

CRISIS MATRIMONIALES, IMPERATIVIDAD DE LA NORMA DE CONFLICTO Y DERECHO EXTRANJERO

MARITAL CRISIS, IMPERATIVENESS OF THE CHOICE OF LAW RULE AND FOREIGN LAW

LUIS F. CARRILLO POZO
Profesor de Derecho Internacional privado
Universidad de Gerona

Recibido:09.07.2018/Aceptado:27.07.2018
DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4377>

Resumen: El sistema español de tratamiento de la ley extranjera se construye sobre tres pilares, el que sanciona la imperatividad de la norma de conflicto, las reglas sobre medios de prueba y la previsión de las consecuencias de la falta de prueba de tal ley. La interacción de estos pilares debe traducirse en respuestas diferenciadas según el sector del Derecho en el que nos encontremos. En los procesos matrimoniales no existe espacio para la libertad de los particulares y sí fuertes intereses públicos, lo que significa que el órgano judicial tiene que aplicar no sólo la norma de conflicto sino también el ordenamiento reclamado por ésta, investigándolo de oficio si no lo aportan los litigantes. Único condicionante es el respeto del contradictorio y la interdicción de la indefensión.

Palabras clave: procesos matrimoniales, derecho extranjero, imperatividad de la norma de conflicto, reglamentos europeos.

Abstract: The Spanish system of procedural treatment of foreign law is built on three main pillars: the one which sanctions the imperativeness of the choice of law rule, the rules on means of evidence, and the forecast of the consequences of the lack of evidence of such a law. The interaction of these pillars has to be translated into differentiated responses according to the material sector of the Law in which we find ourselves. In matrimonial proceedings there is no room for the freedom of individuals, because of the strong public interests. Consequently, this means that the judicial body has to apply not only the conflict rule, but also the regulation claimed by it, even investigating it *ex officio* if it has not been brought by any of the parties. The only constrains are the respect of the right to an adversarial proceeding and the interdiction of the lack of defence.

Keywords: matrimonial causes, Foreign Law, mandatory application of the Choice of Laws Rules, EU Regulations.

Sumario: I. Planteamiento de la cuestión: tipología de controversias sometidas a una ley extranjera. II. Desbrozando el panorama. 1. Los condicionantes reales y estructurales. 2. Un breve excursio histórico. 3. Los mimbres normativos. III. Reconstrucción del sistema en los procesos matrimoniales. 1. Una operación necesaria y útil. 2. El silencio no es *electio iuris*. 3. ¿Qué es excepcional en la LCJI? D. El control de las conclusiones sobre qué ley es aplicable. IV. Algunas cuestiones particulares del proceso matrimonial. 1. Medidas provisionales previas y coetáneas. 2. De la demanda a la sentencia firme. 3. El limitado alcance de la autonomía de las partes. V. El divorcio notarial. VI. Una nota final.

I. Planteamiento de la cuestión: tipología de controversias sometidas a una ley extranjera

1. La expresión de un sujeto al que se le informa de que el divorcio que pretende solicitar se rige por un sistema jurídico extranjero sólo encuentra parangón en algún rostro pintado por Caravaggio. Lo peor es que, con frecuencia, todo se queda en ese primer susto.

El presente trabajo parte precisamente de la perplejidad suscitada por algún caso vivido desde la primera fila: Sobre alegación y prueba del Derecho extranjero se ha escrito mucho, hasta el punto de lo inabarcable. Pero no existe –por cuanto se me alcanza conocer– ningún tratamiento específico del tema con relación al procedimiento matrimonial, que vaya más allá de la referencia a la necesidad de distinguir entre lo disponible y lo que no lo es. En efecto, hablamos de procedimientos en los que aparecen implicados una pluralidad de objetos procesales, sobre alguno de los cuales los litigantes tienen plena disponibilidad mientras que otros quedan sustraídos a su soberanía, mas acomunados todos por el hecho de que la intervención de la autoridad es preceptiva y de que se desenvuelven en un solo y mismo procedimiento. Esta doble circunstancia (preceptiva intervención del poder público y mezcla de materias) debería tener su traducción en el tema de la imperatividad de la norma de conflicto y el tratamiento del Derecho extranjero en su caso aplicable, sin desconocer que realizar demasiadas distinciones en este contexto incorpora el riesgo de generar un mecano difícilmente manejable.

2. No será lo más habitual, pero la aplicabilidad de una ley extranjera en el proceso matrimonial tampoco es extraordinaria (eventualmente podrían ser varias, ya que cada aspecto envuelto en él recibe su propio razonamiento conflictual)¹. Son tres las situaciones típicas en las que esto sucede: Imagínese el caso de un individuo –tal vez de nacionalidad española– que contrajo matrimonio con una ciudadana –tal vez española–, y se instalan a vivir en algún país extranjero. Poco nos importa si justo después de casarse o no (otra cosa será el problema de la liquidación del régimen económico)². En aquel país han vivido durante varios años y allí han nacido sus hijos³. Por las razones que sean, problemas de convivencia han aconsejado que uno de los cónyuges –y sólo uno– vuelva a España, eventualmente junto con la prole. No es raro que el marido preste su consentimiento para el traslado y para que los hijos sean escolarizados, pero no es descartable que estemos en presencia de un traslado ilícito. A veces el cónyuge que abandona el país del domicilio conyugal lo hace huyendo de situaciones de violencia doméstica. Ahora quieren divorciarse (o separarse o solicitar la nulidad matrimonial), se ha presentado una demanda pero no se puede dar por sentado que se aplica el ordenamiento español (hipótesis primera). A esta se asimila la del matrimonio mixto residente en el extranjero, cuando uno de ellos se instala en España y antes del transcurso de un año (por ejemplo si el actor es nacional español o actúan de común acuerdo o demanda el residente en el extranjero) interpone demanda de separación, nulidad o divorcio.

