

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: VALORACIÓN PRUEBA A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

INTRODUCCIÓN: A lo largo del presente informe, se incorpora una breve recopilación doctrinaria sobre la valoración de la prueba en el Derecho Internacional Privado. Tomando en cuenta lo establecido en la doctrina comparada, así como en el Código Bustamante, se incorporan las regulaciones existentes sobre la prueba, como también del auxilio jurídico internacional, y de la invocación, por las partes, del derecho extranjero.

Índice de contenido

1. Doctrina.....	2
a. La Prueba en el Procedimiento Internacional.....	2
b. Auxilio Jurídico Internacional en Materia Probatoria.....	3
c. Invocación y Prueba del Derecho Extranjero por las Partes. .5	
i. El principio de alegación por las partes.....	5
ii. Carga de la prueba.....	7
iii. Objeto de la prueba.....	8
iv. Momento procesal oportuno para la alegación y prueba. .11	
v. Medios de prueba. Viabilidad de la doctrina de los hechos admitidos.....	12

DESARROLLO:

1. Doctrina

a. La Prueba en el Procedimiento Internacional

[BOGGIANO, Antonio]¹

"En el procedimiento internacional es posible la necesidad de obtener pruebas en el extranjero. Hay que coordinar aquí distintas jurisdicciones. El juez del proceso tiene jurisdicción para pedir las pero los jueces del lugar donde debe obtenerse la prueba tienen jurisdicción para que la obtención de la prueba sea pertinente a la jurisdicción extranjera que se ejerce y no vaya más allá.

No ha de olvidarse que si bien la prueba se rige por la *lex fori*. los hechos controvertidos se determinan según la *lex causae*. Aún así la *lex fori* determina el procedimiento probatorio de los hechos controvertidos.

La admisibilidad y apreciación de la prueba, según los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 y 1940 se rige por "la ley a que está sujeto el acto materia de proceso", salvo las que no están autorizadas por la ley del lugar donde se sigue el juicio (art. 2). La admisibilidad y apreciación se rigen por la *lex causae*, siempre que la *lex fori* no autorice una prueba por su naturaleza, al parecer por razones de orden público.

A la apreciación de un documento puede quedar regida por la ley que rige el contrato en discusión (*lex causae*). La imposición de una forma de prueba (v.gr. escrita) queda sujeta a la *lex causae*.

En cuanto a la prueba testimonial, el incumplimiento de la diligencia probatoria debe regirse por la ley del juez requerido (art. 3 Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero de 1975, CIDIP-I, ver tomo III).

También ha de extenderse al diligenciamiento de las demás pruebas.

La carga de la prueba, en cuanto afecta directamente la solución de fondo para quien triunfa o sucumbe en la prueba debe regirse por la *lex causae*. (véase Goldschmidt, "Jurisdicción y carga de la prueba en matrimonios internacionales". E.D., 62-287 y sigs.).

Las reglas de la carga de la prueba afectan el resultado del caso; deben pues quedar sujetas a la *lex causae*. Si para la *lex causae* las reglas sobre la carga de la prueba son procesales hay que aplicar éstas pues determinarán el resultado de la decisión. La *lex causae* se aplica con sus normas procesales decisivas del fondo

del asunto.

Las presunciones también afectan el derecho material controvertido. Deben ser regidas por la *lex causae*.”

b. Auxilio Jurídico Internacional en Materia Probatoria

[ANTILLÓN, Walter]²

“Cuando se trate de ejecutar en el país un exhorto en que un juez extranjero ordena recibir prueba, se aplicarán las correspondientes disposiciones del Código de procedimientos civiles (Capítulos VII a XIV, Título II del Libro II) en cuanto correspondan al tipo de prueba de que se trate (art. 400 del C. Bustamante). De ahí resulta que toda prueba deberá recibirse en contradictorio, es decir, oída la parte contraria con tiempo suficiente para que su apersonamiento al acto de la diligencia se produzca normalmente (art. 243). Pesa a lo que dispone ese mismo artículo, la publicidad en materia probatoria viene a resultar excepcional y para los solos casos de la inspección ocular y de las pericias– los otros tipos de prueba, o bien no la consienten, como en el caso de la documental, o bien están prescritas formas instructorias privadas para su recepción, como la confesional y la testimonial, (artículos 260 in fine, y 307, segundo apartado, *ibídem*).

