
ESTUDIOS

CONVENIENCIA DE ACTUALIZAR Y REFUNDIR EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 281 LEC¹

CONVENIENCE GIVES TO UPDATE AND TO RECAST THE
SECOND PARAGRAPH OF THE ARTICLE 281 LEC

JUAN MANUEL ALONSO FURELOS

(Titular de Derecho Procesal. Universidad Nacional de Educación a
Distancia)

Resumen: Planteo en este trabajo la necesidad de reformar y refundir el vigente artículo 281-2 LEC proponiendo una regulación en dicha norma que distinga en dos o más preceptos la prueba de los hechos y la prueba del derecho.

La excusa debería ser la necesidad de adecuar y refundir la vigente LEC a la reciente Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, respecto al derecho extranjero. Asimismo regular otros supuestos en que puede ser exigible la prueba del derecho que quedan fuera del derecho extranjero y la costumbre.

Todo ello tratando de integrar las muchas lagunas de las que apriorísticamente adolece la prueba, aplicación e impugnación del derecho aplicado. Y a ser posible siguiendo una sistemática general en todos los supuestos de prueba del derecho.

Palabras clave: Prueba del derecho. Efectos.

Abstract: I raise in this work the need to reform and recast in force article 281-2 LEC proposing a regulation in the above men-

¹ Este trabajo es la colaboración en su día enviada para formar parte de los Estudios en homenaje al profesor Dr. D. Francisco Ramos Méndez, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona con motivo de su jubilación.

tioned norm that distinguishes in two or more precepts the evidence of the facts and the evidence of the law.

The excuse should be the need to adapt and recast in force LEC to the recent Law on International Legal Cooperation in civil matter, with regard to the foreign law. Likewise to regulate other assumptions in which it may have to be met the evidence of the law that they stay out of the foreign law and the custom.

All this trying to integrate many gaps from which deductively there suffers from the evidence, application and challenge of the applied law. And to being possible being still a systematic general in all the assumptions of evidence of the law.

Keywords: Evidence of the law. Effects.

Recepción original: 04/09/2017

Aceptación original: 27/10/2017

Sumario: 1. Introducción. Origen del artículo 281 LEC. Estructura. Separación de la prueba de hechos y prueba del derecho. Supuestos. 2. La Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil. 3. La posición de las partes y el juez en la prueba del derecho cuando se exige. Efectos de la infructuosidad de la prueba 4. La protección del Derecho objeto de prueba cuando opera como un hecho y la protección del derecho aplicado mediante los recursos. 5. Propuesta de regulación.

1. INTRODUCCIÓN. ORIGEN DEL ARTÍCULO 281 LEC. ESTRUCTURA. SEPARACIÓN DE LA PRUEBA DE HECHOS Y PRUEBA DEL DERECHO. SUPUESTOS.

El vigente artículo 281 LEC fue introducido por primera vez en una ley procesal. Y lo fue por la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante con las iniciales LEC), publicada en el BOE, número 7 de 8 de enero del 2000.

Sin embargo la Ley 29/2015, de 30 de Julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (BOE, de 31 de julio) en adelante, con la abreviatura LCJIC en su Exposición de Motivos punto V (en lo sucesivo con la abreviatura EM-V) y en su art. 33 –sin derogar el art. 281 LEC como expresamente señala dicha EM-V y el párrafo primero del art. 33 LCJIC– concretan o matizan el contenido del art. 281 LEC respecto a la prueba del derecho extranjero. Sin olvidar la EM-VI y sus arts. 34 y 35 sobre la información del derecho extranjero, de igual forma.

Esta reciente Ley de 2015 justifica la necesidad o conveniencia de adecuar el art. 281 LEC a sus disposiciones. También debe adecuarse el art. 1-3 CC vigente con el art. 281 LEC sobre la «moralidad» de la costumbre así si tienen cabida o no costumbres que sin ser contrarias al orden público y sin vulnerar los principios o derechos constitucionales fundamentales y el resto de la jerarquía normativa pudieran ser contrarias a la «moral». Finalmente incorporar una regla general en la que el derecho no deba ser objeto de prueba o en que sí y enumerar los supuestos en que debe serlo. Y dentro de tales supuestos si deben existir excepciones o exoneraciones a su prueba.

Sin olvidar el papel de las partes en la prueba del derecho (carga o facultad) y el del juez en su iniciativa probatoria oficial del derecho (facultad jurisdiccional –arts. 281 LEC y 33 LCJIC– o deber jurisdiccional en otros sistemas). Así como los efectos jurídicos de la prueba del derecho, es decir el resultado probatorio positivo o negativo del mismo; lo que supone que siempre que el derecho debe ser probado y constar la prueba practicada en los autos sea a iniciativa de las partes y/o el juez opera como un hecho aunque sea el derecho su objeto. Y que para evitar su prueba y que opere como un derecho basta con disponer que el juez lo aplique de oficio sin necesidad de prueba, aunque tenga que investigarlo previamente para conocer su contenido.

Y terminar con la protección adecuada a través de los recursos o medios de impugnación correspondientes si el derecho no se probó o no se probó adecuadamente y por ello no se aplicó o lo fue inadecuadamente (como hecho jurídico) por faltar o incumplirse las garantías procesales exigibles; y la protección al derecho aplicado indebidamente (se exija o no su prueba, y si se exige cuando fue debidamente probado) a través de los recursos y medios de impugnación previstos. Este es el objeto del presente trabajo, plasmado en el nuevo precepto propuesto como posible regulación de la prueba del derecho por si pudiera servir de alguna manera de base o sostén a una futura reforma de la LEC, en el momento que se considere oportuno por el legislador.

En el plano histórico como sabemos las anteriores LEC de 1855 y 1881 no se referían y por tanto no regularon la prueba del Derecho. Todas sus alusiones respecto a la prueba, lo eran a la prueba de los hechos.

Como sabemos el objeto de la prueba suelen ser –como regla general– los hechos (Art. 281 LEC vigente) y la iniciativa probatoria para probarlos corresponde también –por lo general– a las partes (Art. 281

LEC) que son las que con anterioridad, por conocerlos, los introducen, aportan o alegan en el proceso (demanda y contestación).

En principio, la parte que debe aportarlos (carga) es la que deberá probarlos (carga), según el art. 217 LEC. Regla general que se atiene al principio general de la facilidad procesal probatoria: la actora debe probar los hechos constitutivos de su pretensión; y la demandada los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes (que lo son a los constitutivos de la pretensión del actor) y antes de su prueba –carga– debe invocarlos –carga– como excepción material de fondo en el asunto deducido por el actor. Aunque es posible que la parte que debe aportarlos o aducirlos (ya la actora o pasiva) no sea la obligada a su prueba.

En virtud de las cargas de aportación y prueba son las partes las que primero introducen o aportan los hechos que conocen y que después les convendrá probar. A diferencia del juez que suele desconocerlos al inicio del proceso, aunque sea el destinatario de su prueba y por ello le sería más difícil probarlos al juez. Esto sin perjuicio de la incidencia del principio de aportación que es una consecuencia del de iniciación a instancia de parte según el cual son las partes las que los aportan y después prueban cuando su interés es exclusivamente privado.

Pero –en ocasiones–, como excepción, puede corresponder la iniciativa probatoria oficial al juez para probar los mismos (art. 282 LEC que remite a otros preceptos de la LEC o de leyes especiales). Iniciativa que es una facultad del mismo como acontece en nuestro sistema (art. 282 LEC) aunque en otros sistemas de derecho comparado es una obligación del órgano jurisdiccional en ciertos casos. Lo mismo acontece como veremos después cuando se exige la prueba del derecho, pues opera su prueba como un hecho semejante a la de los hechos, aunque su objeto sea el derecho. (Arts. 281-2 LEC y 33 LCJIC). Siempre salvando la tautología de que la prueba de los hechos es derecho en tanto en cuanto se regula legalmente; como es también derecho la prueba de éste que también se regula legalmente.

Aunque el interés de aplicar el derecho correspondiente al caso concreto es un interés general y público más no privado y una manifestación de la jurisdicción, art. 117 CE. Y en principio se supone que debería conocerlo mejor el juez que las partes aunque estas se sirvan de profesionales en derecho encargados de su defensa (abogados) cuyos conocimientos jurídicos se asimilan, formalmente en principio, a los del juez.

Existen hechos, sin embargo, excluidos de toda prueba para ambas partes (los presumidos legalmente *iuris et de iure* donde ni siquiera la contraparte puede probar lo contrario a lo presumido e incluso puede ocurrir lo mismo en algunos supuestos de hechos notorios universales que además conformen una máxima de experiencia que impida la prueba en contrario de la contraparte. O los reconocidos voluntariamente por ambas partes de no mediar violencia, dolo, engaño u otro vicio...) en el ámbito de los derechos disponibles.

O hechos que están excluidos de la carga de la prueba para la parte que se beneficia de su exoneración, pero la contraparte puede probar lo contrario. Pues si no fuera por esta exclusión, justificada por el derecho, debería asumir su carga (presumidos legalmente, *iuris tantum*). O donde la carga, sin estar exonerada, se haya limitada en cuanto a su objeto (presunción judicial donde la prueba del hecho indiciario por quién debe asumir su carga le permite no tener que probar el hecho base presumido, pues se presume como existente siempre que exista una relación de causalidad entre el indicio y el hecho base presumido. Y en ambos casos, presunción legal *iuris tantum* o presunción judicial la contraparte puede probar lo contrario al hecho presumido para que no se tenga como tal.

Esto con carácter general pues el legislador puede modificar la regla general del art. 217 LEC (antes 1214 CC) de forma directa para casos especiales como se hace en los párrafos sucesivos del art. 217 LEC, o mediante presunciones. O hacerse con exoneraciones, modificaciones o inversiones específicas a la carga de la prueba, también para casos especiales, y por ello preverse en normas materiales especiales.