Piénsese asimismo en el caso de unos cónyuges de la misma nacionalidad (*v. gr.*, emigrantes) que se han instalado en España, ha cesado la convivencia, uno de ellos se ha marchado a otro país (eventualmente el suyo de origen) y al cabo de más de un año se interpone demanda de divorcio; lo mismo dígase cuando sólo un miembro de la pareja se instala en nuestro país⁴ y pasado un tiempo presenta la

¹ Varias aclaraciones: Pensamos prevalentemente en el divorcio porque en términos estadísticos es lo más usual. Según los últimos datos disponibles del CGPJ, en 2016 hubo en España 117 nulidades, 4.353 separaciones y 96.824 divorcios. De éstos, unos 10.500 implicaron a nacionales extranjeros, mientras que las separaciones son fenómeno casi exclusivo de ciudadanos españoles. Las peculiaridades –allí donde las hubiere– serán especificadas en su correspondiente lugar.

² día de hoy lo más normal es hablar de proceso, mas idénticas situaciones pueden plantearse ante el notario español, conforme a lo dispuesto en el art. 54.1 *in fine* LN. En todo caso, hablaremos de la problemática que surge en un proceso de declaración, es decir, cuando se debe aplicar una ley extranjera al fondo del litigio; el alcance de la cuestión en sede de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras es muy limitado (sólo aspectos procesales).

³ Como es sabido, el art. 26 del reglamento 2016/1103 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, si bien se parte de la aplicación de la ley de la primera residencia habitual después de la celebración del matrimonio (apartado 1), prevé su sustitución por la de aquel país en el que las partes hayan vivido más años (apartado 2).

⁴ Confío en que el buen criterio del lector le permita entender que en español el masculino plural abarca ambos sexos, y que el masculino singular es genérico.

⁵ Casos en los que se desplaza sólo un cónyuge son, por ejemplo, los de la emigración boliviana, predominantemente femenina, o la gambiana, arrolladoramente masculina. Los datos aparecen en la página web del INE.

demanda (hipótesis segunda). En esta segunda tesitura no es extraño que los hijos hayan quedado a cargo del cónyuge que no emigra, residiendo en su país.

Más extraña será la situación en la que dos residentes en España eligen el Derecho de la nacionalidad de alguno de ellos para regir su divorcio (en realidad, no consta ningún supuesto, a pesar de su utilidad de cara a la eficacia extraterritorial de la resolución; la elección del Derecho de la residencia o el del domicilio conyugal no comporta demasiados beneficios, no existe ni un solo caso documentado; la última posibilidad de elección prevista en el art. 5 Reglamento Roma III⁵ –Derecho del foro– no nos interesa en este trabajo, por obvios motivos).

3. En la hipótesis primera no es controvertida la competencia de los tribunales españoles, si es el residente en el extranjero quien presenta la demanda, o porque los cónyuges actúan de común acuerdo, o porque el actor lleva viviendo aquí el tiempo suficiente para ello o, en fin, porque ambos tienen idéntica nacionalidad (art. 3 del reglamento 2201/2003, Bruselas II bis)⁶. En la normalidad de los casos nuestros tribunales podrán pronunciarse sobre las cuestiones de responsabilidad parental que constituyen efecto propio del proceso de divorcio, *ex art.* 12 del reglamento Bruselas II bis, o simplemente porque son los de residencia del menor (art. 8)^{7,8}. Para la segunda hipótesis lo típico es que nuestros tribunales sean los de la última residencia conyugal (o la actual sin más, en casos de *electio iuris*), o al menos los del actor residente en España desde hace años. Los casos de *electio iuris* encajan bien con los foros basados en la residencia.

4. El RBII bis ha diseñado una enorme cantidad de criterios de competencia, razonables en su mayoría desde el punto de vista procesal pero respecto de los cuales sería arduo afirmar que expresan en todo caso la mayor vinculación con un determinado entorno jurídico. El litigio típico será el que enfrenta a dos sujetos –generalmente de la misma nacionalidad– domiciliados en el mismo país, que acuden a los tribunales que para ellos son los más próximos, y que será resuelto a la luz de la ley del foro (art. 8.a RRIII)⁹; pero en los casos que se aparten de este esquema usual el centro de gravedad de la relación se halla en otro sitio, presentándose, en consecuencia, esos supuestos en los que el tribunal no aplicará su propia ley: Recuérdense que el mismo art. 8 dispone que en defecto de residencia común (letra b) se esté a la ley del Estado «en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto; c) de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto...». Será el supuesto e la hipótesis primera, cuando el que la demanda de divorcio se presente antes de que transcurra un año desde el regreso de uno de los esposos a nuestro país, mientras que en la segunda la clave reside en el hecho de que no vivan en el mismo país. Es sabido que desde que el RRIII es aplicable, el número de casos en que las causas de un divorcio (o una separación) quedan sometidas a un ordenamiento extranjero ha continuado disminuyendo, siguiendo por lo demás el proceso iniciado con la reforma del art. 107 CC. Pero no existe una opción legeforista de base (repárese asimismo en que hemos asistido al paso de una admisión del reenvío de retorno –con evidente transcendencia en este tema– a su rechazo en los reglamentos y convenios aplicables en la materia¹⁰); es simplemente que el legislador

⁵ Reglamento 1259/2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (RRIII en lo sucesivo).

