho Extranjero.

Otro aspecto a determinar es ¿qué elementos del Derecho extranjero en cuestión deben ser probados?, es decir, ¿cuál debe ser el alcance objetivo de la prueba? En este sentido debe probarse el contenido del Derecho extranjero y su vigencia en el momento de aplicarlo.

Dos tesis se han sostenido respecto al alcance de la prueba del Derecho extranjero. La primera de ellas, es la denominada “tesis de la prueba mínima”, en función de la cual se debe entender literalmente el precepto, por lo que sólo debe probarse el contenido del Derecho extranjero y su vigencia en el momento de aplicarlo. En segundo lugar,

¹³ BOE núm. 11, de 13 de enero de 1988.

¹⁴ Es un texto internacional elaborado en el seno de la CIDIP que dispone un sistema de cooperación entre los Estados que son parte del mismo, para acreditar, mediante prueba documental, pericial e informes del Estado requerido, el texto, la vigencia y el alcance de su Derecho. Este mecanismo se puede llevar a cabo directamente entre las autoridades judiciales, o por medio de la autoridad central de los Estados.

¹⁵ Más conocido como Convenio de Londres, establece un sistema de auxilio y colaboración judicial internacional en lo que respecta a la información del Derecho Extranjero.

¹⁶ BOE núm. 240, de 7 de octubre de 1974.

¹⁷ BOE núm. 150, de 24 de junio de 1982.

¹⁸ España ha suscrito un importante número de convenios bilaterales en los que se incluyen obligaciones recíprocas de información sobre el contenido de los respectivos ordenamientos jurídicos. México, 1984; República Checa, 1987; Uruguay, 1987; Rusia, 1990; China, 1992; Bulgaria, 1993; Marruecos, 1997; Tailandia, 1998; República Dominicana, 2003; y Argelia, 2005.

encontramos la “tesis de la prueba exhaustiva”, que ha sido mantenida mayoritariamente por la práctica jurisprudencial española, entendiendo que no sólo debe probarse el “contenido y vigencia” del Derecho extranjero, sino que estos conceptos deben interpretarse de una forma extensiva, debiendo probar la parte interesada otros extremos del mismo¹⁹.

Por lo que respecta a la doctrina, se sostiene que de los requerimientos jurisprudenciales en cuanto a esta materia se puede extraer que deben probarse los siguientes elementos:²⁰

- a) El contenido literal del Derecho material extranjero: se debe acreditar el contenido literal de las normas materiales de tal Derecho, no basta con una “mera cita aislada de disposiciones extranjeras”²¹;
- b) El contenido literal de las normas de conflicto extranjeras: se debe probar que las normas de conflicto del derecho invocado no provocan un “reenvío” en favor del derecho español, pues en caso contrario el juez español no estaría fallando de la misma forma que lo haría un tribunal del país en cuestión²². Cabe decir que la prueba de este extremo no ha sido requerida por muchos tribunales;
- c) La vigencia y existencia del Derecho extranjero;
- d) La interpretación concreta de las normas del Derecho extranjero; y
- e) La aplicabilidad del Derecho extranjero al caso concreto²³.

La persona que invoque el Derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española, sin embargo, para su aplicación “el Juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación

¹⁹ Véase, Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Carrascosa González, Javier, *Derecho internacional privado*, 14º ed., Granada, Comares, 2013, 2 vols. I, vol. I, pp. 443 y ss.

²⁰ Véase, Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Carrascosa González, Javier, *op. cit.*, pp. 465-466.

²¹ Véase, SAP de Baleares de 27 de abril de 2006. En esta Sentencia una de las partes alega la aplicación del Derecho alemán. En primer lugar, la Audiencia Provincial dispone que tal legislación no es aplicable. En segundo lugar, dice que, aún en caso de que resultara aplicable, la parte debería «procurar al juzgador una certificación expedida por la autoridad diplomática alemana acreditativa de la normativa vigente en dicho Estado que resulte de aplicación al caso, debidamente acreditada», y en cambio se ha limitado a “exponer sucintamente cuáles son los criterios indemnizatorios existentes en Derecho Alemán, pero sin citar ni probar la legislación alemana aplicable”. Por estos motivos no podría admitirse la prueba del Derecho extranjero en este supuesto.

²² Véase, SAP de Madrid de 22 de diciembre de 2008. Sentencia en la que resulta aplicable la legislación mexicana, y que dispone: “La Ley aplicable es (...) la Ley Mexicana (...) sin que exista reenvío a la Ley Española en cuanto el artículo 13 del vigente Código Civil Federal de México de 1928 no contempla expresamente el supuesto que nos ocupa”. Se pronuncia expresamente acerca de las normas de conflicto de la ley extranjera.

²³ Véase, STS de 27 de diciembre de 2006, que señala que “existe una numerosa y consolidada jurisprudencia sobre la necesidad de probar, por quien se alega o invoca o postula la aplicación del Derecho extranjero, la existencia, el contenido y la vigencia de la norma cuya aplicación se pretende.”

considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas”; interpretando este precepto²⁴, por lo que:

1. Quien invoca el Derecho extranjero deberá “acreditar en juicio la existencia de la legislación que solicita, la vigencia de la misma, y su aplicación al caso litigioso”²⁵. Pues se razona que “la aplicación del Derecho extranjero es una cuestión de hecho, y como tal ha de ser alegada y probada por la parte que lo invoca”;
2. Se estructura a nivel legal y jurisprudencial: una amplia facultad investigadora que tiene el juez de instancia a la hora de determinar el Derecho extranjero aplicable, no quedando vinculado por las aportaciones de las partes en la que razona que: “Aunque en sentido genérico se habla, en efecto, de la prueba del Derecho extranjero, criterio que responde en España a una tradición que arranca de la L. 18, Tít. 14 de la Partida 3ª, la evolución doctrinal y jurisprudencial nunca equiparó en sentido estricto la prueba del Derecho extranjero con la prueba de los hechos, pues se ha entendido que no son supuestos idénticos la justificación o acreditación de la norma extranjera y la prueba de los hechos. Se ha hecho notar, en este sentido, que el *iura novit curia*, aun atenuado respecto del Derecho extranjero no se excluye como principio en cuanto al conocimiento de las normas no nacionales, si bien las partes deben cooperar con el juez en la busca de la norma extranjera suministrándole los medios de conocimiento, de manera que más que una actividad probatoria en sentido estricto se trata de una colaboración entre las partes y el órgano. En nuestro sistema procesal vigente, tras la redacción del Título Preliminar del Código Civil, el artículo 12.6 deja claro: a) que la norma extranjera se “acredita”; b) que en su función de aplicador el Juzgador puede valerse de cuantos instrumentos de averiguación considere oportunos. El término “acreditar” no está empleado de manera vulgar, sino en sentido técnico, lo cual significa que no es necesario que la verificación o comprobación del contenido y vigencia de la norma extranjera se ajuste a las reglas de la prueba rigurosa, sino que responde a los postulados más abiertos de la prueba denominada doctrinalmente “libre”, o en otras palabras, prueba que presupone la libertad de medios probatorios (siempre que sean lícitos y se obtengan por medios no prohibidos), y la libertad de valoración o apreciación. Si el juzgador, con la aportación de las partes no se considera suficientemente ilustrado debe y puede actuar de oficio e investigar la norma aplicable”;

²⁴ Véase, STSJ de Madrid de 11 de enero de 1999.

²⁵ Véase, STS de 3 febrero de 1975 y de 31 de diciembre de 1994, que hacen expresa referencia de que la prueba corresponde a quien invoca el Derecho extranjero.

3. Es posible el uso de las diligencias finales para lograr un conocimiento adecuado del Derecho extranjero aplicable, máxime cuando se alegan normas extranjeras y se acreditan en forma defectuosa o contradictoria, siendo interesante al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 1996, en la que se consideró ajustada a Derecho la solicitud, por parte del Juzgado conocedor de la controversia de la Embajada de los Estados Unidos, y de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia Español, informe sobre las normas de Derecho internacional privado o de conflicto aplicables en el Estado de Maryland utilizando para ello el mecanismo conocido como diligencias para mejor proveer, equivalente procesal a las actuales diligencias finales; y
4. Cuando el Derecho extranjero no ha quedado probado en forma alguna o con la suficiente claridad o seguridad, lo procedente no es desestimar la demanda, sino aplicar la legislación española.