a) Testimonial

Para que se ordene instruir este tipo de prueba deben indicarse claramente el nombre, apellidos completos, calidades y domicilio de cada testigo, y adjuntarse el interrogatorio en base al cual deben aquellos declarar (art. 305). El Juez a quien corresponda recibir los testimonios señalará para ello una fecha y una hora fijas para iniciar la diligencia (art. 307). La diligencia se realiza de viva voz, pero será necesariamente reducida a escritura para formar las correspondientes actas de las declaraciones, que serán firmadas por el Juez, las partes y sus abogados, y el Secretario del Despacho (art. 321). El acto se inicia con el juramento que el Juez toma al testigo, después de advertirle de las penas a que se expondría si faltara a la verdad en su declaración (art. 316).

Luego lo interrogará acerca de sus relaciones con las partes y su posición (interés o desinterés) frente al litigio, anotando lacónicamente las respuestas que pudieren indicar la existencia de motivos de parcialidad en la declaración (art. 318). En seguida procederá el Juez a preguntar al testigo sobre el interrogatorio o

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

interrogatorios formulado por las partes, y sobre las preguntas que éstas últimas le hagan en el acto, tendientes a aclarar las preguntas formuladas de antemano (art. 319). Se permite tachar al testigo que se encuentre en alguna de las situaciones descritas en el artículo 326 ibídem, es decir que lo reputen como testigo no idóneo, sea porque no se encontraba en grado o posición de percibir los hechos objeto de su declaración, sea porque su condición personal o sus relaciones con las partes lo hagan aparecer como poco digno de fe. Pero la tacha debe interponerse dentro de los cinco días siguientes a la fecha del auto en que el Juzgado admitió los testigos, o bien si se trata de una causal de tacha resultante de la propia declaración, aún en el acto de la misma (art. 327).

b) Pericial

Para instruir esta prueba deberá el interesado indicar las preguntas sobre qué versará el dictamen pericial, lo cual hará por escrito (art. 285). El perito lo nombrará el Juez procurando que dicho nombramiento recaiga en persona idónea y digna de confianza: de ser posible, en un especialista en la materia objeto del dictamen (art. 284); en el mismo acto fijará los honorarios del peritaje, de manera prudencial, y prevendrá al interesado para que los deposite en el plazo de ocho días, bajo pena de declarar ineva-cuable dicha prueba si el depósito no se realiza en el referido plazo (art. 287). La parte contraria a la que gestiona, el peritazgo puede bien pedir dentro del término de tres días desde que se le notifique la admisión de aquél, que se amplíe el interrogatorio en los puntos de su interés que señalará concretamente. Si el Juez admite la ampliación, indicará simultáneamente los honorarios que correspondan por la ampliación, en la misma forma y bajo los mismos apercibimientos fijados para la solicitud principal, (arts. 286 y 287). Las partes pueden pedir que el Juez señale fecha para el reconocimiento, por el perito, de lugares y objetos, si ello fuere necesario o conveniente para el peritazgo, ello a efecto de asistir a dicho reconocimiento y hacer al perito, en ese momento, las observaciones pertinentes. Practicado dicho reconocimiento, el Juez señalará día y hora para que el perito rinda su dictamen (arts. 294 y 295). Hecho lo cual por el perito, el Juez pondrá el dictamen en conocimiento de las partes por tres días, a fin de que señalen si el mismo es omiso, oscuro o insuficiente. En tal caso el Juez ordenará al perito la ampliación de su informe, so pena de perder sus honorarios si omite dicha ampliación (arts. 298 y 299)