⁶ Lo mismo vale *mutatis mutandis* para los casos marginales en que sea aplicable el art. 22 *quater* LOPJ.

^{Ad}viértase además que el art. 5 del reglamento 2016/1103 vincula la competencia en cuestión de efectos patrimoniales a la competencia para la crisis derivada del reglamento Bruselas II bis.

⁷ Si somos respetuosos con la ley, no necesariamente debería ser esta la solución cuando haya mediado una huida (unilateralmente decidida), aunque sea por causa de violencia: Falta el requisito de la aceptación conjunta previsto en el art. 12.1.b. De todas formas, es inimaginable que un tribunal deje de pronunciarse sobre estos extremos si es competente para resolver sobre la crisis.

⁸ La misma respuesta en los arts. 5 y 10 del convenio de La Haya sobre protección de niños, de 1996.

⁹ Si se introduce en la base de datos Aranzadi los términos de búsqueda “1259/2010”, aparece algo más de un centenar de sentencias, de las que, salvo error por mi parte, aproximadamente un cinco por ciento son divorcios sometidos a un Derecho extranjero.

¹⁰ Arts. 11 del RRIII, 21 del Convenio de La Haya de 1996 (niños) y 12 del Protocolo de 2007 (alimentos).

^{No} se pierda de vista que la prueba de una sola norma (la de conflicto del Derecho designado por la española) es mucho más fácil que la prueba de una completa disciplina, de forma que la supresión del reenvío de retorno amplía la vocación de aplicar ese Derecho.

trata de implementar el principio de proximidad y expresa su preferencia por la ley de la residencia habitual común¹¹. No hace falta dedicar más espacio a este dato, incuestionable.

En otro orden de cosas, para lo relativo a atribución de guarda y custodia y fijación de un régimen de visitas, el art. 15 del convenio de La Haya sobre protección de niños de 1996 puede obligar igualmente a estar a una ley extranjera cada vez que los menores residan en otro país, lo mismo que el art. 9.6 CC en el caso de mayores de edad necesitados de protección (piénsese en hijos incapacitados judicialmente); para lo patrimonial, cabe augurar que el art. 26 del reglamento 2016/1103 apuntará en la mayoría de los casos a la ley del primer domicilio conyugal, visto el desconocimiento generalizado de las normas de conflicto¹².

5. Este es nuestro caso y nuestro dilema. ¿Qué hacer si se presenta una demanda dando por sentado que se aplica *in toto* la ley del foro? ¿Qué incentivo hay para ser escrupulosos en el manejo del método conflictual? Y si no lo hay (porque lo que hay no es demasiado poderoso), ¿para qué sirve todo esto? Intuitivamente sabemos que no podemos responder lo mismo si se habla de contratos o de extinción del régimen de bienes que si se trata de la declaración de divorcio o de la guarda y custodia de los menores, y por ello los datos legales precisan de una reconstrucción amoldada al tema.

II. Desbrozando el panorama

1. Los condicionantes reales y estructurales

6. Cualquier respuesta debe tener en cuenta varios datos no controvertidos: a) Cuando se presenta una demanda de divorcio, tanto uno como otro litigante suelen estar de acuerdo en que quieren obtener ese resultado. Se debatirá sobre otros temas, pero no sobre la disolución¹³. Es lugar común afirmar que los ordenamientos europeos han avanzado de forma unívoca en el sentido de que el divorcio ha perdido importancia, desplazado por sus efectos¹⁴, que el divorcio o la separación pertenecen a la jurisdicción voluntaria, que son prácticamente actos administrativos. La consecuencia sería que prevalece el *ius divortii*, ante el que palidece cualquier consideración jurídica, y debería desaparecer todo tipo de atadura y/o condicionante legal a la declaración de ruptura. Pues bien, ni ello es del todo cierto (tampoco en el seno de la UE, donde la falta de intervención del legislador europeo a nivel sustantivo no permite intuir que todos los sistemas nacionales responden a principios intercambiables¹⁵: se mantienen ciertos controles de las causas de la disolución del matrimonio, y más si se habla de nulidad), ni se tiene en cuenta el carácter *erga omnes* de los reglamentos conflictuales, ni en el proceso matrimonial se ventilan sólo cuestiones relativas al vínculo conyugal; b) corolario: Normalmente dos sujetos no estarán dispuestos a invertir dinero en informarse sobre el contenido e interpretación de una ley diferente a la del foro si se va a llegar al mismo resultado que aplicando ésta, pero la historia cambia si se trata de probar

¹¹ Por ejemplo, la E de M de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros explica que «se modifica, siguiendo los trabajos realizados por la Comisión General de Codificación, el artículo 107 del Código Civil para solventar los problemas que encuentran ciertas mujeres extranjeras, fundamentalmente de origen musulmán, que solicitan la separación o el divorcio». Verdad es que no resulta muy expresivo sobre este tema. Más elocuente es el considerando 21 del RR III cuando habla de la necesidad de normas armonizadas de conflicto de leyes cuyos criterios se funden en la existencia de un vínculo estrecho entre los cónyuges y la ley de que se trate. «Esos criterios de vinculación deben elegirse de modo que se garantice que el procedimiento de divorcio o separación judicial se rija por una ley con la que los cónyuges tengan un vínculo estrecho».