Por tanto, para ser eficaces en la prueba del Derecho extranjero será recomendable probar no sólo la exacta entidad del Derecho vigente, sino su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los Tribunales españoles, y todo ello mediante la pertinente documentación fehaciente²⁶.

²⁶ Sin perjuicio de las distintas doctrinas existentes en relación con el alcance del objeto de la prueba del Derecho extranjero, no cabe duda de que el alcance mínimo del objeto de la prueba del Derecho extranjero abarcará siempre el contenido y la vigencia de las disposiciones alegadas, siendo esta consideración estable en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, como se puede observar, por ejemplo, en las siguientes sentencias del Tribunal Supremo que se citan a efectos ilustrativos: la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1971, que señala que: "Las sentencias conformes de ambas instancias no accedieron a la separación conyugal por abandono del hogar solicitada en la demanda por el marido, ni a la pedida en la reconvencción por la esposa y basada en adulterio. Ante esta situación ambos litigantes interponen sendos recursos de casación. Al tratarse de un matrimonio de nacionalidad norteamericana, determina en primer lugar el Tribunal Supremo la legislación aplicable, señalando que la normativa aplicable instaure el principio del estatuto personal para resolver conflictos de leyes en el espacio en materia de familia, estado y capacidad legal de las personas. Por otro lado, ese derecho extranjero debe ser acreditado de modo pleno e indubitado, en cuanto a texto y en cuanto a su sentido o interpretación, lo que no ocurrió en el caso, circunstancia que, por otra parte, no puede ser suplida por la conformidad de las partes. Concluye la Sala, junto a otros pronunciamientos, desestimando ambos recursos. "En similares términos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1969: "La Audiencia Territorial, confirmando la sentencia dictada de primera instancia absolvió a los esposos litigantes, de nacionalidad finlandesa, de las recíprocas peticiones de separación conyugal instadas. Interpone recurso de casación, contra tal resolución, la esposa reconviniendo. Señala la Sala que, para los pleitos en que se ventilen cuestiones familiares o que afecten al estado de las personas, ha de aplicarse la legislación del país de los litigantes, cuestión que es irrenunciable por ellos. También manifiesta que la legislación extranjera ha de ser probada en el pleito, como mera cuestión de hecho, para que pueda ser aplicada, por lo que, no habiéndose llevado a cabo actividad probatoria de esta naturaleza, desestima el recurso. Por último, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 1990: el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el recurrente, que alega la falta de aplicación en España de derecho extranjero en embarcación asegurada por Compañía francesa, y señala que es doctrina reiterada de la Sala que la aplicación del derecho extranjero es una cuestión de hecho que ha de ser alegada y probada, por lo que el Juzgador de instancia ha aplicado correctamente el Derecho español al caso: montante del daño, por el valor en venta de la embarcación."

No cabe confundir la prueba de “legislación” vigente en un determinado territorio, con la prueba “del Derecho” aplicable, concepto este referido a la forma en la que la sociedad y los Tribunales de aquel lugar solucionan sus conflictos, no siempre mediante la aplicación de legislación formalmente promulgada, lo que, por lo demás, constituye un hecho notorio en aquellos países en los que rige el *common law*. El Tribunal del foro debe fallar como lo haría un Tribunal extranjero.

De esta última interpretación, sacamos varias ideas:

a) En principio, todas las normas extranjeras son de aplicación. La remisión que hace la norma de conflicto española al Derecho extranjero es íntegra. No solo se incluyen las normas de Derecho interno, sino las normas especiales de Derecho extranjero y las de extensión. Pero el juez español no aplicará la norma de conflicto española salvo que se admita el reenvío por retorno y el reenvío de segundo grado;

b) Debe aplicarse toda fuente extranjera de la que emanan las leyes, incluso instituciones jurídicas de origen extranjero;

c) El Derecho extranjero debe aplicarse con la interpretación dada por sus tribunales; y

d) Se aplicarán las normas de Derecho público o privado siempre que tengan efecto sobre los particulares.

I. 4. Medios de prueba del Derecho extranjero.

La fuente de prueba es un medio de conocimiento que es conducido al proceso por los medios de prueba, y que en el ámbito extraprocesal podría tener o no una regulación legal estricta, pero en todo caso se constituye en un medio de conocimiento empírico sobre los hechos. En muchos casos las fuentes de prueba tienen regulaciones constitucionales o legales que condicionan su validez jurídica, pero solo pueden sustentar una decisión judicial si surten la configuración legal de los medios de prueba²⁷.

²⁷ Al respecto, Taruffo menciona que “el primer momento en que entra en juego la regulación jurídica de la prueba es aquel en el que se trata de decidir qué elementos de prueba pueden ser empleados en el proceso”.

En relación con los medios de prueba del Derecho extranjero²⁸ el Tribunal Supremo analiza esta cuestión, en la Sentencia de 4 de julio de 2006²⁹ y pone de relieve la posibilidad de utilizar “todos los medios de prueba a su alcance”, que venimos a enumerar:

- a) Documentos públicos o intervenidos por fedatarios públicos que pueden aportarse al proceso mediante las correspondientes certificaciones: el documento extendido por fedatario público es el medio de prueba más extendido en nuestros Tribunales, y que, aunque venga a determinar la vigencia y contenido, queda limitado por la falta de interpretación y de aplicación de la norma al caso concreto³⁰. La propia alusión en la interpretación de la normativa a aplicar, hecho muy necesario en cualquier litigio, va a restar fuerza probatoria y deberemos complementarla. Estas certificaciones son fáciles y rápidas de conseguir, pero tienen el inconveniente de que no pueden probar el contenido de tal derecho, su alcance o su aplicabilidad. Tan sólo pueden probar su texto literal y, en su caso, la vigencia del mismo.³¹
- b) Prueba pericial: consiste en un informe elaborado por “expertos en el Derecho extranjero” que se quiere probar, así lo establece el artículo 335 de la LEC³². Los “expertos” pueden ser tanto del país cuyo Derecho se trata de probar como de otra nacionalidad incluso española. Este es el medio de prueba más completo y que puede y debe probar no sólo la vigencia y contenido del Derecho extranjero sino también su interpretación y aplicación al caso concreto, como complemento a la documental pública. Sin embargo, no es un medio de prueba admisible el llamado “informe de parte”, un informe redactado por

²⁸ El artículo 281.2 de la LEC establece la necesidad de probar el Derecho extranjero, pero no hace especial referencia a los medios que se pueden utilizar para llevar a cabo tal tarea. Con la nueva regulación, la jurisprudencia ha desarrollado el precepto de la LEC de la misma forma que se aplicaba el del Código Civil, de manera que debe probarse por los medios de prueba principalmente recogidos en el artículo 299 de la LEC. La jurisprudencia da especial importancia a dos medios: la prueba documental y la prueba pericial.

²⁹ La Sentencia señala lo siguiente: “quien debe probar la existencia y vigencia del derecho que debe ser aplicado a la relación jurídica de que se trate (...) mediante testimonio conforme de dos jurisconsultos del país respectivo aportado por los autos”.

³⁰ Artículo 317 de la LEC: “tipos de documentos públicos en el ámbito general en materia civil.”

³¹ Véase, Fernández Rozas, José Carlos y Sánchez Lorenzo, Sixto, *Derecho Internacional Privado*, 7ª edición, Civitas, 2013, p. 177.