Nada más diremos sobre la prueba de los hechos al no ser objeto de este trabajo y serlo por el contrario la prueba del derecho. Pero lo aludimos porque tanto para la prueba de los hechos como para la del derecho en su aspecto subjetivo (carga de las partes o facultad de la parte en la que no concurre la carga; y sobre todo facultad para el órgano jurisdiccional cuando se sirve de la iniciativa probatoria oficial, arts. 281-2 y 282 LEC ya que no se le impone como un deber jurisdiccional ésta con lo que estará exento de toda responsabilidad directa, de no ejercitarla) y objetivo (que hechos o derechos objetivos deben probarse y cuales están excluidos y por qué). Existe una regla general y otras especiales para la prueba de los hechos y del derecho.

Así en la prueba del derecho debe determinarse quién debe probarlo cuando se exige (la parte ya actora o pasiva –carga– que alega el derecho objetivo regulador de su acción o excepción para beneficiarse

del mismo; o el juez como facultad en nuestro sistema) y qué debe probarse (el derecho sujeto a prueba que regula la acción y la excepción respecto a su contenido, vigencia y aplicación) y en concreto qué derecho debe probarse (extranjero, consuetudinario, histórico, convencional o no publicado) y si existen excepciones; y cual no.

El derecho como regla general no debe probarse si es el nacional, está vigente y ha sido debidamente publicado en el BOE o BOCCAA pues se supone y además se presume que lo conoce el juez (aunque esta presunción –no sea legal y por tanto es un aforismo o una falsa presunción)– aunque no siempre sea así en la realidad, dada la complejidad y pluralidad de las normas vigentes existentes para ser conocidas en su totalidad, como sucede en el ámbito administrativo. Por lo que el juez deberá investigar la existencia y contenido de la norma –si la desconoce– para aplicarla y en este sentido internet entrando en el BOE le prestará un gran servicio para ese fin aunque puede pedir también directamente información a los servicios jurídicos del Ministerio de Justicia o del CGPJ.

Que el derecho no deba ni tenga que ser probado como regla general en caso del párrafo anterior, no evita la carga (una más que acentuó la LEC vigente) que las partes deben asumir de fundamentar –en la demanda y contestación– el derecho objetivo que consideran aplicable a sus derechos subjetivos para obtener los efectos pretendidos y que esta fundamentación más o menos compleja o extensa pueda operar como un principio de prueba de la existencia y contenido del derecho objetivo, esté o no exento de toda prueba. Pero que incide mucho más cuando no está exento de ella.

En virtud del principio *iura novit curia* (por lo ya dicho se configura más como un aforismo legal que como un principio general del derecho, al ser una falsa presunción legal) se supone o presume que el órgano jurisdiccional debe conocer el derecho nacional, vigente, establecido con la publicidad que conlleva la elaboración de la norma en su fase interna y externa y que culmina con su publicación en el BOE art. 2 CC o en el BO de las CCAA.

Y por esto –lo conozca o no el juez– no puede negarse a fallar –es decir negarse a aplicar la ley al caso concreto– en la sentencia del proceso en cuestión so pretexto de falta de claridad del derecho existente o ignorancia del mismo, como expresamente se decía en la redacción anterior del CC. O lo que es lo mismo negarse a ejercer su actividad jurisdiccional, denegar sin razón o motivo –y sin entrar en el fondo por causas materiales– la tutela judicial efectiva que le soli-

citaron las partes, negándose a juzgar por tanto. Art. 1 CC, art. 24 y 117 CE y 1 y ss. LOPJ.

Pero puede también ser objeto de prueba el Derecho, para que una vez probado pueda ser aplicado, repito, tal y como fue probado si el resultado probatorio fue positivo. Un derecho en el que debe probarse su contenido, vigencia, y como es o fue aplicado por la jurisprudencia (derecho privado extranjero de todo tipo; costumbre nacional; derecho histórico nacional remoto; derecho convencional al amparo de los art. 1089 y 1091 CC para excluir el derecho legal si el objeto es disponible o en los estatutos fundacionales de las personas jurídicas; derecho vigente nacional no publicado en el lugar establecido) y que siempre se supone que lo es para que pueda ser aplicado.

En este sentido como regla general la prueba del derecho –cuando se exige– lo es para su aplicación. Responde la prueba del derecho a una concepción finalista del contenido de la sentencia para que en esta sea posible su aplicación. Por lo tanto, a una relación de causalidad que opera como un requisito *sine qua non*: la prueba del derecho cuando es exigida lo es para la aplicación de ese derecho tal y como en principio fue probado. Carece de sentido probar un derecho que no sea objeto de aplicación en la sentencia del proceso, en que fue objeto de prueba en los casos anteriores en que se exige. Y debe ser efectiva y con resultado probatorio positivo la prueba para que pueda aplicarse el derecho que fue objeto de prueba.

A sensu contrario, el derecho que debe ser objeto de prueba y que sin embargo no fue probado por las causas que fueran, produce la consecuencia legal de que no puede ser aplicado (art. 33 LCJIC para el derecho privado extranjero; y art. 2 CC para el derecho histórico remoto cuando la ley vigente irretroactiva permita la aplicación de leyes derogadas) y en su lugar se aplicará otro derecho (así el nacional de no probarse el extranjero, art. 33-3 LCJI o el vigente para el histórico y convirtiendo –por falta de la prueba del derecho histórico– la norma vigente irretroactiva en retroactiva como consecuencia de no haberse podido probar el derecho histórico remoto, art. 2 CC).

A salvo –y como excepción a los párrafos anteriores– cuando es preciso probar –en el proceso penal seguido en España– el derecho penal extranjero del país en que se cometieron los hechos en caso de extraterritorialidad de la ley penal española, repito de nuevo, por cometerse el hecho en país extranjero. Probar el derecho penal extranjero no para que se aplique éste en España al no ser posible (arts. 8 CC y 1 y ss. CP, salvo un Tratado internacional que expresamente establezca la aplicación de una norma penal plurinacional en España,

supuesto que en la actualidad desconozco su existencia) sino para que se aplique nuestra ley nacional en uno u otro sentido (hecho atípico o típico), según la prueba de aquél. Art. 23-2 LOPJ.

Debo destacar que cuando el derecho debe ser probado lo es (salvo la excepción anterior) para que pueda ser aplicado conforme al resultado de la actividad probatoria lograda por los medios de prueba pertinentes establecidos. Prueba que debería constar en los autos del proceso y por ello estar documentada (documento informador del derecho extranjero por sus autoridades competentes, arts. 34 y 35 LCJIC que contiene el contenido, vigencia y como se aplica tal derecho; el informe pericial de juristas cuyo dictamen es sobre el derecho extranjero, derecho histórico remoto o una costumbre que se contiene en ese documento; o si se tratara de la prueba testifical sobre derecho extranjero, costumbre, derecho remoto o convencional constara la declaración del testigo en las Actas del proceso o en la grabación de sus Sesiones).

Sin embargo, cuando el Juez conozca ese derecho objeto de prueba por su conocimiento privado o por su actividad jurisdiccional previa referida a otros casos semejantes, análogos o idénticos puede ser innecesaria su prueba ya que él es el sujeto destinatario de la prueba del derecho para aplicarlo. Si lo conoce parece innecesaria su prueba y en tal caso debería él señalar el contenido literal de ese derecho o precepto aplicable –no en los autos– sino en la sentencia de ese proceso y aplicarlo directamente en la sentencia con la motivación debida al respecto.

Que en la sentencia quede constancia del texto literal facilita conocer como es aplicado ese derecho (que debía ser objeto de prueba y por conocerlo el Juez no lo es). Facilita la motivación de la sentencia a través de su fundamentación jurídica. Facilita a la parte recurrente, si decide recurrir la sentencia, la motivación del recurso ordinario de apelación (por infracción o vulneración del derecho aplicado); y también facilitará la labor del órgano *ad quem* o superior jerárquico que conozca del mismo, evitándole que si él no conoce tal derecho tengan que probarlo las partes o el propio juez en la segunda instancia (art. 281 referido al derecho extranjero).

Y esto aunque no estemos ante el supuesto de la prueba de hechos nuevos o desconocidos (inicialmente) que después se conocen y que no se pudieron en ambos casos alegar antes de la segunda instancia. Sí ante la prueba del derecho, aunque cabría también la prueba de un derecho «nuevo» (si se derogó después el aplicado) o si se aplicó un derecho ya no vigente del que se «desconocía» la nueva regulación.

Cuando es necesario probar el derecho, la iniciativa probatoria puede corresponder a las partes en exclusiva (aunque se supone que no tienen por qué conocerlo si son legas en derecho –salvo el caso de la costumbre y las cláusulas del derecho convencional que se establecen en los contratos o los Estatutos de constitución de las personas jurídicas– sí deben conocerlo sus abogados –que asumen su defensa técnica–, previa su investigación al inicio del proceso pues medios tienen para conocerlo, fundamentarlo y probarlo solicitando información del derecho extranjero, o prueba pericial jurídica donde a través de sus dictámenes conocerán el contenido y aplicación de ese derecho extranjero, histórico remoto o consuetudinario para fundamentarlo y probarlo).

O ser compartida la iniciativa probatoria por las partes (o sus abogados defensores en la mayoría de los casos al ser especialistas en la materia, como el juez) y el propio juez. En este caso caben varios supuestos conforme a los arts. 281 LEC y 33 LCJI así:

La iniciativa probatoria se inicia a instancia de la parte interesada en probarlo que la lleva a cabo. O ante la dificultad de la prueba puede solicitar la colaboración del juez para que el resultado probatorio resulte positivo. O caso de iniciativa a instancia de las partes, que sin pedir ayuda al juez, éste se la presta en régimen de colaboración.

O es asumida dicha iniciativa probatoria por el juez de oficio y en exclusiva con o sin iniciativa de parte, tratándose la misma de una facultad jurisdiccional aunque esté al servicio de su función jurisdiccional (art. 117 CE) y no de un deber jurisdiccional del que surjan obligaciones coercibles y sancionables en caso de incumplimiento, siempre partiendo nuestro modelo jurisdiccional.