¹² La creciente inflación y complejidad de las normas de derecho internacional privado tiene esta indeseada consecuencia; para un profesional *standard* es casi imposible estar al día en este sector.

¹³ Discreto ejemplo de esto son, de nuevo, las estadísticas del CGPJ, que muestran la prevalencia del divorcio de común acuerdo. Y en los contenciosos la experiencia demuestra que la voluntad de disolver el vínculo se da en casi el 100% de los casos.

¹⁴ Cfr. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Foreign Law in National Courts a Comparative Perspective”, en *Recueil des Cours*, vol. 204 (2003), pp. 364-365; J. MAIR, “The national legal systems juxtaposed to the CEFL principles: Harmonious ideals?”, en E. ÖRÜCÜ/J. MAIR eds., *Juxtaposing Legal Systems and the Principles of European Family Law on Divorce and Maintenance*, Antwerpen-Oxford, 2007, p. 221.

¹⁵ En otros sectores se puede presumir la fungibilidad de los sistemas ante los casos de falta de prueba del Derecho extranjero (por ejemplo, en materia de contrato de agencia, STS de 4 de julio de 2006); aquí no.

uno de esos sistemas en los que las consecuencias patrimoniales y personales de la disolución pueden depender de la concurrencia de una concreta causa o de la culpa de un cónyuge¹⁶; c) el legislador europeo ha gestado trabajosamente una norma de conflicto que obliga a sujetar las causas (o sea, a lo que se aplica el RRII¹⁷) de la separación o el divorcio a un concreto sistema –lo mismo vale para los sectores colindantes¹⁸–; la UE se ha implicado enérgicamente, orientando la actuación de los Estados; pero tan cierto es que en ninguno de los instrumentos conflictuales existe traza alguna de *homeward trend* como que ninguno contiene normas procesales¹⁹; d) en consecuencia, cabe pensar que la ausencia de una disciplina uniforme permite *prima facie* a cada legislador nacional optar libremente por la solución que mejor se adapte a sus necesidades en punto a la cuestión del tratamiento en el foro de la ley extranjera²⁰; e) ahora bien, cuando el legislador europeo interviene lo hace mediante reglamentos, con lo que accede a un primer plano la idea de represión del *forum shopping*²¹; bien es cierto que para lograrlo completamente habría que unificar incluso los hitos que marcan el camino de la aplicación del Derecho extranjero, desde la decisión referente a su aplicabilidad hasta los *standards* de suficiencia de prueba, pasando por la solución de reemplazo²², porque de otro modo, si cada tribunal nacional resuelve la cuestión de una forma distinta se está comprometiendo esa pretendida uniformidad. Pero si no se ha llegado a tanto, concedamos que al menos tamaño libertad debe quedar restringida por el resultado diseñado, al menos entre los países vinculados por instrumentos de cooperación reforzada²³: El corolario de la confianza recíproca en el seno de la UE (arts. 25 y 26 RBII bis en particular) es la aplicación del ordenamiento reclamado por la norma de conflicto²⁴; f) en el ámbito propio de poder del legislador español, y mal que le pese al TC, se sigue sancionando explícitamente la imperatividad de la norma de conflicto. Conviene

¹⁶ Piénsese en casos como el del art. 1792 CC portugués sobre reparación de daños en caso de divorcio o el 270 CC francés, que también tiene en cuenta la culpa de un cónyuge a efectos indemnizatorios, o la contemplación del daño moral generado por la causa del divorcio que se alegue, en el 351 del CC peruano.

¹⁷ Considerando 10.

¹⁸ Así, señaladamente, Decisión del Consejo, de 19 de diciembre de 2002, por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar el Convenio de La Haya de 1996.

¹⁹ No es casualidad que países que aplican sistemáticamente la ley del foro (Reino Unido, Irlanda, Suecia, Finlandia) no participan en la cooperación reforzada. Si se pudiera seguir transitando ese camino por el expediente del tratamiento de la ley extranjera, tal vez alguno de esos países habría participado. O sea: sin duda el reglamento tiene vocación de cambiar esta práctica.

²⁰ Se puede admitir que la imperatividad de la norma de conflicto llega hasta la declaración de aplicabilidad de la ley extranjera. A partir de ahí entra en juego el régimen de prueba y las consecuencias de su falta, extremos que no han quedado disciplinados por el legislador europeo. La distinción está muy bien trazada por T. HARTLEY, “Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared”, en *International and Comparative Law Quarterly*, 1996, pp. 271 ss.