c) Inspección ocular

Obtenido el exequátur, este tipo de prueba se instruye por el Juez en cuyo asiento se encuentren los bienes objeto de la inspección. Dicha autoridad señalará para ello hora y fecha determinadas, y ordenará simultáneamente al interesado el depósito de una suma prudencial por viáticos, riesgos y molestias, si ello fuere necesario (art. 301). La diligencia se realiza previa la citación tempestiva de las partes interesadas (tres días de anticipación por lo menos) a fin de que las mismas puedan comparecer e intervenir en su celebración, sugiriendo al Juez las observaciones que en su criterio resultarían interesantes. La diligencia se realiza públicamente y consiste en la observación directa, por parte del Juez, de los datos materiales que las partes han indicado previamente como de su interés. Dichas observaciones –del Juez y las partes– se recogerán en un acta, acompañadas eventualmente de prospectos, gráficos, fotografías, etc., que ayuden a reflejar la situación de hecho que se trata de hacer constar (artículo 302).

d) Prueba documental

Cuando el exhorto contenga una solicitud para certificar documentos deberá necesariamente indicar el archivo en donde los mismos se hallan y adjuntar las especies fiscales correspondientes, así como las expensas necesarias para pagar, en ciertos casos, el trabajo material de la elaboración de las certificaciones de que se trate (arts. 197 del Código de procedimientos y 400 del Código Busta-mante)."

c. Invocación y Prueba del Derecho Extranjero por las Partes

[FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto]³

i. El principio de alegación por las partes

"209. La aplicación del Derecho extranjero en el foro supone la última fase del método de atribución e implica que la realización del proyecto de reglamentación contenido en la norma de conflicto no ha quedado distorsionado. Ahora bien, tal aplicación nos enfrenta a una contradicción fundamental entre el sistema del foro y el sistema extranjero, pues ambos son ordenamientos jurídicos con un tratamiento procesal diferencial. El principio iura novit curia no opera, en principio, para el Derecho extranjero. El adagio «da mihi facti, dabo tibi ius» no englobaría, en consecuencia, al Derecho extranjero dentro del «ius». Sin embargo,

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

tampoco el Derecho extranjero tiene la consideración procesal de un simple hecho, al menos en todas las hipótesis. Los hechos, una vez probados, siguen siendo hechos. Sin embargo, el Derecho extranjero debidamente acreditado se erige en auténtico Derecho, que va a ser aplicado por el juez para resolver la controversia. En suma, el Derecho extranjero tiene una consideración procesal peculiar, viene a ser un *tertium genus* entre el Derecho y los hechos. Ahora bien, tal naturaleza ha de quedar garantizada en el proceso, por lo que su tratamiento procesal ha de revestir características propias, siendo a veces asimilables a la condición procesal de los hechos y, en otras ocasiones, a las normas jurídicas nacionales.

210. Con carácter general, el sistema español parte de un principio de alegación y prueba del Derecho extranjero por las partes. El artículo 12.6.º del C.c. prevé que «los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español. La persona que invoque el Derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios admitidos en la ley española. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas». La doctrina jurisprudencial anterior y posterior a dicho precepto se inclina mayoritariamente por considerar al Derecho extranjero como un simple hecho que debe ser objeto de invocación y alegación por las partes, posición que pervive tras la redacción del artículo 12.6.º C.c. (Sents. T.S. de 10 de diciembre de 1990, de 17 de diciembre de 1991, de 23 de octubre de 1992 y de 4 de octubre de 1995). La obligación del juez parece que se limita a aplicar de oficio la norma de conflicto, no el Derecho extranjero a que ésta remite. Son las partes que quieran beneficiarse de la aplicación de ese Derecho las que, invocándolo, deben probar o acreditar en juicio su contenido y vigencia. Llevada a sus últimas consecuencias, la pasividad del juez conlleva la inaplicabilidad de oficio del Derecho extranjero.

211. El principio de alegación por las partes se lleva, por parte de nuestros Tribunales, hasta sus últimos extremos, exigiendo no sólo estrictos medios de prueba, sino también una certeza absoluta acerca del contenido del Derecho extranjero. Existe menos uniformidad jurisprudencial acerca de las consecuencias que produce la ausencia de alegación y prueba del Derecho extranjero por las partes; mientras en buena parte de los casos nuestros Tribunales optan por aplicar la *lex fori* [Sent. Aud. Prov. de Barcelona (sección 13) de 6 de abril de 1989, Sents. T.S. de 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990, 16 de julio de 1991 y 23 de marzo de 1994, y Sent. Aud. Prov. de Madrid de 24 de septiembre de

1992], en otros la alegación del Derecho extranjero se considera, erróneamente, como un presupuesto procesal, cuya ausencia aboca a la desestimación de la demanda (Sent. Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barcelona de 15 de abril de 1988, Sent. Aud. Prov. de Bilbao de 31 de julio de 1991 y Sent. T.S. de 17 de diciembre de 1991).