Sin embargo, en el derecho comparado existen países en que se trata de un deber jurisdiccional del que nace una obligación de iniciativa probatoria para el juez sancionable en caso de incumplimiento. De todas formas, el art. 33-3 LCJIC parece acercar la facultad al deber cuando señala que si por causas excepcionales el derecho extranjero no pudiera ser probado se aplicará el nacional. *A sensu contrario* si es por causas normales o dejadez de las partes, parece que el juez debería hacer un poquito más que ser un «mero espectador» aún sin ser incoercible su quehacer insuficiente.

Finalmente, en otros países no existe una carga probatoria de las partes, ni una facultad u obligación del juez para probar el derecho. Existe una obligación decisoria de aplicarlo de oficio en la sentencia –y sin prueba en los autos– derivada de la función jurisdiccional, art. 117 CE, de igual forma que cuando estamos ante el derecho na-

cional, vigente y publicado en la forma establecida dentro del principio *iura novit curia* para estas manifestaciones especiales del derecho (extranjero, costumbre, histórico remoto, el convencional admisible, o el no publicado).

Cuando el derecho no es objeto de prueba porque rige el principio *iura novit curia* el juez lo aplica de oficio en la sentencia del proceso sin permitirse su prueba para poder ser aplicado y es una manifestación directa de su función jurisdiccional Art. 117 CE y 1 y ss LOPJ. Cuando debe probarse, su aplicación no es por tanto una manifestación directa de su función jurisdiccional si no hasta que resulte probado el derecho que deba aplicarse.

Como decíamos, el artículo 281 LEC resultó novedoso en lo que respecta a la inclusión de la prueba del derecho porque no se regulaba en las precedentes LEC de 1855 y 1881 ya que en estas las referencias a la prueba lo eran siempre a los hechos.

La razón era obvia, en 1855. El derecho nacional, vigente, establecido por los órganos competentes para establecerlo (Parlamento normas con rango de ley o Gobierno las inferiores) y publicado en el lugar y forma establecida (Gaceta y después BOE,) era el único aplicado –salvo la costumbre– y no necesitaba ser probado al presumirse que se conocía por el órgano jurisdiccional, encargado de aplicarlo al caso concreto según el principio *iura novit curia*.

Y de no conocerlo debía el juez encargarse de encontrarlo, buscarlo, informarse de su contenido (Novísima Recopilación todavía vigente, u otras leyes recopiladas de derecho común o foral respecto al derecho privado objeto de aplicación de la LEC 1855), e interpretarlo para poder aplicarlo. Ciertamente que antes en el ámbito mercantil el C de C de 1829 ya vigente y la LENC de 1830 era la norma formal de aplicación.

No podía por ello el juez en 1855 negarse a fallar sobre el fondo por razones materiales (salvo casos específicos) es decir negarse a aplicar el derecho material, si concurrían los requisitos del párrafo anterior y los presupuestos procesales so pretexto de ignorancia u oscuridad de dicho derecho material y de hacerlo podía incurrir en responsabilidad civil, gubernativa e incluso penal.

A mediados del s. XIX cuando entró en vigor la LEC 1855 no se aplicaba todavía el derecho extranjero, si no sólo el derecho nacional entonces vigente como decíamos único aplicable históricamente desde tiempo inmemorial. Y en dicho momento respecto al derecho privado civil, pues al mercantil se aplicaba el Código de Comercio de

1829 y la Ley de Enjuiciamiento en asuntos de comercio de 1830 y por una jurisdicción especial mercantil. En la LEC 1855 se aplicaba el derecho material de la Novísima Recopilación, Partidas (y derecho foral no compilado todavía) hasta 1888-89, que entró en vigor el CC para el derecho civil común.

Cuando entró en vigor en 1881 la LEC, la prueba y aplicación del derecho extranjero era todavía una práctica jurisprudencial del TS iniciada y asentada por su jurisprudencia en cuanto doctrina legal al pronunciarse sobre los recursos de casación por infracción de ley (que instauró la LEC de 1855) desde el segundo tercio del s. XIX. Fue después el CC de 1888-89 el que determinó en los art. 8 a 11 cuando se aplicaba el derecho nacional (art. 8) y cuando el extranjero (arts. 9 a 11) en casos con elemento de extranjería. Lógico era, pues, que la LEC de 1855 y 1881 no se refirieran a la prueba del derecho extranjero o del nacional cuando procedía, ni a su aplicación.

El único derecho que era objeto de prueba desde tiempo inmemorial y que no reguló la LEC de 1855, ni la de 1881 era el consuetudinario y cuya prueba estableció el primer texto del CC. El derecho aplicado antes de estas leyes procesales era el vigente con lo que no se planteaban problemas con el derecho histórico (que era el mismo la Novísima Recopilación y Partidas al permanecer «petrificado» durante siglos) es decir con el derogado que podía ser objeto de aplicación a hechos, relaciones, efectos... producidos durante su vigencia. Fue de la misma forma la jurisprudencia del TS de esta fecha (hacia 1860) la que dio entrada y permitió aplicar la norma ya derogada cuando la ley vigente no establecía la retroactividad, para así poder aplicar la antigua a hechos, relaciones o efectos producidos durante la vigencia de la última.

Es en 1973 cuando se reforma el primitivo texto del CC que introduce el Título Preliminar del Código Civil regulando la prueba de la costumbre nacional en su art. 1-3 dedicado a las fuentes de nuestro derecho como se hacía en el texto primitivo; y la prueba del derecho privado extranjero, es regulada por primera vez, en el art. 12-6-2 CC en el que se exige como requisito, la prueba del mismo –para poder ser aplicado– por la parte interesada en ello y se admite la colaboración del juez con las partes en la actividad probatoria (el precepto se limitó a recoger la jurisprudencia asentada como doctrina legal por el TS –desde el tercer tercio del s. XIX–, pues de no probarse el derecho extranjero se aplicaba el nacional como históricamente se hacía en España hasta 1855 ya que el derecho extranjero no era aplicable en nuestro país).

Es importante destacar que las previsiones de la prueba del derecho en el CC tras la reforma de 1974 se referían sólo a dos supuestos: a la costumbre nacional y al derecho extranjero de carácter privado (civil y mercantil; entonces era discutible si el laboral del contrato de trabajo, u otro que regulara el ámbito privado como podía ser el penal de la responsabilidad civil derivada del delito –supuestos ambos introducidos en el art. 1 LCJIC–, o el militar testamentario, constitucional..., susceptible de ser aplicado en España, pues el art. 8 exceptionaba y sigue exceptionando supuestos en los que no se podía ni puede aplicar el derecho extranjero si no es de carácter privado.

Veamos ambos preceptos, antecedentes próximos del art. 281 LEC.

Art. 1-3 CC. «La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.

Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre».

Precepto que no ha sido derogado expresamente, aunque no es idéntico lo que establece el art. 1-3 CC y lo que dispone el art. 281 LEC. Puesto que el art. 1-3 CC exige que la costumbre no sea contraria a la moral y se refiere a los usos jurídicos y el art. 281 LEC no se refiere a ambos aspectos. Por lo que entiendo que la costumbre que no sea contraria al orden público y que no vulnere los principios constitucionales no debe considerarse contraria a la moral, siempre por supuesto respetando el principio de jerarquía normativa con lo que se excluye todo posible fraude a la ley. Se puede suprimir toda alusión a la moral. Y los usos jurídicos se prueban según el 281.

Art. 12-6-2 CC. «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».

Precepto que fue derogada por la vigente LEC, al ser sustituido por el art. 281-2 LEC. Así lo establece expresamente la Disposición Derogatoria Única 2-1.º LEC.

2. «Quedan también derogados los siguientes preceptos, leyes y disposiciones:

1.º El apartado segundo del artículo 8 (referido a la aplicación exclusiva de las leyes procesales nacionales en España, por lo dispues-

to en los arts. 2 y 3 LEC vigente), el párrafo segundo del apartado sexto del artículo 12;... todos ellos del Código Civil».

Sea cual sea ese derecho extranjero vigente tenía cabida en el art. 12-6-2 CC (o lo tiene en el actual art. 281-2 LEC y 1 y 33 LCJIC) al no especificarse o concretarse su carácter. Por lo tanto ante la falta de previsión legal de este precepto –y del actual art. 281-2 LEC– el derecho extranjero que sea derecho privado legislado con rango de ley, o normas inferiores a ella; la costumbre privada extranjera; los principios generales del derecho privado extranjero que fueran aplicables; y la jurisprudencia extranjera referida a lo anterior. Queda fuera el derecho matrimonial eclesiástico regulado por el derecho canónico que no es nacional y aunque es extranjero (Estado Vaticano) sigue otro régimen legal no siendo objeto de prueba, pero sí de homologación su proceso.

Puede que siendo privado se regule en cuerpos legales generales o en leyes especiales civiles, mercantiles, administrativas, laborales, constitucionales e incluso militares. Puede serlo el derecho regulador que además fundamenta la acción-pretensión del demandante en su demanda (derecho regulador de los hechos constitutivos de su pretensión) o el derecho regulador de la excepción material de fondo que fundamenta el demandado al contestar la demanda (derecho regulador de los hechos impeditivos, extintivos, o excluyentes que lo son a los constitutivos invocados por el actor).

Incluso y así lo entiendo el derecho histórico extranjero, aunque ello sea discutible –al exigirse la prueba de la vigencia del derecho extranjero– (considero que en este caso la prueba se refiere tanto a la norma vigente para demostrar sólo que es irretroactiva y que en su virtud permite aplicar el derecho derogado, como la prueba del contenido del derecho extranjero derogado aplicable). Si es irretroactiva la norma extranjera vigente permite aplicar normas anteriores ya derogadas respecto a hechos, relaciones, situaciones, efectos... ocurridos durante la vigencia de éstas.

Lo contrario, es decir, no permitir la prueba y aplicación del derecho extranjero derogado supone convertir la norma extranjera vigente cuando es irretroactiva en el país en cuestión, en retroactiva a efectos de su prueba y aplicación en España.