³² Artículo 335 de la LEC que establece lo siguiente: “1. Cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar, en los casos previstos en esta ley, que se emita dictamen por perito designado por el tribunal. 2. Al emitir el dictamen, todo perito deberá manifestar, bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber como perito. 3. Salvo acuerdo en contrario de las partes, no se podrá solicitar dictamen a un perito que hubiera intervenido en una mediación o arbitraje relacionados con el mismo asunto”.

expertos legales a instancia de una parte, en el que el experto “toma partido” en favor de las pretensiones concretas de la parte.³³

Se ha de puntualizar que, en cualquier caso, el informe pericial aportado deberá ceñirse única y exclusivamente a la acreditación del contenido y vigencia del Derecho extranjero, sin que pueda entrar a valorar cuestiones relativas al fondo de la controversia, siendo interesante, en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de julio de 2017³⁴.

- c) Sobre los documentos privados: debe ser inadmitida la aportación de simples copias de normas seleccionadas, ya sean fotocopiadas o simplemente transcritas y copiadas de Internet; obviamente, no prueban la vigencia y/contenido del Derecho aplicable. La aportación de colecciones privadas y textos autorizados de doctrina extranjera puede constituirse como complemento del resto de pruebas sin que pueda constatarse la certeza. Aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido reacia durante años a admitir estos documentos para probar el Derecho extranjero, no hay por qué eliminarlos radicalmente como “medios de acreditación del Derecho extranjero”. Habrá que decidir en cada caso concreto si un determinado documento privado, como por ejemplo un autorizado texto doctrinal extranjero, puede servir para acreditar el Derecho extranjero “con certeza”³⁵.

1.5. Valoración judicial del contenido y vigencia del Derecho extranjero.

Debemos indicar también que el artículo 33.4 de la LCJI indica que ningún dictamen vinculará a los órganos judiciales internacionales, como ya había indicado la jurisprudencia tiempo atrás. La solución que debe aportar en un eventual avance jurisprudencial, debe limitar la aportación probatoria al mero conocimiento del juez respecto a la vigencia, contenido e interpretación del Derecho extranjero³⁶. El artículo

³³ Véase, SAP Tarragona de 13 abril de 2011. “El demandado ha acreditado la vigencia del derecho común a los litigantes con la certificación del Cónsul de Holanda, y el derecho aplicable por medio de los informes de los letrados holandeses oportunamente aportados a los autos”.

³⁴ La citada Sentencia pone de relevancia, en relación con los informes periciales aportados para acreditar el Derecho extranjero alegado “la falta de virtualidad de aquellos en todo lo que excedan de la finalidad de demostrar el contenido y vigencia del derecho irlandés, que es la que legalmente tienen asignada los elementos de prueba enderezados a la acreditación del Derecho extranjero (artículo 281.2 de la LEC).

³⁵ Véase, SAP de Madrid 12 abril de 2011. “No haberse acreditado el derecho extranjero de aplicación al caso, “tanto en lo que respecta a su contenido como a su vigencia, dada la no exigencia de su conocimiento por los jueces y tribunales españoles” considerándose insuficiente, al respecto, las fotocopias de la legislación rumana que, no traducidas al castellano, se aportaron junto con el escrito rector del procedimiento”.

³⁶ El artículo 33.4 recoge la última novedad en este campo. Según la jurisprudencia del TS el dictamen pericial debía ser elaborado por dos juristas de nacionalidad del Estado cuyo derecho es objeto de

33.2 de la LCJI determina que los tribunales determinarán el valor probatorio de la prueba practicada de acuerdo con las leyes de la “sana crítica”. Este precepto destaca un avance respecto a la línea dura que representa la jurisprudencia, por lo que el juez será libre de verificar la acreditación del Derecho extranjero, sin que exija todos los medios que pide el Tribunal Supremo, aunque puede darse el caso de que el juez pida aún más pruebas al no quedar convencido³⁷.

Respecto a la prueba pericial, es aquella donde un especialista en una cierta materia analiza sobre el caso en cuestión, informándole sus conclusiones al juez. Estos peritos no tienen relación con las partes en litigio y deben brindar información que no sea tendenciosa. En concreto, podemos establecer que una prueba pericial tiene como objetivo estudiar a fondo y examinar un hecho concreto, un comportamiento e incluso un simple objeto para poder establecer no sólo las causas del mismo sino también sus consecuencias y cómo se produjo. Cualquier prueba pericial que sea utilizada en un proceso judicial hay que saber que está respaldada por varias garantías, tales como su competencia, su imparcialidad e incluso lo que son las garantías de su instrucción.

Es así como la prueba pericial consistirá en la aportación emitida por persona experta o entendida en materia concreta, con conocimientos científicos, artísticos, teóricos o prácticos, para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto litigioso o para adquirir certeza sobre aquellos.

Serán las partes las que, bien en la demanda, bien en la contestación, presenten el dictamen pericial del que intenten valerse. Ello, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 337 de la LEC.

Si cualquiera de las partes fuese titular del derecho de asistencia jurídica gratuita, no tendrá que aportar con la demanda o la contestación el dictamen pericial, sino simplemente anunciarlo, a los efectos de que se proceda a la designación judicial de perito, conforme a lo que se establece en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita³⁸.

El demandante o el demandado, aunque no se hallen en el caso del apartado anterior, también podrán solicitar en sus respectivos escritos iniciales que se proceda a la

prueba. Con el artículo 33.4 de la LCJI, se abre la posibilidad a todos aquellos informes o dictámenes realizados por un experto, con independencia de su nacionalidad. Es decir, sin tener en cuenta la nacionalidad de quién los emite. Además, a diferencia del art. 281.2 de la LEC, el art. 33.4 de la LCJI, recoge que ningún informe, ya sea nacional o internacional, tendrá carácter vinculante para los operadores jurídicos.

³⁷ El artículo 33.2 de la LCJI recoge expresamente (a diferencia del art. 281.2 de la LEC) que los jueces deberán aplicar las reglas de la sana crítica para determinar el valor probatorio de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del derecho extranjero.

³⁸ Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

designación judicial de perito, si entienden conveniente o necesario para sus intereses la emisión de informe pericial. En tal caso, el Tribunal procederá a la designación. Dicho dictamen será a costa de quien lo haya pedido, sin perjuicio de lo que pudiere acordarse en materia de costas. Para este extremo, se seguirá lo preceptuado en los artículos 341 y siguientes de la LEC.

a) Condiciones de los peritos

Los peritos deberán poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste. Si se tratare de materias que no estén comprendidas en títulos profesionales oficiales, habrán de ser nombrados entre personas entendidas en aquellas materias (= artículo 340 LEC).

Podrá asimismo solicitarse dictamen de Academias e instituciones culturales y científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia. También podrán emitir dictamen sobre cuestiones específicas las personas jurídicas legalmente habilitadas para ello.

En los casos del apartado anterior, la institución a la que se encargue el dictamen expresará a la mayor brevedad qué persona o personas se encargarán directamente de prepararlo, a las que se exigirá el juramento o promesa previsto en el apartado segundo del artículo 335.

b) Recusación y tacha

La recusación de los peritos consiste en que, una vez nombrado uno, se pide que se nombre otro antes de que empiece a llevar a cabo su actividad, debido a que existen motivos que pueden poner en peligro su imparcialidad. Sólo pueden ser recusados los peritos designados judicialmente.

Si bien los peritos propuestos de parte, no pueden ser recusados, sí pueden ser “tachados”. La tacha de los peritos consiste en que, aunque emitan un dictamen, éste no sea perfectamente válido, ya que hay alguna circunstancia que pone en duda su imparcialidad (= artículo 343 de la LEC).

c) Actuación en vista

Los peritos tendrán en el juicio o en la vista la intervención solicitada por las partes, que el tribunal admita. El Tribunal sólo denegará las solicitudes de intervención que, por su finalidad y contenido, hayan de estimarse impertinentes o inútiles, o cuando existiera un deber de confidencialidad derivado de la intervención del perito en un procedimiento de mediación anterior entre las partes.