En los últimos tiempos, se viene reiterando por nuestra jurisprudencia un fundamento contenido en la Sent. T.S. (Sala 1.a) de 11 de mayo de 1989, que no deja lugar a dudas sobre los medios y la función en la aplicación del Derecho extranjero, «de suerte que su interpretación no suscite la menor duda razonable a los Tribunales españoles», de forma que «cuando a los Tribunales españoles no les es posible fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero, habrá que juzgar y fallar conforme al Derecho patrio». Con idénticos términos, se recoge este pronunciamiento en las Sents. T.S. de 7 de septiembre de 1990 y 16 de julio de 1991, en la Sent. Aud. Prov. de Madrid de 24 de septiembre de 1992 y en la Sent. Aud. prov. de Las Palmas de 31 de mayo de 1993. No han faltado, sin embargo, posturas más flexibles, que, aun partiendo del principio de alegación por las partes, se ajustan mejor a la imperatividad de la norma de conflicto declarada por el art. 12.6.º I C.c. Paradigma de esta tendencia es la Sent. Aud. Prov. de Granada (sección 3.a) de 12 de febrero de 1992, que, refiriéndose al momento procesal oportuno para que una de las partes pueda desvirtuar la alegación y prueba del Derecho extranjero hecha por la contraparte, menciona el «principio de probabilidad del contenido y vigencia» del Derecho extranjero, muy lejano del «principio de certeza absoluta» utilizado a menudo por la jurisprudencia del T.S."

ii. Carga de la prueba

"212. El tenor literal del artículo 12.6.º del C.c. se refiere al deber de las partes en orden a acreditar la vigencia y el contenido del Derecho extranjero. Se ha argumentado, en ocasiones, que si se considera al Derecho extranjero como un simple hecho, las partes están obligadas, no sólo facultadas, a probar el Derecho extranjero como cualquier otro hecho. Sin embargo, la consideración puramente fáctica del Derecho extranjero no se acomoda tan sencillamente a los problemas particulares que suscita la aplicación judicial del Derecho extranjero. De hecho, las facultades que atribuye el artículo 12.6.º del C.c. al juez en la indagación del Derecho extranjero demuestran, como ha puesto de relieve la doctrina, que no cabe hablar en este punto de una auténtica carga de la prueba.

Por otra parte, tanto la doctrina como la jurisprudencia han vacilado a la hora de determinar a quién incumbe llevar a cabo la prueba, si bien la solución más correcta es que la parte a quien beneficie o interese la aplicación del Derecho extranjero debe acreditar su contenido o sufrir las consecuencias de su falta de prueba, ya se trate del actor o del demandado. Se puede plantear asimismo la posibilidad de que la parte alegue una norma de conflicto extranjera, suscitándose una cuestión de reenvío. La parte que invoca la aplicación del Derecho extranjero sólo debe acreditar la vigencia y contenido de su Derecho material; corresponde a la contraparte demostrar que, en virtud del reenvío de retorno, no es de aplicación el Derecho extranjero, sino la legislación del foro."

iii. Objeto de la prueba

"213. Es preciso determinar cuál es el objeto de la prueba y el contenido de la alegación del Derecho extranjero. El artículo 12.6.º del C.c. se refiere escuetamente a la vigencia y contenido del Derecho extranjero, si bien la regla jurisprudencial dominante se expresa con claridad al exigir la prueba de la interpretación y aplicabilidad al caso del Derecho extranjero.

