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?

Pedro Heredia Ortiz. Abogado de Pellicer & Heredia Abogados y Asesores Tributarios
Alfonso Ortega Giménez. Profesor de Derecho internacional privado de la Universidad Miguel Hernández de Elche

SUMARIO

1. ¿Por qué debe probarse el Derecho extranjero?
2. ¿Cómo debe probarse el Derecho extranjero?
3. ¿Qué debemos probar en materia de Derecho extranjero?
4. ¿Cuales son los medios de prueba del Derecho extranjero?
5. Consecuencias de la no alegación o prueba del derecho extranjero

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

¿POR QUÉ DEBE PROBARSE EL DERECHO EXTRANJERO?

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** donde nos posiciona la prueba del Derecho extranjero fuera de los hechos procesales, y de donde se extrae que "**el Derecho extranjero debe probarse en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el Tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación".**

Con la nueva **Ley de Cooperación Jurídica Internacional** (en lo sucesivo, 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**. No se especificaba hasta la fecha qué había que hacer en aquellos supuestos en los que el Derecho extranjero no haya podido probarse. En la práctica forense se habían propuesto en esencia dos soluciones, la desestimación de la demanda o la aplicación de la *lex fori*. El artículo 33 de la LCJI se decanta por esta última solución, que es la tradicional en nuestro sistema y la mayoritaria en los sistemas de Derecho Internacional privado de nuestro entorno. 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

LEGISLACIÓN

www.casosreales.es

- Constitución Española de 1978. (Legislación. Marginal: 69726834). Art.; 24
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (Legislación. Marginal: 12615). Arts.; 281, 282, 335, 429
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (Legislación. Marginal: 69730142). Arts; Título Preliminar, 12.6
- Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. (Legislación. Marginal: 6927345). Art.; 33
- Instrumento de Adhesión de 10 de noviembre de 1987 de España a la Convención Iberoamericana de 8 de mayo de 1979, sobre prueba e información acerca del Derecho Extranjero, hecha en Montevideo. (Legislación. Marginal: 69401248)
- Instrumento de Adhesión de 2 de octubre de 1973 de España al Convenio Europeo de 7 de junio de 1968 acerca de la Información sobre el Derecho Extranjero, hecho en Londres el día 7 de junio de 1968. (Legislación. Marginal: 69379892)
- Protocolo adicional al Convenio Europeo acerca de la Información sobre el Derecho Extranjero, hecho en Estrasburgo el 15 de marzo de 1978. (Legislación. Marginal: 69388967)

“Con carácter excepcional, se aplicará el Derecho material español cuando no se haya podido acreditar el Derecho extranjero”

JURISPRUDENCIA

www.casosreales.es

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de fecha 13 de marzo de 2017, núm. 126/2017, Nº Rec. 321/2016, (Marginal: 70426778)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de junio de 2010, núm. 390/2010, Nº Rec. 1798/2006, (Marginal: 2219000)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de julio de 2006, Nº Rec. 2421/1999, (Marginal: 270565)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de fecha 28 de abril de 2005, núm. 154/2005, Nº Rec. 84/2005, (Marginal: 2368761)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de fecha 22 de noviembre de 2002, núm. 358/2002, Nº Rec. 402/2000, (Marginal: 1338312)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2001, núm. 723/2001, Nº Rec. 1729/1996, (Marginal: 2414215)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de enero de 1999, núm. 16/1999, Nº Rec. 2261/1994, (Marginal: 2414218)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 11 de enero de 1999, núm. 2/1999, Nº Rec. 5115/1996, (Marginal: 2416604)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de marzo de 1997, núm. 157/1997, Nº Rec. 1051/1993, (Marginal: 2414210)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de noviembre de 1996, núm. 887/1996, Nº Rec. 3524/1992, (Marginal: 2414214)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 31 de diciembre de 1994, núm. 1218/1994, Nº Rec. 2991/1991, (Marginal: 222004)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 de septiembre de 1990, (Marginal: 2414212)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de mayo de 1989, (Marginal: 2414220)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1989, (Marginal: 2414211)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de octubre de 1982, (Marginal: 2414213)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de febrero de 1975, (Marginal: 2414219)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1968, (Marginal: 2414216)

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 la prueba practicada con arreglo a los criterios de la sana crítica y determina el valor de los informes periciales sobre la materia.

¿CÓMO DEBE PROBARSE EL DERECHO EXTRANJERO?

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

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.

El artículo 33.1 de la LCJI determina que la prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero se someterá a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en lo sucesivo, 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 LEC** dice: ***"Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen deter-***

minadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley".