Siempre suponiendo que la norma de conflicto vigente fuera la misma pues la modificación de la norma nacional de conflicto es discutible si tiene carácter irretroactivo según el principio general del art. 2 CC si no se dispone lo contrario. O si por la especialidad de la misma tiene siempre carácter retroactivo, al ser salvo pacto en

contra (y admitirse sólo en materias disponibles) de obligado cumplimiento para el juez, según el art. 12 CC. (Remite siempre la norma de conflicto nacional al derecho objetivo extranjero que se considera aplicable (v. gr. francés) aunque la norma anterior vigente de conflicto remitiera a otro (v. gr. inglés) y los hechos, relaciones o efectos se produjeran durante la vigencia de la anterior norma de conflicto).

La LEC 2000 en el artículo 281-2 refundió la prueba de la costumbre y del derecho extranjero. Pero no derogó el art. 1-3 CC (ya me referí a la moral y usos jurídicos), pero sí derogó el art. 12-6-2 CC regulador de la prueba del derecho extranjero.

Entrando en la estructura de la vigente LEC la prueba del derecho se regula en el Libro II, dentro de los procesos declarativos; en el Título I dedicado a las disposiciones comunes a los procesos declarativos; en su Capítulo V, referido a la prueba, dentro de las disposiciones generales; en la sección 1.^a bajo la denominación del objeto, necesidad e iniciativa de la prueba.

Así el art. 281 LEC se encabeza con la denominación objeto y necesidad de la prueba. Debe destacarse que los párrafos 1.º, 3.º y 4.º se refieren a la prueba de los hechos, sin perjuicio que respecto al elemento fáctico de la costumbre pudiera serle también de aplicación. Y el 2.º a la prueba del derecho aunque sin destacarse con tal denominación que sin embargo se deduce de su regulación, pues se refiere este párrafo a dos supuestos del mismo: el derecho extranjero y la costumbre.

Sin embargo, el art. 282 LEC –bajo el título (o denominación) iniciativa de la actividad probatoria– es aplicable tanto a la prueba de los hechos para el que está especialmente pensado y que remite a otros preceptos de la LEC que forman parte del Libro IV como a la prueba del derecho por no estar excluida expresamente de este precepto aunque lo dispuesto en el art. 281-2-2 LEC para la prueba del derecho extranjero exige que sea complementado con este artículo 282.

Ello sin perjuicio de que el 282 LEC puede ser aplicable a los demás supuestos de prueba del derecho, (extranjero, costumbre, histórico, convencional o no publicado) aunque inicialmente estuviera pensado para la prueba de los hechos y no del derecho. Y el art. 281-2-2, en que la iniciativa probatoria oficial está pensada para el derecho extranjero pueda por analogía aplicarse a los demás supuestos de prueba del derecho.

Literalmente establecen estos preceptos:

Art. 281. «Objeto y necesidad de la prueba».

1...

2. «También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre 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 ...

4 ...

Art. 282. «Iniciativa de la actividad probatoria.– 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».

En cuanto a la estructura como decíamos es discutible que no exista una separación expresa entre la prueba de los hechos y la prueba del derecho. Podría haber comenzado este artículo 281 LEC señalando en el párrafo primero que son objeto de prueba los hechos con carácter general, salvo excepciones. Y en qué supuestos debe ser probado como excepción el derecho.

Seguidamente abordar la prueba de los hechos tal como es abordada en los párrafos primero, tercero y cuarto y la iniciativa probatoria de las partes y el juez respecto a los hechos (del art. 282 LEC), incluirla en este mismo artículo 281. Y enumerar las excepciones totales o parciales a su prueba, es decir los hechos reconocidos o admitidos por ambas partes, los notorios, los conocidos privadamente por el juez y los presumidos legal o judicialmente, con remisiones a preceptos posteriores.

Y dedicar el artículo 282 a la prueba del derecho extranjero, de la costumbre, y de los demás supuestos en que debe probarse el derecho mencionado así como la iniciativa probatoria para probarlo sea a instancia de parte privada o pública (MF, Abogado del Estado u otras Administraciones). Si a iniciativa de las partes (carga) con la colaboración del juez; o bajo la iniciativa probatoria oficial del juez que en nuestro sistema es facultativa (incluso sin iniciativa de aquéllas) y que

en otros sistemas es obligatoria esta iniciativa al establecerse como un deber jurisdiccional cuyo incumplimiento puede ser sancionable. Y con respecto a la iniciativa probatoria en la prueba del derecho refundir el art. 281-2 y el art. 282 LEC, en este artículo 282.

La regulación adecuada de la costumbre exige: o derogar el art. 1-3 CC y en este caso refundir su contenido en el artículo 281 vigente (según nuestra propuesta en el art. 282) e incluir en el texto los requisitos de que rige en defecto de ley aplicable (con lo que se evita el fraude de ley), que no sea contraria al orden público e incluya los usos jurídicos; o dejarla como está en el CC y LEC aunque suponga una doble regulación suprimiendo (por derogación) el requisito y las palabras de que no sea contraria a la moral por las razones mencionadas si no vulnera el orden público, es decir la Constitución y los principios y derechos fundamentales que la informan (arts. 14 y ss.).

Asimismo debe distinguirse entre el elemento normativo de la costumbre es decir los efectos jurídicos que produce su uso reiterado y continuo porque así lo desea el grupo social al que afecta; o los efectos de la desaparición del uso cuando así lo desea el grupo social. Y el elemento fáctico de la misma, es decir el hecho o hechos que constituyen el uso reiterado y continuo que podría ser un hecho notorio para el grupo.

Ambos elementos fáctico y jurídico deben probarse o pueden estar exonerados (notorio o reconocido por las partes). De igual forma la costumbre derogada por falta de uso o no desear sus efectos el grupo social puede ser aplicada como histórica de referirse a hechos, efectos, relaciones... producidos durante su vigencia. Incluso la jurisprudencia sobre la misma siendo histórica, si existe puede ayudar a su prueba.

Los otros supuestos incluidos como objeto de la prueba del derecho serían:

a) El derecho nacional derogado y por tanto histórico cuando es muy remoto, tanto en lo normativo como jurisprudencial de las antiguas Audiencias y Chancillerías. Entendiendo como muy remoto el derecho recopilado en cuerpos legales (desde la Novísima Recopilación de 1805 para atrás) es decir el derecho histórico anterior a la codificación o las compilaciones forales. Recalco que el derecho histórico extranjero ya fue abordado y el régimen es diferente.

Dejaría por tanto como excluido o exonerado de prueba el derecho codificado (desde el C de C de 1829) y la jurisprudencia del TS sobre él, desde que se introdujo el recurso de casación por infracción de ley

(jurisprudencia publicada en repertorios). Por tanto el derecho codificado se aplica al caso concreto de oficio por el juez (igual que el derecho estatal, vigente y publicado aunque no esté cubierto por el principio *iura novit curia*). En el caso del derecho foral desde su compilación, pues en gran medida se asimila codificación y compilación. Las CCAA con derecho histórico foral especial lo tienen al día debidamente compilado como si fuera codificado (aunque su origen sea recopilado) y no debería plantear problemas su prueba.

Sin necesidad de que sea probado en autos del proceso dada su fácil comprobación o demostración y siempre en el caso de que la ley vigente permita –por ser irretroactiva– su aplicación; es decir la norma vigente no sea aplicable a los hechos, efectos, o situaciones anteriores a su vigencia y a estos se aplicaría ese derecho histórico codificado, sin necesidad de su prueba y en cuanto se produjeron durante su vigencia.

Asimilo así el régimen jurídico del derecho histórico codificado, al del vigente. Como si estuviera cubierto, sin estarlo, por el principio *iura novit curia*. Sólo en el caso de que fuera imposible al juez esta aplicación de oficio por no encontrarse el texto legal –supuesto casi imposible– caben dos opciones: se prueba el mismo por las partes al ser necesario para poderse aplicar, como el derecho histórico, remoto y recopilado; o se aplica en defecto de su prueba la norma nacional vigente retroactivamente, aunque la misma sea irretroactiva ya expresa o tácitamente (art. 2 CC).

Cuando se trata del derecho histórico extranjero no debe hacerse ninguna distinción sobre si es codificado o recopilado y someterse, al régimen jurídico común del derecho extranjero. Señalé que es discutible si se aplica o no, al exigir la LEC probar la vigencia y las razones por las que entendí su admisibilidad. De lo contrario se aplicaría el derecho extranjero vigente retroactivamente y si aun así no se prueba este, el nacional vigente conforme al art. 33-3 LCJIC siempre que concurra esa situación de excepcionalidad que exige justificarse, afín de que este precepto no sea la excusa a la inactividad o inoperancia del juez a cuyo fin el art. 281 le otorga esta facultad. Aunque sea excusa a una facultad jurisdiccional; que no a un deber jurisdiccional impuesto ni siquiera en el caso del art. 33-3 si no es excepcional la causa.

b) Debe probarse el derecho convencional o estatutario en materias disponibles y que forma parte de las cláusulas de los contratos conforme a los arts. 1089 y 1091 CC o del régimen estatutario de las personas jurídicas civiles o mercantiles. Estatutos que lo contienen y que bajo la forma de escritura pública y demás requisitos son objeto

de inscripción en los registros correspondientes de las mismas. Es obvio que este derecho en cuanto establecido para ser diferente que el legal, debe ser probado pues son las partes quienes mejor lo conocen y no tiene el juez porqué conocerlo para aplicarlo. Basta con aportar sus estatutos o una copia de la escritura de los mismos.

Da lo mismo que sea el derecho convencional originario o uno sobrevenido de ser reformadas o modificadas las cláusulas pactadas en materias disponibles en los contratos o los estatutos originarios y que el mismo sea nacional o extranjero. Si es un derecho convencional extranjero estará sometido, pues, al régimen general del derecho extranjero. Es posible que puedan aplicarse las cláusulas contractuales originarias o los estatutos iniciales después de modificados respecto a hechos, efectos, relaciones.... producidos mientras estaban vigentes según lo dicho antes, siempre que las cláusulas o estatutos ahora vigentes no lo impidan.