La doctrina referida se resume en la Sent. T.S. de 19 de diciembre de 1935, al decir que «tiene declarado esta Sala más de una vez que para aplicar el Derecho extranjero por los Tribunales españoles es necesario que quien lo invoque acredite en juicio: primero, la existencia de la legislación que solicita; segundo, la vigencia de la misma, y tercero, su aplicación en el caso litigioso...». Añade más recientemente la Sent. T.S. (Sala 6.a) de 9 de mayo de 1988 que dicha prueba debe efectuarse, sin bastar «la mera cita aislada de preceptos concretos, ni siquiera hecha por la parte recurrente, sino de manera plena, aportándose incluso los criterios interpretativos sentados por los Tribunales del Estado correspondiente». Se trata de una doctrina firmemente sentada por el T.S., aunque peca de excesiva rigidez. Un supuesto de esta doctrina jurisprudencial, calificado como extremo por E. Pecourt García, viene dado por la Sent. T.S. de 30 de junio de 1962, que exigió la prueba de la existencia, alcance e interpretación de la legislación italiana sobre el régimen económico matrimonial, incluyendo la jurisprudencia al respecto de los Tribunales italianos, de forma que el Tribunal español fuese capaz de observar el Derecho sustancial extranjero «como si fuera juez en el Estado extranjero». Dicha jurisprudencia, confirmada palmariamente por otras decisiones, como la Senís. T.S. de 5 de noviembre de 1971 y de 3 de febrero de 1975, revelan que lo que

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

interesa es la prueba del Derecho extranjero vivo, no tanto de las normas jurídicas extranjeras que regulan una determinada relación jurídica, como de las sanciones que en dicho sistema jurídico se dan a las relaciones jurídicas, al aplicar sus Tribunales sus propias normas. Es preciso convenir, sin embargo, en que el criterio resulta desorbitado, si la cuestión jurídica se formula con cierta sencillez. Así, no parece necesario un gran aparato probatorio para demostrar si en Irlanda se admite el divorcio vincular.

214. La prueba de la vigencia del Derecho extranjero plantea dos cuestiones específicas, referidas a aquellos casos en que la regulación invocada proviene de un Estado no reconocido en el foro, o sus normas son susceptibles de resultar inconstitucionales en el Estado extranjero. En relación con el primer punto, el reconocimiento internacional supone la aceptación por un Estado de la aparición o existencia de un nuevo ente en la Comunidad internacional o, de otra parte, que en el interior de un Estado ya constituido ha habido un cambio en la legitimidad constitucional. Se trata de supuestos que han cobrado triste o grato relieve en la actualidad internacional, pero que plantearon problemas particulares relativos a la aplicación de la ley extranjera con la aparición del nuevo Estado soviético. Frente a la solución negativa que propugnaba la doctrina, en orden a aplicar exclusivamente las leyes de los Estados integrantes de la Comunidad internacional, la jurisprudencia comparada ha adoptado a menudo una tesis contraria, basada en el principio de efectividad aplicado al reconocimiento de Gobiernos, salvando determinados precedentes aislados.

En el Derecho español existe un curioso precedente, si bien de importancia secundaria: ante la sucesión ab intestato de un nacional checoslovaco en España, el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Madrid de 7 de febrero de 1951 se negó a aplicar el artículo 10.2.º del antiguo C.c. y, en consecuencia, la ley checa, dada la «incomunicabilidad en que internacionalmente se encuentra aquel país con el nuestro», prefiriendo declarar «apátrida no voluntario» al de cujus y aplicar la ley del domicilio (la española). Según el juez, el documento presentado en los autos por el que se acreditaba el Derecho checoslovaco en orden a la sucesión ab intestato, y expedido por la Legación de la República Checoslovaca en Madrid, en 1936, no era válido ya que en él se certificaban «una vigencia de leyes de Derecho privado a un tiempo en que Checoslovaquia estaba incorporada a una Comunidad internacional que se podría calificar de orden normal, y falta precisamente la prueba –exigible aquí por ser norma extranjera– de la vigencia de aquel ordenamiento jurídico privado que el

testimonio acredita, vigencia muy dudosa en el régimen que hoy vive dicha nación y, en general, los países satélites del régimen soviético».