²¹ Automáticamente las justas. Tan verdad es que el art. 288 TFUE sanciona la obligatoriedad y directa aplicabilidad de los reglamentos –lo que en el seno de la UE comporta imperatividad de las normas de conflicto que incorpora (cfr. P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Imperatividad de la norma de conflicto y prueba del Derecho extranjero en los reglamentos sobre ley aplicable a las situaciones privadas internacionales”, en X. ABEL LLUCH/J. PICÓ JUNOY/M. RICHARD GONZÁLEZ (eds.), *La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativo*, Madrid, 2011, pp. 487 ss.; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Breves reflexiones sobre la STS 17 abril 2015. Principio de adquisición procesal y prueba del Derecho extranjero y muchas cosas más”, en www.accursio.com)–, como que –permítaseme matizar– ello será así siempre que el reglamento no excluya u omita las cuestiones procesales de su ámbito de aplicación. No deja de ser relevante que en materia de obligaciones extracontractuales se rechazó la enmienda del Parlamento europeo al RRII que pretendía consagrar la aplicación de oficio del Derecho extranjero.

²² Cfr. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Foreign Law...”, *op. cit.*, p. 368. La idea de armonizar el tema en el ámbito europeo mediante directivas conduce a mi juicio a la imposibilidad de armonización de las cuestiones básicas. Lo que cuadra a la ordenación del proceso es el reglamento. Esa idea aparece en A. LOPEZ TARRUELLA MARTÍNEZ, “¿Constituye la aplicación de la *lex fori* en defecto de prueba del Derecho extranjero designado por una norma de conflicto unionista un incumplimiento del Derecho de la Unión Europea?”, en C. ESPLUGUES MOTA/G. PALAO MORENO (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, 2012, p. 553.

²³ Por usar la terminología al uso: no se puede comprometer el efecto útil del Derecho europeo.

²⁴ No deja de ser chocante, en esta misma línea, que se permita dar un tratamiento tan dispar al Derecho del foro y el de los demás Estados miembros, sólo por el hecho de serlo: Cfr. J. J. FORNER DELAYGUA, *La prueba de los hechos en el proceso: Aspectos de ley aplicable*, Barcelona, 2005, p. 109.

²⁵ Si aun en materias sobre las que las partes tienen la libre disposición, el juez debe aplicar las normas europeas no invocadas por las partes, cuando el ordenamiento nacional se lo permita, pudiendo salirse de los límites marcados por los litigantes en presencia de motivos de interés público (sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1995, doctrina reiterada por ejemplo en la de 17 de diciembre de 2009 y 10 de mayo de 2010), cualquier duda sobra en las sustraídas a tal poder. El límite está en la prohibición de intervenir en la configuración del objeto del litigio.

tener muy claros los planos en que se desenvuelve el razonamiento, porque los mecanismos procesales están al servicio de los objetivos diseñados en el nivel sustantivo; g) en este sector material predominan las reglas imperativas, y la disciplina contenida en nuestra LEC muestra el nivel de “subversión” de los principios usuales²⁵, desde la misma obligatoriedad del proceso²⁶ hasta la limitación de las facultades de las partes y la concesión de amplios poderes de intervención del juez; por consiguiente, por muy claras que sean las aspiraciones de las partes, las ideas que valen para el sector contratos mercantiles o propiedad conyugal –por ejemplo– aquí no valen.

7. Con estos mimbres tenemos que hacer la cesta. Los pronunciamientos usuales en una sentencia española de divorcio son los relativos a la disolución del vínculo matrimonial, las relaciones paterno filiales, alimentos debidos a los hijos y uso de la vivienda conyugal, así como la disolución del régimen económico (o sea, las cuestiones sobre las que tiene que pronunciarse el juez, según el art. 774 LEC), en el bien entendido que la ley rectora del divorcio puede prever otros efectos (v. gr., recuperación del apellido de la mujer casada, o no anudar la disolución del régimen matrimonial a la declaración del divorcio, por ejemplo). La normativa de cada uno de ellos debe ser probada, con la extensión idónea como para poder resolver un litigio (art. 34 LCJ²⁷). De la misma manera que cada *issue* tiene su propia ley rectora, sin interferencias ni contaminaciones (arts. 1.2 RR III, 1.2 del reglamento 2016/1103, 4 del convenio de protección de menores, de alguna manera el art. 11 del Protocolo sobre alimentos de 2007), en coherencia con la diversidad de principios inspiradores de cada sector, el régimen legal de prueba del Derecho extranjero no tiene por qué coincidir. Permítaseme, pues, apuntar sintéticamente el núcleo del discurso: El art. 33 LCJI no constituye el centro del sistema ni configura una respuesta al tema del tratamiento de la ley extranjera. El corazón del modelo se halla en las normas de conflicto. Una regla tan abierta como ésta permite, eso sí, articular de forma diferenciada las respuestas, en función del sector en el que nos movamos; si ha quedado redactado así es porque el legislador no sólo era consciente de ello sino que lo pretende.