Recalco que el derecho extranjero convencional ya fue tratado y debe estarse a la legislación a la que remite la norma de conflicto donde debe probarse su admisibilidad. Aunque puede constar su contenido en el documento contractual privado o estatutos supuesto que difiere al previsto en los arts. 33-2 y 4, 34 y 35 LCJIC.

c) Finalmente el derecho administrativo especial, de escasa jerarquía y que no sea objeto de publicación la norma ni en el BOE, ni en el BOCCAA. Es obvio que el Juez en tal caso no tiene porqué conocerla pues es una norma «secreta». Y lo mismo ocurre si se derogó sin publicación, en lo que pueda concernir como vigente o histórico. Lo dicho podría ser de aplicación a normas de derecho privado de escasa jerarquía no publicadas en el BOE art. 2 CC. aunque en este caso parece que serían nulas o inexistentes por incumplirse tal precepto y en tal caso si estuviéramos ante una laguna legal se completará o integrará por la forma común. No sería un caso por tanto de prueba de una norma sino de integración de una laguna según la analogía u otros mecanismos para completar el ordenamiento jurídico.

Si se tratara del derecho privado extranjero que no fue objeto de publicación, es decir desconocido, es obvio que debe probarse y ante su falta estarse a lo dispuesto en el art. 33-3 LCJIC si las partes, o el juez por esta excepcionalidad no pueden probarlo. Varía en este supuesto que el derecho objeto de prueba sea nacional o extranjero.

Dentro del derecho extranjero, es discutible si la costumbre extranjera debe equipararse con el derecho extranjero o debería serlo con la costumbre nacional. Si observamos el texto del art. 281-2 LEC y el primitivo texto del art. 12-6-2 CC para el derecho extranjero no se

distingue sobre el carácter y especie de sus normas. Parece que el legislador quiere equiparar costumbre extranjera con derecho extranjero y desea excluir la equiparación costumbre nacional y extranjera.

* * *

Como derecho extranjero objeto de prueba se entiende el privado, aunque este puede estar inserto en un código civil, mercantil, laboral pero referido al contrato de trabajo, incluso en un código penal extranjero que regule la responsabilidad civil derivada del delito dado su carácter privado (art. 1 LCJIC)... o en leyes especiales específicas. Incluso en una norma administrativa referida a una Administración extranjera que le permita actuar como un sujeto privado. O militares referidas al ámbito privado v. gr., valor de los testamentos especiales. Normas extranjeras que pueden tener rango de ley incluso ser una norma constitucional de aplicación directa, o rango inferior a ley.

Costumbres extranjeras conforme lo dicho. E incluso principios generales del derecho extranjero. O tratarse de jurisprudencia extranjera sea de primera instancia o de última y superior instancia referida a toda la normativa mencionada dentro del derecho privado extranjero.

Es discutible sin embargo de *lege ferenda* si debe seguirse el mismo régimen probatorio para todo el derecho extranjero dados los distintos supuestos de los párrafos anteriores sin olvidar que el derecho extranjero probado, cuando se exige su prueba es el derecho que se aplicará conforme al resultado de la misma, sea o no el que existe realmente.

Pero también debería hacerse referencia en la regulación de la prueba del derecho a los supuestos en que el derecho extranjero (en principio) objeto de prueba o el derecho nacional objeto de la misma en los supuestos mencionados, puede estar exonerado de prueba.

Así, si debe admitirse o no –y sobre todo determinar cuándo se admite, qué efectos produce– el reconocimiento del derecho aplicable por ambas partes, si es objeto de prueba y en materias disponibles. Y si siendo reconocido por ambas partes el juez está exonerado de la prueba del mismo (art. 281 LEC para la costumbre nacional), o por el contrario puede probar de oficio, dentro de la facultad de iniciativa probatoria oficial del art. 281-2 LEC, que el derecho reconocido o admitido por ellas no es tal en caso del derecho extranjero y otras manifestaciones de prueba del derecho evitando así la aplicación «libre» del derecho. Incluso tratándose de costumbre extranjera, pues la ex-

clusión de prueba caso de reconocerse por las partes, es sólo para la nacional.

Es discutible si el reconocimiento del derecho debe seguir el mismo régimen jurídico –o no– que el de los hechos, pues en estos es determinante que afecte o no a los derechos subjetivos de las partes según sean disponibles, o no. No es lo mismo reconocer los hechos que el derecho objetivo aplicable. Y en este último caso, aunque el derecho objetivo se refiera a derechos subjetivos disponibles, no parece lógico la aplicación «libre del derecho» de reconocerse como derecho objetivo por las partes aquél que no existe en la realidad, pues se vulneraría el fundamento de la jurisdicción, art. 117 CE. El reconocimiento de la costumbre nacional no puede vulnerar el principio de jerarquía normativa y por ello que se haga en fraude de ley.

Reconocimiento del derecho objetivo aplicable, por ambas partes. Sin perjuicio de que tal derecho objetivo sea el regulador de los hechos constitutivos de la pretensión del actor o el regulador de la excepción material que el demandado opone a tal pretensión es decir el derecho objetivo regulador de los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes a los constitutivos del actor. Y sin perjuicio en ambos casos de la iniciativa probatoria oficial del juez que pueda corresponderle tanto respecto a ese derecho objetivo regulador de la acción como de la excepción.

Otra excepción a la prueba del derecho cuando es exigida es el conocimiento privado del juez adquirido por sus estudios particulares; o conocimiento del juez adquirido de casos resueltos por él. Incluso del examen de autos de procesos de otro juzgado diferente donde puede estar la prueba de dicho derecho. (Existe jurisprudencia en que el juez aportó una copia fehaciente expedida por el secretario judicial de la prueba del derecho realizada en un proceso anterior a otro posterior en curso).

También existe jurisprudencia del derecho extranjero e histórico exonerando de la necesidad de prueba el derecho que resulta notorio, si bien no puede identificarse la notoriedad de los hechos con la del derecho objetivo. Un derecho que necesita ser probado cualquiera que sea este (nacional o extranjero) y su tipología es porque no es notorio. Y no lo es porque o no es el nacional, o no está vigente, o no ha cumplido el requisito de publicación y con este el de publicidad como señaló F. Stein identificando notoriedad del derecho con el nacional, que está vigente y publicado en forma es decir cubierto por el principio *iura novit curia*.

Es una tautología considerar que un derecho que debe probarse porque no se conoce por el juez (no ser nacional, no estar vigente, no ser público) y que debe probarse para poderse aplicar se le convierta en ocasiones (con discutible fundamento) en un derecho «notorio» por obra del Espíritu Santo. La jurisprudencia del TS admitió en el derecho extranjero y en el nacional derogado su notoriedad excluyéndolo de la carga de la prueba a instancia de las partes.

Asimismo, supuestos de derecho extranjero exonerados de prueba en el derecho comparado por ley (interna o Tratado internacional) en cuyo caso el juez lo aplicará de oficio después de investigarlo sin que las partes o él asuman carga probatoria o facultad probatoria alguna. Cuando me refiero a Tratado lo hago siempre que este no se publicase en el BOE pues en otro caso sería derecho interno –y no extranjero– a efectos de su prueba.

Tampoco debe probarse el derecho extranjero si la institución jurídica objeto de prueba es o tiene carácter universal y común en todos los Estados y en todo momento. De ser así sería innecesaria la prueba de tal derecho regulador sea total o parcial..., pues su regulación será idéntica en todos los países y en todo momento. V. gr., es consustancial a la compraventa la entrega de la cosa a cambio de un precio y probar estos requisitos como legales según la legislación de cada país parece ser innecesario.

O cuando el derecho extranjero, histórico o convencional regulador de la institución forma parte del documento que incorpora el contrato en modelo impreso de carácter oficial. Parece que en este caso el documento que lo contiene debe tener el valor legal que le corresponde sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 33-2 y 4 LCJI y de que el juez de oficio pueda llevar a cabo una iniciativa probatoria oficial (281-2) para ver si el contenido de las normas impresas en un contrato tipo se ajustan o no a la realidad.

2. LA LEY DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL

Posteriormente a la vigente LEC del 2000, la Ley 29/2015 de 30 de Julio de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (BOE número 182 de 31 de julio 1015 págs. 65906 a 65942) en su Exposición de Motivos punto V y el art. 33 de la misma, sin derogar el artículo 281 LEC, (así lo pone de manifiesto la EM-V y su art. 33-1) que

sigue vigente, establece unas puntualizaciones a la carga de la prueba y a la necesidad probatoria del derecho extranjero.

Tanto respecto a algunos medios de prueba idóneos para probarlo, como el valor o valoración probatorio de los mismos respecto al juez, y efectos de la falta de prueba del derecho extranjero. (Aspectos que podrían servir de referencia y aplicarse por analogía a otros supuestos en que se exige la prueba del derecho si es el nacional, por tanto la costumbre, el derecho histórico, el no publicado o el convencional).

En efecto, el art. 33 LCJIC podría haberse refundido en 2015 en el art. 281-2 LEC sin ningún problema. O modificarse a su amparo, aunque fuese una regulación doble en la LCJIC y LEC. Pero como los internacionalistas del derecho privado querían tener su «PROPIA LEY» fuera del CC y de la LEC, parecía claro que la LCJIC en su EM y el art. 33 tendría que remitir al art 281-2 LEC. aunque sólo para decir que sigue vigente.

Puntualizaciones de la LCJIC en la EM-V y el art. 33-2,3,4 que concretan cuestiones que la jurisprudencia del TS estableció como doctrina legal al pronunciarse sobre los recursos de casación por infracción de ley desde el segundo tercio del s. XIX y que la reforma del Título Preliminar CC de 1974 y la LEC habían omitido.

Por ello de considerarse útil o conveniente la reforma que proponemos, donde se regule la prueba del derecho privado en sus distintas manifestaciones y no sólo la referida al derecho extranjero y la costumbre parece que habrá que incorporar al texto de la LEC el contenido del art 33 de esta Ley y que este precepto siga como está en la LCJIC. Así no se perturbará, incomodará o molestará a los Internacionalistas del Derecho Privado, ni afectará a la «debida comprensión» que debe existir entre profesores universitarios de todo tipo (procesalistas, civilistas e internacionalistas del derecho privado).