En consecuencia, el juez procedió a aplicar el Derecho español por ofrecer «una mayor seguridad de investigación, de aplicación –por el principio *iura novit curia*– y de proximidad a la solución...».

Salvando precedentes aislados y, en algunos casos, como se ha visto, cuando menos llamativos, la jurisprudencia española se ha inclinado hacia una solución privatista, puesta de relieve por J. D. González Campos. A su través, las situaciones de Derecho internacional público no deben condicionar de forma absoluta los derechos de los particulares; de ahí que deba estimarse irreprochable el razonamiento realizado en la Sent. T.S. de 30 de enero de 1960 que, refiriéndose a las relaciones hispano-mexicanas, expresó que «independientemente de la falta de relaciones existentes entre nuestra Nación y dicho Estado americano... (éstas) no pueden influir en cuanto a la legislación aplicable a los derechos privados de las partes».

215. La vigencia o validez de las normas jurídicas extranjeras invocadas puede estar asimismo condicionada por su virtual inconstitucionalidad conforme al ordenamiento jurídico del que dimanen. El control de constitucionalidad de la ley extranjera no tiene sentido si en el sistema extranjero no existe un sistema de control de la constitucionalidad de las leyes (Reino Unido), o bien dicho control es previo (sistema francés), como bien demuestra J. Maseda Rodríguez. En el caso de que el Derecho extranjero contemple una técnica de control de constitucionalidad de las leyes, el juez del foro debe tener en consideración el problema de la constitucionalidad de la ley extranjera. Dicho problema admite cuatro variantes, a saber: a) que un Tribunal o un órgano del Estado extranjero cuyo Derecho reclama la norma de conflicto haya afirmado la legitimidad constitucional de la norma; b) que dicho órgano haya afirmado con el mismo carácter la ilegitimidad constitucional de la norma; c) que el procedimiento de control constitucional del Derecho reclamado por la norma de conflicto del foro esté pendiente de solución; y d) que tal órgano no se haya pronunciado al respecto. El principio de aplicación del Derecho extranjero, tal y como rige en el país en cuestión, obliga al juez del foro a resolver de acuerdo con los criterios expresados por el órgano de control de constitucionalidad extranjero, que deben asimismo ser invocados y probados por la parte interesada. Respecto a la tercera y cuarta hipótesis la solución es más delicada. En el caso tercero, se ha argumentado la conveniencia de suspender el procedimiento, pero ante la falta de previsión legal clara en nuestro Derecho procesal civil

internacional, los riegos de dilaciones insoportables, y la obvia imposibilidad de que nuestros Tribunales planteen una cuestión de inconstitucionalidad ante un órgano constitucional extranjero, tanto para el caso tercero como para el cuarto no parece existir otra vía que la aplicación de la norma extranjera, cuando su inconstitucionalidad sólo puede ser declarada por dicho órgano, dado que, con carácter general, hasta dicho momento, las normas son válidas y eficaces; o, en todo caso, aceptar la suspensión de la eficacia de la norma si así está previsto en el Derecho extranjero. El problema se suscita cuando se trata de aplicar normas jurídicas cuya inconstitucionalidad es susceptible de control por los Tribunales ordinarios, tal y como ocurre en España con los reglamentos. En este caso, en defecto de jurisprudencia extranjera al respecto, la parte deberá aportar todos los medios de prueba que acrediten ante el juez español la contradicción manifiesta de la norma extranjera con la Constitución del Estado del que proviene. Se trata de una situación similar a la que se produce respecto a la norma jurídica que queda desplazada por un Tratado internacional, cuya aplicación también debe acreditar la parte interesada. En cualquier caso, la ausencia de jurisprudencia en nuestro Derecho impide prever con claridad si un Tribunal español estará dispuesto a suplantar a un Tribunal ordinario extranjero en el control de constitucionalidad de una norma jurídica de dicho sistema, al tiempo que se han mantenido posiciones fundadas a favor de la aplicación de la disposición extranjera como constitucional (J. Maseda Rodríguez).