La STS de 13 de abril de 2000, dice que "los órganos judiciales tienen la facultad pero no la obligación, de colaborar con los medios de averiguación que consideren necesarios", por lo que el 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.

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. Por ello, la regulación española sobre la prueba del Derecho extranjero es una combinación de "regulación legal básica" y de "regulación jurisprudencial de desarrollo".

Existen distintos mecanismos previstos en convenios internacionales que permite al tribunal acreditar el Derecho extranjero (= la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, hecha en Montevideo el 8 mayo 1979. -Instrumento de Adhesión de España del 10 de diciembre de 1987-, el Convenio europeo acerca de la Información sobre el Derecho extranjero de 7 de junio de 1968. -Instrumento de adhesión de 2 de octubre de 1973 de España- y Protocolo adicional al Convenio europeo acerca de la información sobre Derecho extranjero, hecho en Estrasburgo el 15 de marzo de 1978, el Convenio Europeo acerca de la información sobre el Derecho extranjero hecho en Londres el 7 de Junio de 1968, así como diferentes convenios bilaterales con distintos países como Méjico, Marruecos, Republica Checa, China, Bulgaria, Brasil, etc.).

"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"

¿QUÉ DEBEMOS PROBAR EN MATERIA DE DERECHO EXTRANJERO?

- **Contenido del Derecho Extranjero y vigencia del mismo**: literalidad de las normas extranjeras aplicables al caso.

- **Interpretación concreta de las normas del Derecho extranjero aplicables.** No debemos confundir la prueba de legislación, en donde simplemente se aporta copia literal de la normativa que una parte pueda entender aplicable, con la interpretación y prueba del derecho aplicable, concepto referido a la forma en que los tribunales extranjeros solucionan sus conflictos en aplicación de las mentadas normas y jurisprudencia.

Resultado: si se prueba el Derecho extranjero de modo detallado, dicho Derecho extranjero no suscitará "la menor duda razonable a los tribunales españoles", como indica el Tribunal Supremo (SSTS de 11 de mayo de 1989; de 25 de enero de 1999; de 17 de julio de 2001).

La persona que invoque el Derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española, sin embargo, para su aplicación "el Juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas". Interpretando este precepto, la Jurisprudencia ha sentado lo siguiente (= Sentencia del TSJ Madrid (Sala de lo Social). Sentencia de 11 de enero de 1999):

1. **Quien invoca el Derecho extranjero deberá "acreditar en juicio la existencia de la legislación que solicita, la vigencia de la misma, y su aplicación al caso litigioso"** -Sentencias del TS (Civil) de 3 Feb. 1975 y 31 Dic. 1994. Pues se razona que **"la aplicación del Derecho extranjero es una cuestión de hecho, y como tal ha de ser alegada y probada por la parte que lo invoca"** -Sentencias del TS (Civil) de 28 Oct. 1968, 4 Oct. 1982,15 Mar.1984, 12 Ene. y 11 May. 1989, 7 Sep. 1990 y 3 Mar. 1997-.

2. **Se estructura a nivel legal y jurisprudencial**: una amplia facultad investigadora tiene el juez de instancia a la hora de determinar el Derecho extranjero aplicable, no quedando vinculado por las aportaciones de las partes. Así, la importante sentencia del TS (Civil) de 3 Mar. 1997 razona

"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"

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 CC, el artículo 12.6 deja claro: a) que la norma extranjera se "acredita"; b) que en su función de aplicador el Juzgador puede valerse de cuantos instrumentos de averiguación considere oportunos. El término "acreditar" no está empleado de manera vulgar, sino en sentido técnico, lo cual significa que no es necesario que la verificación o comprobación del contenido y vigencia de la norma extranjera se ajuste a las reglas de la prueba rigurosa, sino que responde a los postulados más abiertos de la prueba denominada doctrinalmente "libre", o en otras palabras, prueba que presupone la libertad de medios probatorios (siempre que sean lícitos y se obtengan por medios no prohibidos), y la libertad de valoración o apreciación. Si el juzgador, con la aportación de las partes no se considera suficientemente ilustrado debe y puede actuar de oficio e investigar la norma aplicable".*

3. **Es posible el uso de las diligencias finales para lograr un conocimiento adecuado del Derecho extranjero aplicable**, máxime cuando se alegan normas extranjeras y se acreditan en forma defectuosa o contradictoria -Sentencia del TS (Civil) de 15 Nov. 1996-.

4. **Cuando el Derecho extranjero no ha quedado probado en forma alguna o con la suficiente claridad o seguridad, lo procedente no es desestimar la demanda, sino aplicar la legislación española** -Sentencia del TS {Civil) de 11 May. y 21 Jun. 1989 y 22 Mar. 1994.