Y por supuesto para que estos sigan disfrutando de su «propia Ley» de la que supongo son autores exclusivos por esta «Gracia o Concesión» que les otorgó el Ministerio de Justicia del anterior Gobierno Rajoy al contar con mayoría absoluta en el Congreso, y que cumplía la promesa que el Gobierno de Aznar había hecho quince años antes donde se establecía en la Disposición vigésima de la LEC vigente el anuncio de un Proyecto de ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil y que no sé si esta Ley ha llegado pronto, tarde, o quizá no debería haber llegado ya que por el manifiesto carácter procesal de su contenido regula muchas figuras que antes estaban en las LEC de 1855 y 1881 y la LOPJ de 1870 de las que no debían haber salido.

En efecto el art. 33 LCJIC (y conforme a la EM-V), es el artículo único del que consta el Título II de la LCJIC, título y artículo que se encabezan con la misma denominación de «la prueba del Derecho extranjero». Dispone:

Artículo 33. «De la prueba del Derecho extranjero.

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 a 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».

Como señalé los párrafos dos, tres y cuatro recogen la jurisprudencia del TS establecida como doctrina legal desde la segunda mitad del s. XIX, hasta el presente.

Es discutible sin embargo el último párrafo de referirse al documento público extranjero que informa sobre el Derecho extranjero (Arts. 34 y 35 LCJIC) expedido por las autoridades extranjeras debidamente autenticado, y que no queda sometido a la valoración de la prueba legal del documento público (regla general de la LEC para estos), si no a la libre valoración de la prueba (excepción por tanto) aunque lo sea conforme a las máximas de la experiencia como el resto de las pruebas civiles fuera del documento público o privado y el reconocimiento de hechos por ambas partes.

No sé si es un «despropósito» solicitar por las autoridades nacionales, a las autoridades públicas extranjeras, información sobre su derecho extranjero y que haciéndolo en un documento público con todas las garantías formales de autenticidad después nuestros órganos jurisdiccionales puedan valorar ese derecho extranjero (y su jurisprudencia) «libremente» y aplicarlo después «libremente» porque ese documento público extranjero y su contenido no les vincula fuera de

las reglas de la sana crítica y sin olvidar que estamos valorando la prueba del derecho y no la de los hechos.

Me surgen a primera vista algunas dudas, por tanto: ¿Para que piden entonces los jueces o los letrados de las partes tal información? ¿Por qué desconocen ese Derecho extranjero y necesitan aplicarlo lo que es lógico, o por qué lo conocen mejor que las autoridades extranjeras? ¿Acaso porque antes de recibir ese informe o tras su recepción ya lo conocen mejor que sus autoridades de origen? ¿Para aplicar un derecho diferente al que consta en esa información, de forma libre? ¿Para comprobar que sigue estando vigente el mismo derecho extranjero que se aplicó en otras ocasiones? ¿Para comprobar si esa ley fue objeto de reciente modificación legal por una sucesión normativa? ¿Para que admitido el recurso de casación por infracción de ley extranjera en los rarísimos casos en que por la excesiva cuantía del caso pudiera ser procedente, no prospere o hacerlo infructuoso al no poderse atacar en casación la prueba del derecho que descansa en reglas de la sana crítica pensadas para los hechos y no referirse a máximas de la experiencia específicas referidas a la prueba de un derecho legal? ¿Para que no prospere el recurso de apelación caso de vulneración de la ley aplicada, so pretexto de aplicarse unas reglas de la sana crítica pensadas para la prueba de hechos? ¿En la prueba del derecho hasta qué punto son admisibles las máximas de la experiencia, las reglas de la sana crítica o las reglas del criterio racional o humano, repito pensadas para hechos y no para la prueba del derecho? Aunque más que dudas resulta claro el fin del legislador y el «ideal» a que responde. Otra cosa es la impugnación del documento por falsedad que debe ajustarse a la LEC.

En este trabajo me referiré a todos los supuestos en que es preciso probar el derecho, sin entrar en consideraciones específicas de la prueba del derecho extranjero y la costumbre. Tampoco entraré en la cuestión de si debe establecerse un régimen común para la prueba de todo el derecho extranjero (sistema seguido por la jurisprudencia del TS y legalmente desde la reforma del Título Preliminar del CC en 1974, LEC 2000 y LCJIC) o debe diferenciarse según el tipo de derecho extranjero de que se trate (así legal, de normas inferiores, consuetudinario, jurisprudencial, histórico, convencional, no publicado).

Quizá sea mejor un sistema unitario para la prueba del derecho extranjero cualquiera que sea la norma objeto de ella, aunque pueda suponer marcar diferencias entre el mismo y el derecho nacional objeto de prueba como puede acontecer con la costumbre internacional versus la nacional.

Tampoco abordaré el tema de si las excepciones a la prueba del derecho extranjero, deben ser diferentes al del nacional objeto de ella, que pueden justificar el régimen diferenciado del párrafo anterior y que deberían constar en normas especiales de Derecho internacional privado aunque algunas de estas excepciones sean reconducibles a la prueba del derecho nacional cuando se exige.

3. LA POSICIÓN DE LAS PARTES Y EL JUEZ EN LA PRUEBA DEL DERECHO CUANDO SE EXIGE. EFECTOS DE LA INFRUCTUOSIDAD DE LA PRUEBA

La escasa y por ello lagunosa regulación legal de la prueba del derecho nos obliga a recurrir a la analogía respecto a la prueba de los hechos cuando es posible; y a una labor adivinatoria cuando no.

Se hace preciso en este epígrafe tratar someramente por razones de espacio múltiples cuestiones que trataré de abordar cronológicamente siempre que sea posible.

El derecho objeto de prueba como el que no lo es, regulador de la acción o de la excepción procesal de fondo debe fundamentarse en todo caso en la demanda y contestación a ella como los hechos. De igual forma que los hechos se afirman como acaecidos y se aportan a instancia de parte (o de oficio) en el proceso, en la demanda y contestación, el derecho objeto de prueba (opera también como un hecho objeto de esta) se introduce en el proceso a través de la fundamentación jurídica de ambos escritos lo que junto a otras funciones supone un principio de prueba de la existencia, contenido y vigencia de ese derecho objetivo (y a su vez del derecho subjetivo reclamado). A medida que la fundamentación sea más exhaustiva mayor será el principio de prueba sobre la existencia de ese derecho objetivo (y subjetivo).

Fundamentación supone subsumir los hechos afirmados como acaecidos e introducidos en la demanda y contestación (a salvo los nuevos y desconocidos) en el presupuesto fáctico de la norma (en este caso norma extranjera o nacional objeto de prueba) y que las consecuencias jurídicas solicitadas (*petitum*) en virtud de una *causa petendi*, motivo o razón son subsumibles en la consecuencia jurídica que prevé la norma para esa causa legal.

El derecho objeto de prueba, obviamente debe probarse surgiendo tres cuestiones fundamentales: quién debe probarlo, qué debe probarse y para qué.

Quién debe probarlo, es decir que sujeto, si las partes (actor, el derecho regulador de la acción; demandado el regulador de la excepción) conforme al art. 281.2 LEC que sigue el sistema de la distribución de la carga probatoria de los hechos, art. 217 LEC configurándose como una carga procesal. Sin perjuicio que su efecto es distinto que en los hechos (regla de juicio) en caso de resultado infructuoso, pues en este caso la demanda será desestimada si el actor no prueba los hechos de su pretensión, mientras que aquí se aplicará otro derecho o se salvará una laguna legal.

O el juez en virtud de su iniciativa probatoria oficial que en nuestro sistema legal es una facultad derivada de su potestad jurisdiccional de juzgar (arts. 281-2 y 282 LEC, 33 LCJIC y 117 CE) y no una obligación. Se sigue un sistema combinado de colaboración partes y juez o de iniciativa oficial para el derecho extranjero que entiendo aplicable por analogía a todo derecho nacional objeto de prueba salvo para el convencional en que es exclusiva la iniciativa probatoria de las partes, todo según los preceptos mencionados en este párrafo.

Qué debe probarse. Es el derecho objetivo, objeto de prueba así el privado extranjero dentro del ámbito del art. 1 LCJIC por tanto el civil, mercantil, laboral del contrato de trabajo, o la responsabilidad civil derivada del delito (e incluso supuestos análogos) y ante la jurisdicción ordinaria competente y que no esté excluido según el art. 8 CC previsto para el derecho extranjero público o el art. 12 CC en casos especiales; el nacional consuetudinario; el derecho histórico nacional remoto; el derecho convencional contractual o estatutario; y el derecho no publicado. Pueden ser normas escritas con rango de ley o inferiores publicadas, o ser no escritas o no publicadas.

Y probarse su contenido (preceptos, sección, capítulo, título, norma dependiendo del caso); vigencia o no vigencia cuando la norma vigente es irretroactiva; y como es aplicado por la jurisprudencia. En casos especiales puede ampliarse su objeto al punto prejudicial, cuestión prejudicial, cuestión previa o incidental, aunque en estos casos debería ser bajo la iniciativa oficial del juez.

Para qué. Que el derecho probado, si es positivo el resultado probatorio, pueda ser aplicado en la sentencia. Carácter instrumental, mediato, finalista, relación de causalidad, requisito sine qua non para aplicar el derecho que fue objeto de prueba, de actividad probatoria y como lo fue, y que como tal consta en los autos del proceso.

La prueba del derecho puede ser objeto de un procedimiento probatorio o puede ser innecesario. Es decir, se puede agotar en un único acto en fase alegatoria. Con la demanda y contestación se acompaña

su prueba documental (documento extranjero donde consta el objeto de prueba solicitado y remitido por la autoridad extranjera competente, de la acción o de la excepción) que no es impugnado.