En especial, las partes y sus defensores podrán pedir:

1. Exposición completa del dictamen, cuando esa exposición requiera la realización de otras operaciones, complementarias del escrito aportado, mediante el empleo de los documentos, materiales y otros elementos a que se refiere el apartado 2 del artículo 336.
2. Explicación del dictamen o de alguno o algunos de sus puntos, cuyo significado no se considerase suficientemente expresivo a los efectos de la prueba.
3. Respuestas a preguntas y objeciones, sobre método, premisas, conclusiones y otros aspectos del dictamen.
4. Respuestas a solicitudes de ampliación del dictamen a otros puntos conexos, por si pudiera llevarse a cabo en el mismo acto y a efectos, en cualquier caso, de conocer la opinión del perito sobre la posibilidad y utilidad de la ampliación, así como del plazo necesario para llevarla a cabo.
5. Crítica del dictamen de que se trate por el perito de la parte contraria.
6. Formulación de las tachas que pudieren afectar al perito.

El Tribunal podrá también formular preguntas a los peritos y requerir de ellos explicaciones sobre lo que sea objeto del dictamen aportado, pero sin poder acordar, de oficio, que se amplíe, salvo que se trate de peritos designados de oficio conforme a lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 339, procediendo a valorar los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica.

A modo de ejemplo podemos señalar el Dictamen Jurídico sobre el Régimen de nulidad matrimonial en Cuba y su carácter contrario al orden público español (a propósito de la declaración de nulidad de un matrimonio entre español y cubana, celebrado en Cuba). En la cual las consideraciones periciales son las siguientes:

1. Aspectos generales sobre la nulidad matrimonial y el régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero.
 - a) La alegación y prueba del Derecho extranjero a la luz de la nueva Ley de Cooperación Judicial internacional.
 - b) Qué debemos entender por Derecho extranjero.
 - c) La prueba del Derecho extranjero.
 - d) El objeto de la prueba del Derecho extranjero.
2. Diferencias entre el régimen legal de nulidad matrimonial cubano y el régimen de nulidad matrimonial español.
3. Ley aplicable a la nulidad matrimonial internacional y orden público internacional.

En este dictamen pericial después de un estudio amplio de las cuestiones planteadas se ha llegado a la conclusión de que la ley aplicable a la nulidad de este

matrimonio, de acuerdo con la norma de conflicto española, sería la cubana por corresponder con la del lugar de su celebración.

La ley personal de los cónyuges al tiempo de contraer matrimonio, no era común, y se da la circunstancia que el marido fallece poco tiempo después de la celebración del matrimonio, de forma violenta.

En el Derecho cubano, sólo es posible interponer la acción de nulidad por parte de los cónyuges o del Ministerio Fiscal, quedando excluidas otras personas que puedan tener un interés legítimo y totalmente fundamentado con el asunto, como sí ocurre en el Derecho español. En el Derecho cubano, cuando han pasado seis meses desde la celebración del matrimonio, no cabe acción de nulidad. Dicho término es mucho más restrictivo que el previsto en la normativa española.

Las disposiciones del Derecho extranjero cuya aplicación resulta contraria al orden público internacional español no se aplicarán en España. En el caso de rechazo de una Ley extranjera por vulneración del orden público español, debemos optar por la aplicación de la Ley sustantiva española.

Otro ejemplo de Dictamen Jurídico es el emitido sobre el “régimen económico matrimonial en el Reino Unido” (a propósito de un divorcio contencioso en España de dos ciudadanos de nacionalidad británica), el cual fue emitido al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de San Vicente del Raspeig (Alicante). Las consideraciones periciales fueron las siguientes:

1. La familia jurídica del *CommonLaw*.
 - 1.1. Países y subgrupos pertenecientes al *CommonLaw*
 - 1.2. Conexión del régimen económico del matrimonio al *matrimonial domicile*.
 - 1.3. El régimen económico legal es el de separación de bienes. Asignación judicial del patrimonio según el principio de equidad.
2. Régimen aplicable al divorcio y a los efectos económicos del matrimonio.
3. Diferencias entre el régimen económico matrimonial británico y el régimen económico matrimonial español.
4. Ley aplicable y Orden público internacional.

Después de un estudio amplio de estas cuestiones, se llega a las siguientes conclusiones periciales:

La ley aplicable al divorcio de estos dos ciudadanos británicos será la ley del estado “en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda”, esto es, a la ley española.

La ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraer matrimonio, esto es, la ley británica, determinará el régimen aplicable a los efectos económicos del matrimonio.

En el Derecho inglés, en caso de divorcio, el tribunal puede asignar bienes de un cónyuge al otro cónyuge, aplicando el principio de equidad. En el momento del divorcio los tribunales disponen de una amplia libertad para distribuir los ingresos y los activos de los cónyuges con el fin de lograr un resultado justo. El principio general a aplicar debe ser el de reparto igualitario de los bienes en caso de divorcio, esto es, los bienes deben ser repartidos en proporciones iguales a no ser que exista una buena razón para apartarse de ese criterio. Además, tratándose de la vivienda familiar adquirida formalmente por uno sólo de los cónyuges, se reconoce al otro cónyuge el derecho a reclamar una parte de esa propiedad fiduciaria en razón de su contribución directa o indirecta a dicha adquisición.

Las disposiciones del Derecho extranjero cuya aplicación resulta contraria al orden público internacional español no se aplicarán en España. En el caso de rechazo de una Ley extranjera por vulneración del orden público español, debemos optar por la aplicación de la Ley sustantiva española.

Es evidente, por lo tanto, que la prueba del Derecho extranjero podrá hacerse por todos los medios admitidos por nuestro ordenamiento jurídico y, aunque adquieren una especial relevancia la prueba documental pública y la prueba pericial, precisamente, por la naturaleza del objeto de la prueba, ello no quiere decir que sean los únicos medios probatorios idóneos, que pueden ser variados, siendo de interés, por ejemplo, lo resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 3 de marzo de 2014, que considera un medio de prueba especialmente eficaz la aportación de una resolución judicial extranjera en la que, para un supuesto similar, se aplica el Derecho extranjero invocado. En concreto, la citada Sentencia dispone lo siguiente: “Como es natural, no existe mejor prueba del contenido de Derecho extranjero que la interpretación que del mismo se haga en una resolución judicial dictada por un tribunal del Estado que aplica su propio Derecho, por ello resulta pertinente la admisión de la sentencia dictada con fecha 29 de enero de 2014 por el Tribunal de Distrito de Luxemburgo, aportada por algunas de las demandadas al amparo del artículo 271.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

Por lo tanto, aunque se ha prestado especial atención a determinados medios probatorios, por ser los más relevantes en la práctica, se ha de tener en cuenta que habrá que estar a las circunstancias del caso concreto, que serán las que determinarán la mayor eficacia probatoria de determinados medios frente a otros.

Al respecto, Taruffo señala que la consecuencia más sobresaliente de la prueba como derecho fundamental es la fuerza expansiva y su gran importancia sistemática en el sistema jurídico. Por lo tanto, si el derecho a la prueba se toma en serio, debe asumirse con su capacidad sistemática de integrar los valores y derechos constitucionales a los componentes probatorios del bloque de constitucionalidad y del ámbito legal, e incluso el administrativo³⁹.

I.6. Consecuencias de la no alegación o prueba del derecho extranjero.

Es supuesto bastante común que alguna de las partes no pueda alegar o, incluso, probar el Derecho extranjero⁴⁰. La LEC no ofrece soluciones a tales supuestos, por lo que ha sido tanto la doctrina como la jurisprudencia las que han establecido distintas tesis para solucionar la cuestión, que van desde la tesis de la aplicación de oficio del Derecho extranjero⁴¹ a la tesis de la desestimación de la demanda⁴². Siendo las tres siguientes las más argumentadas:

a) Aplicación de oficio del Derecho extranjero

³⁹ Lo habitual es que la doctrina, en la fundamentación de este derecho, tenga a su disposición una combinación de garantías del orden convencional y las fórmulas de garantías procesales constitucionales genéricas, como en los casos de Francia, Alemania e Italia.