2. Un breve excurso histórico

8. Antes de la LCJI se había llegado a algo parecido a un equilibrio de fuente jurisprudencial muy poco matizado, una respuesta universal y casi sin claroscuros (las distintas orientaciones de la jurisdicción social y civil fueron ahogadas en sede constitucional), que pasaba –como es sabido– por la aplicación de la ley del foro cuando no fuera alegada y probada (por la parte que la alegara) la reclamada por la norma de conflicto²⁸. Nunca es obligatorio el razonamiento conflictual. El dilema estriba siempre en ver cómo se resuelve el problema de la alegación sin prueba del Derecho extranjero. Al final del íter había quedado claro –a juicio del TC– que: a) Se trata de una materia de estricta legalidad ordinaria²⁹, de forma que el legislador puede optar por la solución constitucionalmente legítima que más le convenga y mejor se adapte a las circunstancias económicas, sociales y jurídicas (procedimentales). Como el problema radica siempre en la respuesta al desconocimiento del tenor de la ley extranjera de-

²⁵ Un buen resumen en I. TAPIA FERNÁNDEZ, “El nuevo proceso de divorcio tras la promulgación de la Ley 15/2005, de 8 de julio: ¿necesidad de un proceso especial? ¿necesidad de un proceso?”, en *Aranzadi civil*, 2006, 1, pp. 16 ss. Más desarrollado en J. MONTERO AROCA/J. FLORS MATÍES/R. ARENAS GARCÍA, *Separación y divorcio tras la ley 15/2005*, Valencia, 2006, pp. 24 ss.

²⁶ Por mucho que se pueda afirmar que los cónyuges son enteramente libres para disponer sobre la existencia del vínculo matrimonial, es evidente que no tienen completa disponibilidad sobre él, y no pueden configurar estados civiles al margen del Estado. Su creación y su extinción deben pasar por el filtro de la autoridad estatal.

²⁷ El listado de materias recogido en este artículo expresa muy bien la necesidad de exhaustividad pretendida por el legislador, sin que por supuesto sea necesario obtener información sobre todos y cada uno de los extremos elencados. Sobre este tema, G. PALAO MORENO, “Comentario al art. 34”, en MENDEZ GONZÁLEZ/PALAO MORENO, *Comentarios a la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Valencia, 2017, p. 403.

²⁸ En este panorama prácticamente uniforme, no sé a que se refieren A. LÓPEZ DE ARGUMEDO/P. MARTÍNEZ LLORENTE al aseverar que la LCJI acoge en el art. 33 “una de las opciones utilizadas por los tribunales”, como si fueran miles los tribunales españoles que se apartan un ápice de la opción de reemplazo *lex fori*. Vid. “La nueva ley de cooperación jurídica internacional”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2016, p. 147.

²⁹ STC 172/2004 de 18 de octubre: Al TC no corresponde «indicar la interpretación que haya de darse a la legalidad ordinaria, función ésta que corresponde en exclusiva al orden jurisdiccional correspondiente». Menos explícita, STC 29/2004, de 4 de marzo de 2004.

clarada aplicable por la norma de conflicto, en este punto valdrían las más variadas opciones, desde la desestimación de la demanda cuando la ley extranjera aplicable no fuera probada hasta la aplicación del Derecho del foro a modo de último recurso, pasando por la investigación de oficio o la posibilidad de prever como causa de inadmisión de una demanda aquella falta de prueba. No es cierto que el TC considerara que la opción desestimación no era válida a la luz del art. 24 CE: Ninguna sentencia lo ha mantenido así³⁰. Tampoco la inadmisión de la demanda ha quedado proscrita: Sólo haría falta que se previera en una norma³¹; b) Si se elige la fórmula iniciativa probatoria de las partes con colaboración del órgano judicial, el corolario es que estos últimos tienen la obligación de cooperar con los particulares siempre que sean mínimamente diligentes³²; c) En todo caso, se asevera que la desestimación de una demanda por falta de prueba del Derecho extranjero es menos respetuosa con el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva que la aplicación de la ley del foro³³.

9. En resumen: Aplicación masiva de la ley del foro en defecto de la extranjera, carácter potestativo de la norma de conflicto, independientemente de que sea de fuente autónoma o internacional³⁴.

3. Los mimbres normativos

10. Esa orientación consolidada ha sido acuñada con los instrumentos aportados por el CC (art. 12.6) y la LEC (art. 281), a los que se une ahora el art. 33 LCJI, norma de indiscutida legitimidad constitucional, que ha sido leída como si no aportara nada y cuyo impacto está por dilucidar.

Si aceptamos que el legislador es racional, debemos también aceptar que allí donde no haya remisiones cada norma aborda un problema diferente, regulando lo que tiene que regular en función de su ubicación, finalidad y objeto. Sería erróneo pretender que la LEC se pronuncia sobre aspectos de fondo, que competen a una normas de alcance general (como el título preliminar del CC, en nuestro caso). Si se entendiera la cuestión de la aplicación de la ley extranjera como algo estrictamente procesal (y a partir de ahí operaría la regla *lex fori regit processum*) nos estaríamos perdiendo la primera mitad de la historia, la que empieza con la puesta en funcionamiento de la regla de conflicto como expresión de opciones sustantivas. Así las cosas, en el presente tema confluyen tres vectores complementarios³⁵: a) Conflictual: El art. 12.6 CC sanciona la imperatividad de las normas de conflicto y vigoriza el razonamiento de derecho internacional privado³⁶; b) Procesal: El art. 281 LEC regula el aspecto probatorio de la ley extranjera, equiparándola a todos los efectos al de los hechos (sin confundirla con un hecho, eso

³⁰ El derecho a obtener una resolución sobre el fondo se satisface también con una desestimatoria. En contra, por ejemplo, R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales...*, op. cit., p. 289.