O ser objeto de una actividad probatoria compuesta por un conjunto de actos procesales realizados con todas las garantías procesales, antes del acto del juicio y en éste que tienden a ese fin. (Documento impugnado, prueba pericial donde junto al dictamen se proponen explicaciones y preguntas al perito sobre él, o prueba testifical caso de costumbre o derecho histórico remoto). Todo dependerá de la necesidad procesal de una u otra prueba y de la conducta de las partes. De esta forma también contestamos al momento de presentación de la prueba si es documental en la demanda o contestación; el de la realización para las otras en el acto del juicio; y de su valoración en el momento previo a dictar la sentencia el juez.

Como medios de prueba para probar el derecho (art. 33 LCCJIC) merecen destacarse la prueba documental (el documento extranjero remitido por la autoridad competente informador del mismo), pericial (dictamen aportado con la demanda o contestación salvo perito nombrado judicialmente o en caso de justicia gratuita y explicaciones de éste en el acto del juicio) y testifical. Puede en ocasiones servir la declaración de ambas partes sobre su contenido, vigencia y aplicación en caso de conformidad como prevé la LEC para la costumbre nacional (art. 281-2 LEC).

Su valor será el establecido por la LEC al que remite el art. 33-1 LCJIC y sobre todo según el art. 33-2 y 4 LCJIC que trata de excluir la valoración de la prueba legal sustituyéndola por la libre apreciación sometida a las reglas de la sana crítica que no determinan y que parecen difíciles de concretar cuando estamos ante la prueba del derecho y no la de los hechos. Habría sido mejor hablar de las máximas de la experiencia referidas a la prueba del derecho o reglas del criterio racional o humano propias de juristas sobre este objeto que parecen indeterminadas o indeterminables.

Tras la prueba en el acto del juicio y antes de finalizar se valorará por las partes su resultado, igual que acaece con la prueba de los hechos pues el derecho objeto de prueba opera como un hecho. Tanto las pruebas practicadas en el acto del juicio, como la documental aportada con la demanda y contestación, aunque no fuera objeto de prueba. La actora y demandada valorarán las pruebas realizadas para probar el derecho objetivo regulador de su acción o excepción como las realizadas por la parte de contrario. (Opera como en los hechos, el

actor en su valoración de la prueba del derecho realizada o practicada dirá que probó todo y el demandado nada y viceversa).

Si por causas extraordinarias no se pudo practicar alguna prueba acordada o si practicada no produjo el resultado esperado o deseado así se manifestará en la conclusión oral y será motivo para solicitar después diligencias finales, aunque carecen de sentido en la prueba del derecho. Lo lógico es pedir entonces al juez que haga uso de su facultad probatoria oficial al amparo del art. 281.2, tras la finalización del juicio como si se tratara de una diligencia final a la que sustituye. Diligencias finales de oficio por el juez carecen de sentido al amparo del art. 281-2 y 282 LEC que entiendo aplicables para todo tipo de derecho objeto de prueba –salvo para el convencional– y no sólo para el extranjero.

Durante la actividad probatoria deberán respetarse todas las garantías procesales, denunciarse los vicios cometidos *in procedendo* causantes de indefensión y hacerse mediante los recursos no devolutivos de reposición (incluso de revisión del decreto del secretario judicial) y tras ellos presentar el escrito de denuncia o protesta por estos vicios que es requisito *sine qua non* para recurrir la sentencia de instancia.

La sentencia del juez de primera o segunda instancia (el derecho, como los hechos pueden ser objeto de prueba en segunda instancia sobre todo el derecho nuevo en caso de sucesión normativa del derecho extranjero después de ser probado el ya derogado) cuando debe probarse el derecho, junto a los hechos, es más compleja.

Primero se comenzará cronológicamente con el resultado de cada prueba practicada para probar los hechos y su valoración. (No probar el actor los hechos constitutivos de la pretensión supone desestimar su demanda en el fondo sin tener que entrar en el derecho aplicable). No se olvide que la prueba es doble: hechos y derecho objetivo.

Después, si resultan probados, se abordará el resultado probatorio de cada prueba practicada para probar ese derecho objetivo y su valoración (ya que el derecho objeto de prueba opera como un hecho en el proceso, a diferencia del que no lo está que se aplica de oficio) comenzando con la prueba legal (documento público extranjero o no) y siguiendo con la prueba sujeta a libre valoración, (defiendo el sistema de la apreciación individual de cada prueba practicada y censuro el sistema de la apreciación conjunta de la prueba para «cargarse» la prueba legal, que por cierto difícil será impugnar su valoración en apelación y casi imposible en casación cuando no es encajable en la infracción de ley material).

También se pronunciaría sobre el cumplimiento ulterior o saneamiento de las formas procesales que antes fueron denunciadas o si se han repuesto las garantías procesales infringidas o violadas causantes de indefensión o de nulidad durante el procedimiento probatorio en esa instancia. Puede utilizarse el término de resultando-s.

Después se aplicará, tal como resultó probado ese derecho objetivo, al caso concreto (motivación y fundamentación legal) y que es igual cuando se trata de aplicar un derecho objeto de prueba, que un derecho en que por no exigirse se aplica de oficio por el juez según el aforismo *iura novit curia*. Puede utilizarse para esta motivación y fundamentación el término de considerando-s. Termina con el fallo en que tampoco existen especialidades donde se aplica ese derecho objetivo que fue, o no, objeto de prueba, al caso concreto.

Deben permitirse para la tutela del derecho que es objeto de prueba (hecho o cuestión fáctica) cualquiera que sea y de su aplicación (cuestión jurídica) todos los remedios, recursos o acciones de impugnación autónomas en procesos extraordinarios en el ámbito nacional (como internacional) susceptibles de poner fin a los vicios *in procedendo* previamente denunciados (reposición, revisión del decreto, apelación, infracción procesal, proceso de revisión caso de pruebas falsas o alteradas respecto al derecho objetivo, de nulidad de actuaciones, de amparo ante el TC o proceso ante el TEDH) o *in iudicando* si la actividad probatoria del mismo fue correcta pero se infringió o vulneró la norma aplicada o su doctrina legal establecida por el TS a la cuestión de fondo (apelación, casación, amparo ante el TC de infringirse el art. 24 CE o los derechos fundamentales o humanos, proceso ante el TEDH o TECCEE).

4. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO OBJETO DE PRUEBA CUANDO OPERA COMO UN HECHO Y LA PROTECCIÓN DEL DERECHO APLICADO MEDIANTE LOS RECURSOS

El derecho objeto de prueba supone una actividad probatoria, se inicie a instancia de parte o de oficio por el juez. Puede agotarse en un único acto como es la presentación del documento que lo contiene que se aporta con la demanda y contestación y lo prueba, o que se aporta posteriormente y se agota en un acto.

O ser más compleja y necesitar de un conjunto sucesivo de actos que deben llevarse a cabo con todas las garantías legales para no originar indefensión a las partes (así de impugnarse el documento; si

respecto al informe pericial se solicita que comparezca el perito para dar explicaciones, y mucho más compleja en la testifical). Si se trata de la prueba del derecho extranjero todavía puede complicarse más por su especialidad (comisiones rogatorias) y por el medio de prueba empleado.

Así la actividad probatoria hace que la prueba del derecho se configure como la prueba de un hecho, aunque se esté probando el derecho, y con todas sus garantías.

Ello incide en los recursos procedentes a la actividad *in procedendo* que son los referidos a la prueba de hechos si se lleva a cabo incumpliendo las garantías procesales, y que suponen vicios *in procedendo* causantes de indefensión. Dependen del tipo de resolución impugnada según proceda del juez (providencia o auto) o incluso del secretario judicial; y que la LEC vigente incluye entre los recursos de reposición y revisión en los art. 451 a 454 bis siempre que la resolución no sea definitiva o no se permita acudir directamente al recurso de apelación.

Agotado el remedio, debe denunciarse el vicio persistente mediante un escrito y después contra la sentencia definitiva cabe el recurso de apelación denunciando el vicio por vulnerarse las garantías procesales o por defectos de forma, si con anterioridad se denunció el vicio y se pidió su subsanación constando en autos.

Y tras este el extraordinario de infracción procesal ante el TS, muy limitado por los requisitos exigidos que son semejantes a los del recurso de casación, al no haber entrado en vigor o estar suspendida la aplicación de la LEC respecto a este recurso cuando el derecho en que se cometió la infracción de la garantía procesal sea el extranjero o nacional (Se incluye el convencional y consuetudinario).

Salvo que se tratara de la vulneración de una garantía probatoria referida a la prueba de un derecho remoto de carácter foral en cuyo caso conoce el TSJCA correspondiente y en este caso con los requisitos exigidos en la LEC para este recurso que son mucho más asequibles.

Si el vicio de procedimiento se produjo en segunda instancia con ocasión de la prueba del derecho, en ésta caben los remedios dichos para la primera instancia y denunciar el vicio, requisito *sine qua non* para el extraordinario de infracción procesal con los límites expuestos en el párrafo anterior.

Cabría una vez firme la sentencia el recurso de amparo ante el TC por vulneración de las garantías procesales que originaron indefensión según lo dispuesto en el art. 24 CE.

E incluso sería posible antes de este el incidente de nulidad de actuaciones, aunque muy limitado y con un ámbito muy restrictivo que lo hace casi imposible dependiendo del supuesto en cuestión.

Si en la prueba en la que consta o a través de la que se demuestra el derecho objeto de la misma (documental, pericial, testifical) concurieran los motivos del artículo 510-2-3-4 LEC, entiendo que podría ser admisible también el recurso de revisión.

Agotada la vía nacional puede acudir al TEDH o al TECCEE de la misma forma que cuando el derecho aplicado no es objeto de prueba y los vicios se refieren a la prueba de los hechos.

Es posible que la actividad probatoria del derecho se haga correctamente, respetando las garantías procesales de la prueba, y que sin embargo se cometan vicios al aplicar el derecho que fue objeto de prueba al caso concreto, vicios sustanciales, materiales, al decidir el proceso en la sentencia es decir «in iudicando» ajenos a la actividad probatoria o procedimental.

En tal caso el recurso típico contra la sentencia es la apelación y se fundará en esos errores, infracciones, violaciones del derecho material al juzgar que justifican la segunda instancia y donde puede resultar necesaria una nueva actividad probatoria de ese derecho que fue objeto de prueba; o que resulte innecesaria según el supuesto.