⁴⁰ Taruffo se refiere a que la verdad es ideológicamente oportuna y necesaria en el proceso judicial. Lo ideológico se refiere a la fijación y a la ejecución de valores, los cuales están vinculados e incorporados a los objetivos que se asignan al proceso en general y al proceso civil en particular. El valor que gobierna los objetivos del proceso consiste en que éste debe producir decisiones justas. Este objetivo del proceso más que una teoría del proceso es una postura ideológica, es decir, es un valor acerca de lo que el proceso debería hacer más que un análisis acerca de lo que se sostiene que en realidad realiza el proceso.

⁴¹ Tesis por la que debe aplicarse de oficio el Derecho extranjero debido al carácter imperativo que tienen las normas de conflicto españolas que dicta el artículo 12.6 del Código Civil, pero tal argumento no es suficiente porque el sistema español de alegación y prueba del derecho extranjero está diseñado para que la carga de la prueba recaiga sobre las partes según el artículo 282 de la LEC, precepto que se aplica al artículo 281.2 de la LEC cuando se determina que el tribunal puede valerse de cualquier medio de prueba necesario para su aplicación. Aunque explícitamente se dice “la carga de la prueba”, puede darse el caso de una interpretación amplia y extenderse a la alegación del derecho, de esta manera, podemos pensar que el tribunal realiza la labor de las partes corrigiendo sus errores. No debe aplicarse tal tesis debido a que va en contra del principio de congruencia de la sentencia, el principio dispositivo, y el de justicia rogada.

⁴² Es una de las tesis más defendidas. Si un litigio debe regirse por el Derecho extranjero, y argumenta sobre la base del Derecho español, tal parte debe ver desestimada sus pretensiones. Sus argumentos a favor se basan en la imposibilidad de la aplicación de oficio del Derecho extranjero, pero que también prohíbe aplicar directamente el Derecho español, además de que el tribunal no tiene la obligación de aplicar el Derecho extranjero porque tal obligación recae sobre las partes. Además, el tribunal no es quien, para hacer el trabajo incorrectamente hecho por el abogado de una parte, o incluso de las dos partes, que intentan encuadrar un caso mediante la aplicación del Derecho español cuando deba aplicarse el Derecho extranjero. Refuerza la seguridad jurídica, porque el caso no se resolverá con otro Derecho salvo el indicado en la norma. No se deniega la justicia, por lo que no supone un *non liquet*, y no se incumple el principio de tutela judicial efectiva ya que la demanda se ha valorado como tal y se ha dado respuesta a una pretensión solicitada por la parte correspondiente. Produce además un efecto de “cosa juzgada limitado” porque una vez desestimada –sin entrar a discutir sobre el fondo del asunto– la parte que ha visto desestimada su pretensión puede volver a presentar la demanda argumentando con una causa de pedir distinta.

Defendido por varios autores que deba aplicarse de oficio el Derecho extranjero debido al carácter imperativo que tienen las normas de conflicto españolas que dicta el artículo 12.6 CC, pero tal argumento no es suficiente porque el sistema español de alegación y prueba del derecho extranjero está diseñado para que la carga de la prueba recaiga sobre las partes según el artículo 282 LEC, precepto que se aplica al artículo 281.2 de la LEC cuando se determina que el tribunal puede valerse de cualquier medio de prueba necesario para su aplicación. Aunque explícitamente se dice “la carga de la prueba”, puede darse el caso de una interpretación amplia y extenderse a la alegación del derecho, de esta manera, podemos pensar que el tribunal realiza la labor de las partes corrigiendo sus errores. En contra de esta tesis podría afirmarse que va en contra del principio de congruencia de la sentencia, el principio dispositivo, y el de justicia rogada aunque, lo cierto, es que teniendo en cuenta las amplias facultades de investigación de oficio de los Juzgados y Tribunales en relación con el Derecho extranjero, así como las especialidades del mismo, a las que se ha hecho referencia, y que impiden su equiparación completa a la prueba de los hechos, la posibilidad de aplicación de oficio del Derecho extranjero es perfectamente ajustada a Derecho, siendo interesante, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1997, en la que por el juzgador se aplica la Ley norteamericana en base a una valoración conjunta de los distintos elementos de prueba aportados por las partes en el procedimiento⁴³.

La prueba de oficio se concibe mejor como un deber del juez que tiene como función la efectividad del derecho constitucional a la prueba. El carácter público o comunitario de la prueba judicial implica que la producción de la misma no pueda ser concebida como un mero acto potestativo de las partes ni mucho menos del juez. La prueba de oficio hay que concebirla como una garantía del derecho a la prueba en la medida que se trata de un mecanismo de dirección del juez que garantiza, en lo posible, la completitud de la prueba en el proceso⁴⁴.

b) Desestimación de la demanda

⁴³ Taruffo haciendo referencia a la jurisprudencia constitucional italiana, considera que no es admisible que el ejercicio del derecho a la prueba sea una suerte de variable dependiente de exigencias técnicas relativas a la disciplina ordinaria del proceso y, por tanto, que pueda impedirse o limitarse en función de tales exigencias. Así, el derecho a la prueba es el valor prioritario, y las exigencias técnico-procesales pueden influir únicamente sobre la modalidad procesal de su actuación.

⁴⁴ Para Taruffo el derecho de las partes a la prueba no significa exclusividad de las partes sobre la prueba y, por ende, tampoco implica la exclusión del poder oficioso del juez sobre la misma. Ahora bien, en caso de que la defensa probatoria de las partes pueda considerarse como “completa”, el ejercido de los poderes oficiosos del juez devienen simplemente superfluos.

Es una de las tesis más defendidas. Si un litigio debe regirse por el Derecho extranjero y argumenta sobre la base del Derecho español, tal parte debe ver desestimada sus pretensiones. Sus argumentos a favor se basan en la imposibilidad de la aplicación de oficio del Derecho extranjero, pero que también prohíbe aplicar directamente el Derecho español, además de que el tribunal no tiene la obligación de aplicar el Derecho extranjero porque tal obligación recae sobre las partes. Además, el tribunal no es quien, para hacer el trabajo incorrectamente hecho por el abogado de una parte, o incluso de los 2, que intentan encuadrar un caso mediante la aplicación del Derecho español cuando deba aplicarse el Derecho extranjero. Refuerza la seguridad jurídica, porque el caso no se resolverá con otro Derecho salvo el indicado en la norma. No se deniega la justicia, por lo que no supone un *non liquet*, y no se incumple el principio de tutela judicial efectiva ya que la demanda se ha valorado como tal y se ha dado respuesta a una pretensión solicitada por la parte correspondiente. Produce, además, un efecto de “cosa juzgada limitado” porque una vez desestimada (sin entrar a discutir sobre el fondo del asunto) la parte que ha visto desestimada su pretensión puede volver a presentar la demanda argumentando con una causa de pedir distinta.

c) Aplicación del Derecho material español cuando no se haya podido acreditar el Derecho extranjero

Tras la aprobación de la LCJI, su artículo 33.3 establece que, con carácter excepcional, se aplicara el Derecho material español cuando no se haya podido acreditar el Derecho extranjero⁴⁵. Por lo tanto, ha obtenido reconocimiento legal esta última tesis. Defiende que se aplique el Derecho material español por falta de alegación y prueba del Derecho extranjero, ello evita la denegación de justicia y la vulneración del artículo 24 de la CE.

De esta manera, se viene a positivizar una solución que, desde hace años, venía siendo aplicada por los tribunales, siendo interesante al respecto, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1999, en la que el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado frente a

⁴⁵ El artículo 33.3 de la LCJI ha supuesto un cambio en cuanto a la consideración del derecho extranjero en el procedimiento judicial. Con anterioridad al nuevo artículo, la doctrina mayoritaria defendía el carácter híbrido de la norma extranjera al considerarla como un *tertium genus* entre el derecho y los hechos procesales, a tenor del artículo 281.2 de la LEC, puesto que no especifica en concreto a quién corresponde probar el derecho extranjero, abriendo la posibilidad tanto a las partes (hecho) como a los órganos judiciales (derecho). En cambio, la jurisprudencia del TS, salvo alguna excepción, ha optado por considerarlo como un hecho procesal, al interpretar el artículo 281.2 de la LEC en el sentido del derogado artículo 12.6.II del CC, el cual atribuía de forma expresa la carga probatoria a las partes.

sentencia que lo condenó al pago de la cantidad reclamada en la demanda. Así, estima que la resolución impugnada no se ha apartado de la interpretación jurisprudencial de la regla contenida en el artículo 12, último párrafo del CC ni de la tesis aceptada de que cuando a los Tribunales españoles no les sea posible fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del derecho extranjero juzgarán según el derecho patrio⁴⁶.