³¹ Si bien es cierto que, por cuanto se me alcanza, son pocas las resoluciones que acogen esta solución. El AAP Madrid de 4 de diciembre de 2006 es un buen ejemplo. El AAP Tarragona de 6 de julio de 2007 está muy bien articulado, entendiéndose que uno de los documentos que deben acompañar la demanda a los que se refiere el art. 770 LEC es la legislación extranjera debidamente traducida, y cuya falta determina su inadmisión.

³² STC 10/2000 de 17 de enero. Por eso, en presencia de unos litigantes mínimamente diligentes, tanto decretar la nulidad de lo actuado y la consiguiente retroacción de las actuaciones como la desestimación de la demanda vacía las diligencias finales y encaja mal con la obligación de cooperación del juez: Cfr. F. ADÁN DOMENECH, "Soluciones a la falta de prueba del Derecho extranjero", en *Justicia*, 2011, pp. 89 ss.

³³ *Id.* la olvidable STC 155/2001 de 2 de julio. Lo que el TC no pareció entender es que el legislador es soberano para elegir de las opciones disponibles la constitucionalmente legítima que más le guste, sin estar constreñido a asumir la que a juicio del TC realice más intensamente el derecho fundamental, entre otras cosas porque potenciar un derecho puede ir en detrimento de otros o de un principio básico (seguridad jurídica, por decir alguno).

³⁴ Es evidente que no me corresponde aquí exponer esta cuestión, ampliamente tratada en multitud de lugares. Completísimo hasta la extenuación, A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, Granada, 2017, pp. 540 ss.

³⁵ No existe a mi juicio, pues, contradicción alguna entre la imperatividad de las normas de conflicto y las reglas sobre carga de la prueba, como pretende P. P. MIRALLES SANGRO, *Aplicación del Derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, Madrid, 2007, p. 116 (por citar alguna en la que se sostiene esto). Lo contradictorio es sancionar aquella imperatividad y luego actuar como si el sistema conflictual fuera facultativo.

³⁶ La tesis del derecho internacional privado facultativo no pasa de ser un planteamiento meramente doctrinal sin respaldo normativo (a salvo la discutible posición del TC), incomprensible en los sectores materiales donde la norma de conflicto no pivota en torno a la autonomía de la voluntad. Al respecto *vid.* M. VIRGÓS SORIANO/F. J. CARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Madrid, 2007, pp. 517 ss.

si). Para el cómo (medios de prueba admisibles) y el cuándo se deba probar bastan las normas generales (inclúyase en particular el art. 752 LEC)³⁷, y sin que sea menester decir nada sobre la insuficiencia probatoria, porque para eso está el art. 217 LEC (a salvo que se quiera modificar en algo el régimen general)³⁸; c) Reglas procesales especiales. Una sobre consecuencias de la insuficiencia probatoria: En atención a la internacionalidad del supuesto, el art. 33.3 LCJI regula de forma flexible (“con carácter excepcional”, “podrá aplicarse”) una de las posibles situaciones que se pueden dar en este proceso, la de imposibilidad de prueba de la ley extranjera; nada se ha previsto para los otros escenarios imaginables (en particular, cuando las partes permanecen pasivas en sectores materiales no disponibles), sometidos aún a las soluciones generales deducibles de las demás normas configuradoras del sistema³⁹. El resto de los apartados de la norma tienen un mínimo alcance, porque se limitan a incorporar disposiciones sobre prueba que ya habían quedado recogidas en su sede natural (a saber, la LEC), con el único valor añadido –si acaso– de despejar dudas sobre el carácter presuntamente vinculante en este ámbito de los informes periciales⁴⁰. La segunda regla procesal es la del art. 34 LCJI, que se limita a articular un procedimiento especial –subsidiario– de información.

11. ¿Qué tienen de diferente los procesos matrimoniales? A la luz de aquellos datos no controvertidos (*supra*) y de esta novedad legislativa, habría que responder a seis cuestiones: ¿Se aplica siempre la norma de conflicto? ¿Se da entrada en el proceso siempre al ordenamiento reclamado por ésta? ¿Cuáles son las vías de acceso? ¿Cómo se acredita su contenido? ¿Qué hacer ante la pasividad/incapacidad de los litigantes? ¿Y si no se consigue información suficiente?

III. Reconstrucción del sistema en los procesos matrimoniales

12. Partiré de varias premisas. La gran novedad es el art. 33 LCJI, que aporta maleabilidad y claridad en nuestro sector. Por supuesto que no se trata de abordar un comentario de las normas contenidas en él: Existen ya estudios críticos bastante atinados que ofrecen un panorama general, de cuyas conclusiones partiré⁴¹.

1. Una operación necesaria y útil

13. La primera es la existencia de un verdadero conflicto de leyes. Como se advirtió *supra*, se asevera que todo este tema es superfluo porque al fin y al cabo en todos los ordenamientos se reconoce el derecho al divorcio y por lo tanto es indiferente aplicar uno u otro. En consecuencia, tanto si se aplica la *lex fori* como si se está a la reclamada por la norma de conflicto, la solución será idéntica. Incluso más: Si la falta de previsión del divorcio lleva a la aplicación de la ley del foro (art. 10 R III) es –se afirmará–

³⁷ Los convenios sobre información del Derecho extranjero se integran en este pilar, siempre auxiliares a las opciones de base. Una completa lista en P. P. MIRALLES SANGRO, *Aplicación...*, *op. cit.*, pp. 134-135. Quedan al margen las normas para sectores especiales (consumo y registro civil).