Contra la sentencia de segunda instancia cabe el recurso de casación, aunque muy restringido por la cuantía exigida, salvo que sea por razón de la materia o vulneración de derechos fundamentales ante el TS. (A salvo de vulneración del derecho histórico remoto foral que sería ante el TSJCA).

El amparo estaría muy limitado según el art. 24 CE salvo que la sentencia donde se aplicó el derecho objeto de prueba careciera de toda motivación y fundamentación.

Contra la misma podría acudir al TEDH o TECCEE de igual forma que cuando estamos ante la aplicación de un derecho nacional que no precisa prueba.

5. PROPUESTA DE REGULACIÓN

Brevedad y concisión al regular un artículo aún a riesgo de no cubrir muchas lagunas o el deseo de una prolija regulación de una figura compleja y silenciada es siempre una opción y una elección, cambiando entre ambas opciones un ámbito intermedio.

Art 282 LEC. Objeto y necesidad de la prueba del derecho.

(Siempre pensando que el art. 281 LEC se destine a la prueba de los hechos y el 282 actual se refundiera con el 281 respecto a ese objeto.)

1. El derecho nacional, vigente y publicado en la forma establecida no será objeto de prueba y será aplicado de oficio por el órgano competente en la instancia respectiva.

2. Será objeto de prueba, el Derecho en los siguientes supuestos:

Primero. El Derecho privado extranjero.

Excepciones y exoneración. Cuando en virtud de la normativa de la Unión Europea, de un Tratado Internacional, o de nuestra normativa interna en casos especiales, esté exonerado de prueba.

Cuando el órgano jurisdiccional manifieste conocerlo por su conocimiento privado o su actividad jurisdiccional previa y las partes estén de acuerdo en que no se pruebe, si antes no lo hicieron documentalmente. Cuando se trate de una institución de carácter universal donde sus elementos y requisitos son comunes en todo derecho comparado.

Sin embargo, cuando el derecho privado extranjero sea admitido o reconocido por las partes y la materia sea disponible podrá ser investigado de oficio por el juez; de ser indisponible la admisión o reconocimiento por las partes no producirá efectos jurídicos.

El derecho privado extranjero deberá ser probado por las partes o el juez. A iniciativa de la parte interesada en su prueba y aplicación y por el juez en régimen de colaboración con ella si le resulta complejo o difícil y no lo es para el juez. Podrá el juez en todo caso desplegar su iniciativa probatoria oficial sin iniciativa de la parte solicitando información sobre el derecho extranjero de acuerdo y en la forma prevista en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil y conforme a sus art. 34, 35 y concordantes. O acordar prueba pericial jurídica de oficio en los casos previstos para los hechos.

Se entiende por derecho privado extranjero, cualquiera que sea su especie, el regulador de los objetos a que se refiere el art. 1 de la ley de cooperación jurídica internacional, sea legal o de rango inferior, consuetudinario, convencional o histórico. Y con independencia de que se regule en cuerpos o normas civiles, mercantiles, laborales, administrativas, penales, constitucionales o de otra especie.

El objeto de su prueba será el de su contenido, vigencia sin perjuicio de los casos en que proceda aplicar un derecho ya derogado, cuando la norma vigente sea irretroactiva y como es aplicado en el país en cuestión por sus órganos jurisdiccionales. Para su prueba o para su aplicación podrá valerse el juez de cuantos medios de averiguación estime necesarios, de multas coercitivas, pudiendo solicitar en todo caso la colaboración de las autoridades nacionales o extranjeras.

La falta de prueba del derecho extranjero por causas justificadas y excepcionales que lo impidan a las que se refiere el art. 33 LCJIC supondrá la aplicación del nacional vigente. Pero la falta de prueba del derecho derogado extranjero aplicable supondrá la del vigente extranjero si es posible.

El resultado de la actividad probatoria pericial, testifical o del documento privado se valorará según las reglas de la sana crítica o las máximas de la experiencia y siempre referidas a la prueba del derecho.

La prueba del derecho extranjero contenido en un documento público remitido como respuesta a la solicitud de información del derecho extranjero de los arts. 34 y 35 LCJIC y expedido por las autoridades extranjeras competentes con todas las garantías formales que revistan su autenticidad tendrá el valor del documento público de la LEC, salvo que fuese impugnada la autenticidad del documento o su contenido legal. En este caso se procederá conforme a la LEC.

Segundo. La costumbre nacional y los usos jurídicos a que se refiere el art. 1-3 CC.

La costumbre y los usos jurídicos serán probados a instancia de las partes. El objeto de su prueba será tanto el elemento fáctico como el normativo de la costumbre o uso. Al elemento fáctico de la prueba de la costumbre o uso le será de aplicación lo dispuesto para los hechos y la iniciativa corresponde en exclusiva a las partes. La prueba de su elemento jurídico o normativo consistirá en la prueba de su existencia, contenido y efectos. Podrá el juez respecto a este elemento colaborar con las partes o desplegar su iniciativa probatoria oficial como en el caso del derecho extranjero.

Será aplicada, en defecto de norma escrita, una vez probada. No podrá ser contraria al orden público, ni a los derechos fundamentales. La costumbre derogada por el desuso será aplicable a hechos, relaciones o efectos producidos durante su vigencia.

No será necesaria su prueba si ambas partes admiten o reconocen su existencia y la materia sobre la que versa se refiere a derechos disponibles y concurren las circunstancias del párrafo anterior.

La falta de prueba del elemento normativo de la costumbre supone una laguna legal que se cubrirá en la forma prevista por el ordenamiento jurídico. La falta de prueba de su elemento fáctico producirá los mismos efectos que la falta de prueba de los hechos.

Tercero. El derecho histórico remoto. Se entiende como tal el recopilado anterior a la codificación. Así el plasmado como derecho común en la Novísima Recopilación de 1805 y en las leyes anteriores a esta. O el derecho foral aplicable en sus territorios no inserto en las Compilaciones Forales ni en posteriores recopilaciones de las CCAA.

Se probará a instancia de las partes, el contenido y como era aplicado en su tiempo, de ser posible. El juez podrá colaborar con las partes en la prueba, o desplegar su iniciativa probatoria oficial como en el caso del derecho extranjero y la costumbre.

Será necesario que las normas vigentes reguladoras de la institución sean irretroactivas y permitan su aplicación a hechos, relaciones o efectos producidos durante su vigencia o que traigan causa en ella. No pueden violar normas imperativas, el orden público o principios constitucionales y derechos fundamentales.

El derecho codificado sin embargo tendrá el mismo régimen jurídico que el derecho vigente y no precisará de prueba alguna y será aplicado de oficio por el Juez, si concurren los requisitos del caso anterior. Sólo si fuera imposible conocerlo podrá ser objeto de prueba.

La imposibilidad de prueba del derecho histórico remoto, o la imposibilidad de aplicar este o el codificado supondrá la aplicación del derecho nacional vigente. En caso de laguna legal se completará e integrará en la forma prevista por el ordenamiento jurídico.

Cuarto. El derecho convencional sobre materias disponibles establecido en los contratos o en el régimen estatutario de las personas jurídicas deberá ser probado por las partes y sólo por ellas, en todo caso. La falta de su prueba supondrá la aplicación del derecho nacional o extranjero vigente.

Se estará al valor del documento público o privado que lo contiene si la materia es disponible siempre que no supongan tales cláusulas violación de derechos fundamentales o produzcan una situación de indefensión en una parte.

La modificación posterior de las cláusulas o estatutos no impedirá por sí que se puedan aplicar las cláusulas o estatutos originales o iniciales a los hechos, relaciones o efectos producidos mientras regían o que traigan causa en ellos. Salvo que se disponga lo contrario.

Quinto. El derecho de rango inferior no publicado.

Si es válida la norma no publicada deberá ser probada por las partes y el juez para que pueda ser aplicada.

(De todas formas las normas ocultas, secretas, no publicadas en la forma debida.... de ser válidas repugnan en un régimen y una sociedad democrática).

De no probarse o no ser aplicable por vulnerar el orden público o los derechos fundamentales en caso de laguna legal se integrará en la forma prevista por el ordenamiento jurídico. Si se aplicó en fraude de ley, se aplicará ésta.

3. Las normas de derecho probatorio referidas a los medios de prueba, a actividad probatoria y conclusiva de los hechos se aplicarán por analogía, si fuera posible, a la prueba del derecho con la excepción de las diligencias finales en donde el juez de oficio –o a petición de la parte interesada de ser muy difícil su prueba– podrá desplegar la actividad probatoria prevista en el art. 281-2 LEC.

4. En la sentencia deberá fundamentarse primero el resultado probatorio de los hechos siguiendo después con la del derecho. Los medios de prueba practicados para probar el derecho se valorarán de forma individual y separada. Se comenzará con la prueba legal (documento público extranjero) y seguirá después con las sujetas a la libre valoración que se hará conforme a las reglas de la sana crítica según el art. 33-2 y 4 LCJIC y las máximas de la experiencia referidas a la prueba del derecho.

(La razón de que primero se haga la valoración de la prueba de los hechos y después la del derecho es porque la falta de prueba de hechos supone una sentencia desestimatoria de fondo mientras que la falta de prueba del derecho (probados los hechos constitutivos de la pretensión si no se plantean excepciones materiales) supone una sentencia estimatoria en que se aplicará otro derecho que en la mayor parte de los casos es el nacional vigente).

Resultando probados los hechos y el derecho objeto de prueba se fundamentará jurídicamente después en la sentencia la aplicación del derecho al caso concreto, tal cual proceda.

5. La violación de las garantías procesales de la actividad probatoria del derecho objeto de prueba será la misma y con los mismos recursos y medios de impugnación que cuando se refiere a los hechos, al operar el derecho como una cuestión fáctica. La violación del derecho aplicado objeto de prueba si se respetaron esas garantías procesales está sujeto a los mismos recursos y medios de impugnación previstos por la LEC para el derecho no sujeto a prueba.