Una solución similar se aplica, por ejemplo, por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 22 de noviembre de 2002, en la que la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso interpuesto contra la sentencia dictada en primera instancia. Considera la Sala, aplicable la *lex fori* por carecer de seguridad absoluta en la aplicación del Derecho extranjero, y reconoce la plena validez y eficacia del acuerdo de transmisión llevado a cabo por las partes por la que se transmite la propiedad de un bien con posterioridad a la liquidación del régimen económico matrimonial, debiendo proceder la demandada al otorgamiento de la correspondiente escritura pública.

De esta forma, consagra al Derecho extranjero como un “hecho procesal”, por lo que si no se alega ni se prueba, desaparece del proceso, pero, como aclaramos anteriormente, no es un mero hecho procesal; aparte de serlo, cuenta con particularidades que hacen considerarlo más que un hecho⁴⁷.

Esta tesis ha sido ampliamente seguida desde los comienzos del problema de la aplicación del Derecho extranjero en el siglo XIX, así se recoge en las sentencias del Tribunal Supremo⁴⁸. Ha llegado, también, al Tribunal Constitucional, que considera que

⁴⁶ En un modelo de justicia con la búsqueda de la verdad, la prueba actúa como uno de los elementos que le dan una base más o menos objetiva y, al mismo tiempo, permite la controversia. En una eventual justicia sin la búsqueda de la verdad, la prueba no sería el elemento racional de los juicios sobre los hechos, sino que solo serían ritos irracionales como el consenso, la mayoría o el capricho del gobernante o del juez; en todo caso, podría conllevar a la denegación de la jurisdicción, entendida en el sentido estricto del término. En términos de Ferrajoli (1995: 45), una justicia sin verdad representa una arbitrariedad por completo⁶⁶; en términos similares también piensa Taruffo (2002: 54).

⁴⁷ Véase, SAP de Cádiz de 13 de marzo de 2017.

⁴⁸ Ha sido sostenida por la Sala Primera del TS de 16 de diciembre de 1960, al señalar que “cuando no se alega ni se acoge nadie (en el) momento procesal oportuno a lo que dispone el artículo 10, párrafo segundo el Código Civil, los Tribunales no puedan declinar la aplicación de nuestras Leyes” renunciando a su imperio y de oficio el minar el Código Civil y aplicar su derecho extranjero que no tienen por qué conocer y que, al no alegarlo los interesados, ha de entenderse que prescinden o renuncian a su aplicación.” En el mismo sentido se pronuncia el TS de 30 abril de 2008. “La sentencia impugnada que, en consecuencia, no ha infringido ninguno de los citados preceptos al aplicar correctamente al caso la norma de conflicto y, posteriormente, lo previsto en el derecho español ante la falta de acreditación del contenido y alcance del derecho extranjero, extremos que el juzgador no estaba obligado a investigar de oficio.”

es la solución que más respeta los preceptos constitucionales⁴⁹ y es la más seguida por los tribunales inferiores⁵⁰.

Pero debemos decir en contra de esta tesis y, en contraposición con la tesis de la desestimación de la demanda, que la presente teoría: 1) vulnera el carácter imperativo de las normas de conflicto españolas; 2) comporta inseguridad jurídica porque no se sabe, en un principio, que derecho se va a aplicar; y 3) favorece las conductas estratégicas a la hora de elegir el Derecho aplicable.

Por último, también se ha argumentado contra esta solución, que favorece estrategias de los particulares para aplicar el Derecho español cuando no es realmente aplicable al supuesto⁵¹.

I.7. La STS 1427/2024, de 30 de octubre⁵², y su aportación al régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero en España.

La STS 1427/2024, de 30 de octubre, constituye un hito jurisprudencial reciente en el tratamiento de la alegación y prueba del Derecho extranjero en el proceso civil español, abordando expresamente los límites del *iura novit curia* y el principio dispositivo en el marco de los contratos celebrados entre consumidores y empresas con elementos internacionales. Su análisis resulta especialmente relevante a la luz del pensamiento de Taruffo, quien enfatizó la importancia de la verdad procesal y la correcta distribución de las cargas probatorias para lograr decisiones judiciales legítimas y racionales⁵³.

⁴⁹ Véase, STC de 2 de julio de 2001: “Todo ello contrariando, a la hora de aplicar la legalidad vigente, la doctrina sentada en la materia por el Tribunal Supremo de deberse estar, en defecto de prueba del Derecho extranjero invocado en el proceso, al Derecho español, según se desprende de una reiterada jurisprudencia. Doctrina jurisprudencial que, ciertamente, es más respetuosa con el contenido del artículo 24.1 de la CE que la solución adoptada por la Sentencia impugnada de tener por decaída la demanda, dado que el Derecho español, con carácter sustitutorio del que resulta aplicable, también puede ofrecer en una situación de tráfico externo la respuesta fundada en Derecho que el citado precepto constitucional exige”.

⁵⁰ Precisamente, Taruffo considera que el objeto del derecho a la prueba se configura como un “derecho a la prueba relevante”, lo cual implica que la garantía de la admisión de la prueba recae sobre cualquier prueba importante.

⁵¹ Véase, STS de 19 de febrero de 1990, que señala que: “la falta de alegación y prueba no puede conducir, como pretende el recurrente en el motivo séptimo, a la aplicación de la ley española, pues ello equivaldría al absurdo de sancionar la omisión de prueba deliberadamente querida de la norma extranjera, con la aplicación de la ley española, cuando se considerase que ésta era más beneficiosa”.

⁵² STS (Sala 1.ª) 1427/2024, de 30 de octubre. Ponente: Excm.a Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán. ECLI: ES:TS: 2024:1427.

⁵³ Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 301.: “El juez debe fundar sus decisiones sobre la base de un conocimiento suficiente de los hechos y del derecho aplicable, y ese conocimiento se construye a través de la actividad probatoria. Por ello, la verdad procesal no puede alcanzarse sin una cooperación eficaz de las partes en el proceso de prueba, especialmente en casos en los que el derecho aplicable no pertenece al propio ordenamiento del juez”.

En el caso resuelto por esta sentencia, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la empresa demandada, Diamond Resorts Europe Limited, Sucursal en España, que había solicitado la aplicación de la ley inglesa (concretamente, la “Timeshare Act” y los “Holiday Products Regulations”) a tres contratos de aprovechamiento por turno celebrados en Tenerife con consumidores británicos. La demandada invocó una cláusula contractual de sumisión a la legislación inglesa y a la jurisdicción de sus tribunales. No obstante, el Alto Tribunal confirma la aplicación del Derecho español —Ley 4/2012, sobre aprovechamiento por turnos— y establece los criterios que deben guiar al juez cuando se alega Derecho extranjero.

En particular, el Tribunal recuerda que el Derecho extranjero debe ser alegado y probado por quien lo invoca, en virtud del artículo 281.2 LEC y la jurisprudencia consolidada: “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”, y que el Tribunal solo puede aplicar Derecho extranjero si se ha acreditado debidamente su contenido, alcance y autoritativa interpretación, en los términos exigidos por las sentencias del propio Tribunal Supremo (por ejemplo, STS 338/2008 y STS 27.12.2006).