iv. Momento procesal oportuno para la alegación y prueba

“216. Una vez analizados los problemas que suscitan la carga y el objeto de la prueba del Derecho extranjero por las partes, es preciso, en tercer lugar, delimitar el momento procesal oportuno para alegar el Derecho extranjero. En la primera instancia, como señala M. de Ángulo Rodríguez, la alegación «deberá operarse durante aquellas etapas del proceso que permiten la aportación al mismo de elementos fácticos». Dichas etapas serían básicamente la demanda y la contestación y, en cuanto lo pedido inicialmente no se vea alterado, en eventuales escritos de réplica o duplica. Algún autor ha mantenido, incluso, la posibilidad de que quepa en el escrito de conclusiones o en la vista sustitutiva de éste (J. M.a Espinar Vicente). Debe reconocerse, sin embargo, que la práctica española registra una gran flexibilidad en cuanto al momento para la aportación del Derecho extranjero, cuya prueba deberá efectuarse en la correspondiente fase probatoria, si bien nada impide, a mayor abundamiento, que en los escritos de alegaciones se acompañe prueba documental del Derecho extranjero,

como documento en que la parte interesada funda su pretensión. A pesar de esta flexibilidad, la alegación del Derecho extranjero por las partes o, en su caso, a instancias del órgano jurisdiccional, sólo debe admitirse en aquellas fases del procedimiento que faciliten el debate jurídico sobre dicha cuestión (F. J. Garcimartín Alférez).

Si bien la alegación del Derecho extranjero no efectuada en primera instancia no puede efectuarse en apelación, sí existe por parte de los Tribunales de apelación españoles cierta benevolencia, puesta de manifiesto por E. Pecourt García, en recibir a prueba el Derecho extranjero, en las hipótesis, a menudo estiradas, del artículo 862.1.º y 2.º L.E.C., esto es, si se desestima su práctica en primera instancia o, por causa no imputable a quien la solicita, dicha prueba no hubiera podido realizarse en todo o en parte.

La jurisprudencia tradicional del T.S. es clara en señalar que la casación no es momento procesal oportuno para proceder a la alegación y prueba del Derecho extranjero no efectuada en instancias inferiores (Sents. T.S. de 16 de diciembre de 1960, 10 de diciembre de 1966, 9 de mayo de 1988, etc). En principio, ello no empece la posibilidad de articular recurso de casación motivado en la aplicación o inaplicación judicial del Derecho extranjero, como tendremos ocasión de ver."

v. Medios de prueba. Viabilidad de la doctrina de los hechos admitidos

"217. La jurisprudencia ha venido insistiendo reiteradamente en la necesidad de hacer uso, en este ámbito, de los medios de prueba admitidos por la legislación española (L.E.C. y C.c.). Dentro de ellos destaca la prueba documental y, de forma particular, la prueba pericial.

La prueba documental se revela como la más operativa, a fuer de imprescindible. Dicha prueba no es admisible a través de documentos privados o generales, colecciones legislativas, obras doctrinales, etc., sino a través de documentos públicos o intervenidos por fedatario público y puede aportarse al proceso a través de certificaciones expedidas: a) por el Gabinete de Documentación y Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia; b) por diplomáticos o cónsules españoles acreditados en el país en cuestión; c) por diplomáticos o cónsules extranjeros, del país en cuestión, acreditados en España. Estas certificaciones serán rápidas y fáciles de conseguir, pero tienen el inconveniente de que jamás podrán determinar el alcance y contenido de la norma extranjera, sino únicamente su texto literal

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

y, eventualmente, su vigencia. No obstante, tal inconveniente puede subsanarse solicitando información al país extranjero de que se trate o utilizando un mecanismo de información que la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia facilitaría. Esta prueba puede ser suficiente por sí misma en muchos casos, como pone de relieve la Sent. T.S. de 12 de noviembre de 1976, invitando más fácilmente al juzgador a dictar diligencias para mejor proveer si, en caso necesario, se precisa una prueba pericial complementaria. Pero, a su vez, cuando el contenido de la norma extranjera no exige una interpretación especial, es fácil que la existencia de la normativa probada a título documental sea más que suficiente. Así, si de lo que se trata es de determinar la admisibilidad del divorcio conforme a la ley personal de uno de los cónyuges, el tenor literal de la norma documentalmente probada puede ser suficiente. En cualquier caso, aunque no siempre sea suficiente, nuestra jurisprudencia considera imprescindible, con carácter general, la aportación de prueba documental, sin que pueda prescindirse de ella siquiera aportando pruebas periciales, que, en todo caso, serán complementarias (Sent. T.S. de 23 de octubre de 1992).