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

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

El tribunal del foro debe fallar como lo haría un tribunal extranjero (STS 390/2010). 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.

¿CUALES SON LOS MEDIOS DE PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO?

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

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

b. **Prueba pericial** (= artículo 335 LEC): informe elaborado por "Expertos en el Derecho Extranjero". **Los "expertos" pueden ser tanto del país cuyo Derecho se trata de probar como de otra nacionalidad incluso española** (es una buen a opción acudir a Abogados, Notarios o Profesores de Derecho Internacional Privado). Este es el medio de prueba más completo y que puede y debe probar no sólo la vigencia y contenido del Derecho extranjero sino también su interpretación y aplicación al caso concreto, como complemento a la documental pública. Sin embargo, no es un medio de prueba admisible el llamado "informe de parte", un informe redactado por expertos legales a instancia de una parte, en el que el experto "toma partido" en favor de las pretensiones concretas de la parte (SAP Alicante 154/2005).

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 TS 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".

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 extranjero.

El artículo 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 TS, aunque puede darse el caso de que el juez pida aún más pruebas al no quedar convencido.

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 extranjero en el caso presentado. 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. Antes de la LCJI, estas han sido las tesis más minoritarias, pero las tres siguientes han sido las más argumentadas:

a. **Aplicación de oficio del Derecho extranjero: 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 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 art. 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. 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.

b. **Desestimación de la demanda:** es una de las tesis más defendidas. **Si un litigio debe regirse por el Derecho extranjero, y argu-**

BIBLIOGRAFÍA

www.casosreales.es

BIBLIOTECA

- BONET NAVARRO, JOSÉ. *La prueba en el proceso civil.* Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L. 2008
- ABEL LLUCH, XAVIER. *Aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil.* Barcelona. Ed. JM Bosch Editor. 2008
- ABEL LLUCH, XAVIER. *La prueba electrónica.* Barcelona. Ed. JM Bosch Editor. 2011

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- CORTÉS, NATALIA. *La obtención de pruebas en materia civil o mercantil en el ámbito europeo.* Economist&Jurist Nº 157. Febrero 2012. (www.economistjurist.es)
- HEREDIA ORTIZ, PEDRO. ORTEGA GIMÉNEZ, ALFONSO. *Cuestiones prácticas acerca del régimen de alegación y prueba del Derecho Extranjero en España.* Economist&Jurist Nº 168. Marzo 2013. (www.economistjurist.es)
- GONZÁLEZ-MONTES, JOSÉ LUIS *La prueba de reconocimiento judicial: admisión y práctica en el proceso civil.* Economist&Jurist Nº 161. Junio 2012. (www.economistjurist.es)

menta 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.

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 extranjero**. 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 CE. 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 hecho (SAP Cádiz 126/2017). Esta tesis ha sido ampliamente seguida desde los comienzos del problema de la aplicación del Derecho extranjero en el siglo XIX. 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 3) favorece las conductas estratégicas a la hora de elegir el Derecho aplicable. ■

CONCLUSIONES

- En Derecho Internacional Privado español, actualmente, la cuestión de la aplicación del Derecho extranjero ha entrado en una nueva dimensión con ocasión de la regulación ofrecida sobre el tema por la LEC y la LCJI. Los artículos 281.2º y 282 de la LEC y el 33 de la LCJI dan cuerpo a un sistema de prueba del Derecho extranjero de textura abierta. El legislador no ha querido tomar partido por un sistema rígido de prueba del Derecho extranjero, de modo que sean siempre las partes o siempre el juez los que deban, en todos casos, probar el Derecho extranjero. En los casos en los que se aplica Derecho extranjero, la parte interesada en su aplicación deberá: primero, fundamentar su demanda en el Derecho extranjero y, segundo, probar el Derecho extranjero

- En el caso en el que las partes argumenten en base al Derecho extranjero pero no lo prueban: el tribunal deberá realizar dos operaciones: a) En la audiencia previa al juicio, advertirá a las partes en este sentido: éstas deben proponer la práctica de la prueba del Derecho extranjero. El tribunal advertirá a las partes de las consecuencias que tendrá el no hacerlo (= artículo 429.1.II LEC); b) Si pese a ello, las partes no prueban el Derecho extranjero, éste no podrá aplicarse y el tribunal tampoco deberá probarlo. Dictará sentencia y desestimará las pretensiones de las partes… porque no debemos olvidar la celebre máxima de J. A. CARRILLO SALCEDO: "El Derecho extranjero es Derecho, aunque extranjero"