El fallo reprocha a la parte demandada que no acompañara dictamen pericial suficiente sobre el contenido y alcance del Derecho inglés, destacando que la mera presentación de una traducción parcial de la Timeshare Act no permite al juez español formarse una convicción suficiente para aplicar con seguridad una norma extranjera. Así, se refuerza el principio —de profunda raíz taruffiana— de que la actividad probatoria debe garantizar el acceso del juez a la verdad del caso, y que esta no puede alcanzarse si la parte incumple su carga de aportación completa y eficaz del contenido del Derecho extranjero⁵⁴.

Este planteamiento coincide con la crítica de Taruffo al formalismo probatorio desprovisto de finalidad epistémica: en su modelo, la prueba del Derecho extranjero debe satisfacer el estándar de racionalidad probatoria y permitir una decisión razonablemente fundada. Taruffo advertía que la “verdad legal” solo es aceptable si está soportada por un

⁵⁴ Taruffo, Michele, *La motivación de la sentencia civil*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 189.: “En los procesos complejos o transnacionales, el juez debe decidir con base en conocimientos que no posee de forma inmediata, por lo que resulta imprescindible una adecuada actividad probatoria que le permita reconstruir racionalmente los hechos y las normas aplicables. No hay decisión justa sin conocimiento suficiente”.

proceso racional de constatación. La sentencia del Tribunal Supremo ilustra este enfoque al afirmar que: “la mera presentación de una copia traducida de la Timeshare Act de 1992 no acredita que esta fuese la legislación inglesa vigente, aplicable y que haya de interpretarse en el sentido que propugna la apelante”.

En línea con esta idea, la sentencia también reitera que el juez español no tiene el deber de investigar de oficio el contenido del Derecho extranjero, aunque puede hacerlo si lo estima necesario (poder y no obligación). Esto se traduce en una interpretación restrictiva del *iura novit curia* cuando se trata de ordenamientos extranjeros, en favor del principio dispositivo. Esta afirmación del Supremo es congruente con las tesis de Taruffo sobre la naturaleza cooperativa del proceso: si las partes no cooperan suficientemente aportando la información normativa pertinente, el juez no puede suplantar esa carencia sin poner en riesgo la imparcialidad o la racionalidad de su decisión.

Finalmente, la sentencia resalta un aspecto práctico crucial para el litigio transnacional: la invocación del Derecho extranjero debe ir acompañada de una prueba suficiente, en forma de dictamen autorizado, que permita al juez integrar adecuadamente ese derecho en la resolución del caso. Esta exigencia se sitúa en el corazón de una concepción epistemológicamente sólida del proceso, como la que defendía Taruffo: el proceso es un instrumento de conocimiento, y la prueba es su eje estructural.

En resumen, la STS 1427/2024, de 30 de octubre, confirma la evolución de la jurisprudencia española hacia un modelo exigente y coherente con los principios del Estado de Derecho y el derecho a un proceso con todas las garantías. Dicha sentencia articula con claridad que no cabe aplicación judicial del Derecho extranjero si este no ha sido adecuadamente probado, y que en tal caso deberá aplicarse el Derecho español como supletorio. De esta forma, se consolida en la práctica forense una concepción del proceso que, como propugnaba Taruffo, exige rigor, transparencia y racionalidad en la toma de decisiones judiciales, especialmente en contextos transnacionales.

II. Conclusiones.

PRIMERA. Sistema “mixto” de alegación y prueba del Derecho extranjero. El ordenamiento jurídico español establece un sistema “mixto” de alegación y prueba del Derecho extranjero, que combina un mecanismo de alegación y prueba a instancia de parte, con la posibilidad de que los Juzgados y Tribunales completen dicha prueba, valiéndose de cuantos medios de averiguación estimen necesarios.

SEGUNDA. Prueba del Derecho extranjero mediante cualquier medio de prueba admitido. La tesis mayoritaria exige que la prueba tenga un objeto que vaya más allá de la simple acreditación de la vigencia y contenido del Derecho extranjero, extendiéndose a cuestiones como pueden ser la prueba de las normas de conflicto extranjeras, para acreditar la inexistencia de reenvío a la Ley española, así como la prueba de otras cuestiones no estrictamente normativas, como puede ser la concreta interpretación de las normas de Derecho extranjero por sus propios órganos judiciales. Para la prueba del Derecho extranjero se podrán emplear todos los medios admitidos en Derecho, teniendo especial interés, por las propias características de las cuestiones que han de ser acreditadas, la prueba pericial.

TERCERA. Ausencia de alegación o prueba del Derecho extranjero = desestimación de la demanda vs. Aplicación del Derecho español. En el supuesto de que no se alegue, o en caso de ser alegado, no se pruebe el Derecho extranjero, nos encontraríamos ante la ausencia de prueba de un elemento que, en caso de ser fundamental para el éxito de la pretensión de la parte, podría llevar a la desestimación de la demanda. En tal caso, y sin perjuicio del resultado del procedimiento para la parte que no alegó, o no probó, el Derecho extranjero, una solución pasaría por la aplicación del Derecho español a la resolución de la controversia, lo que es acorde a Derecho y a la jurisprudencia mayoritaria, siendo, además, respetuosa con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Otra posibilidad sería la posible aplicación de oficio del Derecho extranjero, teniendo en cuenta las facultades de averiguación de oficio que ostentan los Juzgados y Tribunales, sin perjuicio de que, el ejercicio de tales facultades no es, en modo alguno, imperativo.

CUARTA. El refuerzo de la exigencia probatoria del Derecho extranjero como garantía de racionalidad procesal. La STS 1427/2024 reafirma una línea jurisprudencial que exige a la parte que invoque la aplicación del Derecho extranjero no solo su alegación clara y precisa, sino también su acreditación mediante medios adecuados —en particular, dictámenes jurídicos especializados—. Esta exigencia se alinea con la concepción del proceso como un instrumento de conocimiento racional, tal y como propugnaba Michele Taruffo. En coherencia con dicha visión, el Tribunal Supremo rechaza la aplicación de una normativa extranjera no debidamente probada, recordando que el juez español no está obligado a suplir la inactividad de las partes ni a reconstruir por su cuenta el contenido del ordenamiento foráneo.

QUINTA. La vigencia del pensamiento taruffiano en la práctica judicial española. La jurisprudencia española más reciente, y en particular la STS 1427/2024, pone de manifiesto la creciente sensibilidad del Tribunal Supremo hacia una concepción rigurosa, cooperativa y racional del proceso civil, muy cercana a la que defendiera Michele Taruffo. La exigencia de una prueba suficiente y verificable del Derecho extranjero, el rechazo de cláusulas abusivas que debilitan la posición del consumidor en contextos transnacionales, y la reafirmación del papel del juez como garante de un conocimiento fundado, no son sino manifestaciones concretas del ideal de proceso como instrumento epistémico que Taruffo promovió incansablemente. Su legado, por tanto, no se limita a la teoría procesal, sino que encuentra una clara resonancia en decisiones judiciales que buscan, desde la práctica, hacer del Derecho un espacio de racionalidad, equidad y verdad.

III. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

ABEL LLUCH, X., “Valoración de los medios de prueba en el proceso civil”, Madrid, *La Ley*, 2014.

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Manuel, “La ausencia de prueba del Derecho extranjero”, en *Justicia*, 1989, y “La prueba del Derecho extranjero ante los Tribunales españoles”, en *RGD*, núms. 541-542, 1989.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “La aplicación judicial del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional”, *REDI*, vol. 54, Nº 1, 2002.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “Aplicación judicial del Derecho extranjero: la desconcertante práctica judicial, los estériles esfuerzos doctrinales y la necesaria reforma legislativa”, en *Diario la ley*, núm. 6287, 2005.

AZPARREN LUCAS, Agustín, “Nuevas perspectivas del papel del juez frente a la aplicación judicial del Derecho extranjero”, *Problemas actuales de aplicación del DIPr. Por los jueces españoles*, Madrid, CGPJ, Cuadernos de Derecho judicial, 1998.

BARRIOS GONZÁLEZ, B., “Teoría de la sana crítica”, http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Teoria_de_la_sana_critica_Boris_Barrios.pdf.