218. Sin embargo, también ha insistido nuestra jurisprudencia en la necesidad de complementar la prueba documental con una pericial. Así, una jurisprudencia reiterada ha venido exigiendo el testimonio conforme de dos jurisconsultos del país extranjero en cuestión [Sents. T.S. (Sala 1.a) de 25 de febrero de 1926, 30 de marzo de 1928, 12 de diciembre de 1935, 30 de junio de 1962, 5 de noviembre de 1971, 12 de marzo de 1973, 12 de noviembre de 1976, 23 de octubre de 1992, etc.], no admitiendo, sin embargo, la misma prueba efectuada por jurisconsultos españoles (a excepción de la Sent. T.S. de 27 de abril de 1978). No cabe duda de que la prueba pericial debe ser objeto de mayor sospecha que la prueba documental, por la eventual «imparcialidad» de unos peritos cuyo concurso solicita, pero también remunera, la parte interesada. De ahí que deba extremarse el control de la capacidad e independencia del perito, e incluso deba tenderse al nombramiento libre del perito por el juez, teniendo en cuenta las garantías de capacidad e independencia que ofrece. En esta línea, la Sent. T.S. de 23 de octubre de 1992 se muestra particularmente restrictiva, al estimar que «de haber accedido al dictamen aportado, en realidad habría transferido su función jurisdiccional a los juristas extranjeros autores del referido dictamen, obtenido a instancia de parte interesada sin que se haya acreditado su cualidad oficial sino meramente de encargo particular».

219. El tratamiento fáctico del Derecho extranjero plantea otro interesante problema relacionado con los medios de prueba: la

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

eficacia de la doctrina de los hechos admitidos. La jurisprudencia, por su parte, se ha inclinado mayoritariamente por la doctrina de los hechos admitidos, llegando a la conclusión de que, aceptado por la contraparte el Derecho alegado, no es necesaria prueba del mismo (Sents. T.S. de 9 de julio de 1895, de 1 de febrero de 1934, de 9 de enero de 1936, de 27 de abril de 1978 y de 4 de octubre de 1982).

La admisión de la doctrina de los hechos admitidos permite, de jacto, que las partes conculquen los principios de regulación previstos por el legislador en una norma de conflicto. Así, si se trata de un divorcio de común acuerdo entre dos chilenos en España, éstos pueden admitir que el Derecho chileno admite el divorcio tras dos días de separación de hecho, y el juez se vería obligado a admitir un resultado muy lejano a la regulación del divorcio por el Derecho chileno. La inconsecuencia de tal resultado es una prueba más del error subyacente en equiparar al Derecho extranjero a un simple hecho. Ante esta eventualidad, la solución óptima es que el juez, ante el acuerdo de las partes sobre el contenido del Derecho extranjero, haga valer su propio conocimiento o las fórmulas que el ordenamiento le brinda para indagar de oficio el Derecho extranjero, exigiendo una constancia fehaciente de la prueba del Derecho extranjero (Sent. T.S. de 5 de noviembre de 1971). Ello nos pone en relación con la cuestión general de la participación del juez en la indagación del Derecho extranjero, posibilidad abierta en nuestro Derecho que debe ser valorada, de principio, muy positivamente."

FUENTES CITADAS:

- 1 BOGGIANO, Antonio. Derecho Internacional Privado. Tommo I. 3º Edición. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1991. pp. 434-435.
- 2 ANTILLÓN, Walter. El Auxilio Jurídico Internacional en Costa Rica. *Revista de Ciencias Jurídicas*. (No. 15): pp. 248-250, San José, junio 1970.
- 3 FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. Derecho Internacional Privado. 1º Edición. Editorial Civitas. Madrid, 1999. pp. 231-239.