BONORINO Pablo Raúl, TARUFFO, Michel; Fernández, y Tuzet, De Miranda, *Prueba y razonamiento probatorio en derecho, debates sobre abducción*, Granada, Comares, 2014.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Aplicación del Derecho extranjero y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Anales de Derecho*, Nº 17, 1999.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “La prueba del derecho extranjero ante los tribunales españoles”, *Estudios de Deusto*, Vol. 54/2, julio-diciembre, 2006.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Aplicación del Derecho extranjero en España y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Tribunales de Justicia*, nº 11, noviembre, 2000.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Derecho internacional privado*, 14ª edición, Granada, Comares, 2013.

CARBALLO PIÑEIRO, Laura, “El carácter imperativo de la norma de conflicto y la prueba del Derecho extranjero. Una relectura en clave procesal y constitucional”, en *AEDIP*, nº 1, 2001.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Desarrollo judicial y Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 2004.

CUARTERO RUBIO, M. V., “Prueba del derecho extranjero y tutela judicial efectiva”, *Derecho Privado y Constitución*, Nº 14, 2000.

DENTI Vittorio y TARUFFO Michele, “Simplifying the taking of evidence”, en VV.AA., *Justice and Efficiency*, ed. Kluwer, 1989.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, “Artículo 12, apartado 6 del Código civil: Aplicación judicial y extrajudicial del Derecho extranjero”, en Albaladejo, M. y Díaz, S. (edit.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, vol. 2, 1995.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho Internacional Privado*, 7ª edición, Civitas, 2013.

GASCÓN ABELLÁN, Marina Felicia, Concepciones de la prueba. Observaciones a un texto de Michele Taruffo. *Discusiones*, núm. 3, <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcmc9m>

GARAU SOBRINO, Federico, “Nota a SAT Baleares 17-VII-84”, en *REDI*, vol. 38, 1986.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José, “Nota a STS 17 diciembre 1991”, *REDI*, vol. XLIV, 1992.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José, “La competencia judicial internacional en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Revista Diario la ley*, nº 1989, 2015.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José, *Sobre la norma de conflicto y su aplicación procesal (cinco cuestiones clásicas)*, Madrid, Tecnos, 1994.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, Presunción de inocencia, verdad y objetividad, en GARCÍA, BONORINO, Taruffo, Fernández, González., G. Tuzzet, Iglesias, *Prueba y razonamiento probatorio en derecho, debates sobre abducción*, Granada, Comares, 2014.

MARÍN LÓPEZ, Antonio, “La prueba de la Ley extranjera en la nueva LEC”, en *AEDIP*, nº. 1, 2001.

MUIR-WATT, H., *Loiétrangère*, segunda edición, París, Dalloz Droit international, 1998.

MUÑOZ ARANGUREN, A., “Bodum USA, Inc. v. La Cafetière, Inc”, *Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 2, 2012.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, “Práctica jurisprudencial del régimen de alegación y prueba del derecho extranjero en España” (Capítulo IX), en BUSTAMANTE RÚA, Mónica María; HENAO OCHOA, Adriana del Pilar y RAMÍREZ CARVAJAL, Diana (Coords.), *Homenaje a Michele Taruffo un jurista del futuro. El legado de Taruffo para Latinoamérica*, Editorial Institución Universitaria de Envigado (Colombia), octubre 2021, pp. 174-201.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso; HEREDIA SÁNCHEZ, Lerdys Saray y LORENTE MARTÍNEZ, Isabel, “Materiales de Derecho Internacional Privado para el Grado en Derecho”, en *Economist & Jurist*, 2ª edición, Madrid, Difusión Jurídica, 2020.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, “Régimen de alegación y prueba del derecho extranjero y *lex loci delicti commissi*”, en *Revista práctica de derecho CEF Legal*, Madrid, Revista mensual número 228, Centro de Estudios Financieros, enero 2020.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, “El régimen de alegación y prueba del derecho extranjero en España, a propósito de la Sentencia de la Audiencia de Málaga nº 3/2019 de 8 de enero”, *Revista Lex Mercatoria. Doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, Elche, Vol. 11, Art. 7, Universidad Miguel Hernández de Elche, 2019.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, “Régimen de alegación y prueba del derecho extranjero y *Lex Loci Delicti Commissi*. Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 13 de diciembre de 2018”, *Cuadernos de Derecho*

Transnacional, Madrid, Vol. 11, nº 2, Área de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid, octubre 2019.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, “Régimen de alegación y prueba del derecho extranjero. Comentario a la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Esplugues de Llobregat de 19 de marzo de 2019”, *Revista Diario la ley*, nº 9479, Madrid, Sección Tribuna, Editorial Wolters Kluwer, 17 de septiembre de 2019.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, “The Allegation and Proof of Foreign Law in Spain After the New International Legal Cooperation Act”, *The Italian Law Journal*, Vol. 04, nº 02, 2018.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso y HEREDIA ORTIZ, Pedro, “Cuestiones prácticas acerca del régimen de alegación y prueba del derecho extranjero en España ¿Por qué debe probarse, ¿qué debe probarse y cómo debe probarse el derecho extranjero en España?”, *Revista Economist & Jurist*, Número 216, AÑO XXVI, Difusión Jurídica, Barcelona, diciembre 2017 - enero 2018.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, “Aplicación del derecho extranjero por los tribunales españoles para conocer de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual por un accidente de circulación por carretera ocurrido en Portugal. Comentario a la SAP de Pontevedra, sección 6ª 293/2014 de 16 de mayo, Rec. 959/2012”, *Revista Boliviana de Derecho* Nº 21, 2016.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, “Cuestiones prácticas acerca del régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero en España”, *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Valencia, núm. 1, Instituto de Derecho Iberoamericano, agosto 2014.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, “Aplicación del derecho extranjero por los tribunales españoles para conocer de un supuesto de resolución unilateral de un contrato de agencia comercial internacional. Comentario a la SAP Madrid núm. 17/2013, de 18 de enero”, *Revista Boliviana del Derecho*, nº 18, 2014.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso y HEREDIA ORTIZ, Pedro, “Cuestiones prácticas acerca del régimen de alegación y prueba del derecho extranjero en España. ¿Por qué debe probarse, qué debe probarse y cómo debe probarse el derecho extranjero en España?”, *Revista Economist & Jurist*, Barcelona, Número 168, Difusión Jurídica, 2013.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, “Comentario a la SAP Málaga de 30 enero 2006. Aplicación del derecho extranjero por los tribunales españoles para conocer de un

supuesto de separación conyugal”, *Diario de las Audiencias y de los Tribunales Superiores de Justicia*, Madrid, Año XIII, Número 594, El Derecho Editores, 2008.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, “Aplicación del derecho extranjero por los tribunales españoles para conocer de un supuesto de separación matrimonial”, *Anuario de Derecho internacional Privado*, Madrid, Iprolex, 2001.

STEIN, FRIEDRICH, *El Conocimiento Privado del Juez*, Bogotá, Editorial Temis, 1999.

TARUFFO Michele, “Le droit á la prevue” (The Discussions for the Vflth International Congress on Procedural Law, Würzburg 1983), en VV. AA., *Effektiver Rechtsschutz und Verfassungsmassige Ordnung*, Giesecking-Verlag. Bielefeld, 1983.

TARUFFO Michele, “La valutazione delle prove”, en AAVV, *La prova nel processo civile*, Milano, CICU / MESSINEO / MENGONI / SCHLESINGER, Trattato di Diritto civile e commerciale, 2012.

TARUFFO Michele, Consideraciones sobre la teoría chiovendiana de la acción. Con presentación de Juan Carlos Guayacán, *Revista de Derecho Privado* (12-13), 2007, disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/562/532>.

TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Madrid, Trotta, 2005.

TARUFFO, Michele, “Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba”, en *Discusiones*, número 3, <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcmc9m3>.

TARUFFO, Michele “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”. *Ius et Praxis*, vol. 12, núm. 2, 2006, <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122006000200005>.

TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

TARUFFO, Michele, *La motivación de la sentencia civil*, Madrid, Marcial Pons, 2010.