³⁸ No obstante, otra opinión, denunciando la existencia de una laguna en la LCJI, A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *op. cit.*, vol. I, p. 547.

³⁹ Desde luego es muy superior esta fórmula a la fatua propuesta de Ley de cooperación que publicaba el *BIMJ* en junio de 2012, que de forma incondicionada sancionaba que «En particular, en caso de falta de prueba del Derecho extranjero aplicable al fondo del litigio en el marco de un procedimiento judicial, será aplicable el Derecho español» (art. 67.3), solución demasiado tosca y carente de matices, incapaz de aprehender las peculiaridades de los diversos sectores del Derecho privado y contradictoria con la opción de base del art. 12.6 CC.

⁴⁰ La ley nace desde el primer momento con vocación exclusivamente procesal; es sólo un derivado de la LEC. Jamás ha pretendido el legislador interferir con las opciones básicas en lo conflictual o en lo sustantivo: Así, por ejemplo, el Anteproyecto de ley de cooperación jurídica internacional en materia civil (texto de 22 de diciembre de 1997) era aún más escueto, disciplinando la tramitación de las solicitudes de información, sin inmiscuirse en cuestiones de carga de la prueba.

⁴¹ A. L. CALVO CARAVACA, “Aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Consideraciones críticas”, *REDI*, 2016, pp. 133 ss. Puede verse también G. PALAO MORENO, “Comentario al art. 33”, en MENDEZ GONZÁLEZ/PALAO MORENO, *Comentarios a la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Valencia, 2017, pp. 395 ss.; A. YBARRA BORES/A. RODRÍGUEZ BENOT, “Las nuevas reglas sobre información y prueba del derecho extranjero en el sistema español de derecho internacional privado”, en *BMDC*, 2017, pp. 1352 ss.; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. A. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, 2016, p. 178.

porque existe un irrestricto derecho al divorcio, con lo que para llegar a ese resultado no es preciso gastar tiempo y dinero en sutilezas jurídicas. No es cierto.

[La disolución del matrimonio no es necesariamente un inexorable punto de llegada, y de hecho el art. 13 del mismo RR III así lo atestigua al no imponer esta solución a los tribunales que no lo contemplan en su ordenamiento, excluyendo incluso el juego de la norma de conflicto general. Más aún: se podría llegar a argumentar que, ya que la cláusula de orden público aparece en una disposición diferente, el supuesto del art. 10 no puede ser incluido en esa categoría de ordenamientos que violan gravemente el Derecho del foro⁴². Sea como sea, es diáfano que no resulta indiferente aplicar un sistema u otro. La falta de fungibilidad de los ordenamientos deriva de que en todos o se suele exigir la voluntad concurrente de ambos cónyuges, o el divorcio es causal y/o necesariamente precedido de un periodo de separación⁴³. Se puede asimismo rechazar la petición si así lo aconseja el interés de los hijos menores o las circunstancias excepcionales del otro cónyuge⁴⁴. No todos los Derechos del mundo ofrecen una disciplina del divorcio tan poco condicionada como la española. Si al legislador le resultara indiferente una solución u otra o si todas fueran intercambiables habría unificado los criterios de competencia (garantizando así la proximidad mínima suficiente) y habría predispuesto una norma de conflicto que hiciera siempre aplicable el Derecho del foro.

En cuanto al otro gran núcleo de problemas presentes en estos procedimientos (las decisiones sobre responsabilidad parental), interesa poner de relieve que en ningún sitio está escrito que las opciones españolas (*v. gr.*, custodia compartida) tengan que imponerse en todo caso⁴⁵.

14. La segunda es la necesidad de dar una respuesta a los sistemas que controlan la ley aplicada en sede de *exequatour* y no reconocen las decisiones extranjeras que no hayan aplicado el Derecho propio (o si acaso un Derecho homologable al propio)⁴⁶. La norma de conflicto no tiene por qué apuntar a

⁴² Claro que cuál es el sentido de la norma tampoco queda a mi juicio aclarado por el considerando 24.

⁴³ Esto no es un trabajo de Derecho comparado. Discúlpese por ello la longitud de la cita: En nuestro entorno, por ejemplo, el CC francés prevé que el divorcio que no haya sido solicitado de común acuerdo es controlado en cuanto a plazos y en particular la existencia de un convenio no lesivo (art. 232). En el italiano se facilita el acceso al divorcio, pero se sigue exigiendo entre seis y doce meses de separación conyugal, según el grado de controversia (Ley de 6 de mayo de 2015). La *Matrimonial Causes Act* de 1973 exige la acreditación de causas como el adulterio o la vida separada durante un periodo de tiempo, y en todo caso el procedimiento pasa por dos estadios (*Decree Nisi* y *Decree Absolute*) que implican falta de automaticidad. En Inglaterra y Gales el divorcio es absolutamente causal, y el juez tiene como regla la obligación de indagar en tales causas. Piénsese en fin en la disciplina de la *Mudawana* y en figuras como el divorcio revocable (en particular, art. 123). El art. 51 del Código de familia cubano, fiel al concepto socialista de familia, configura como causa de divorcio la pérdida de sentido de la unión matrimonial para los esposos, los hijos y la sociedad, lo que necesariamente exige una exhaustiva prueba de cómo integra la jurisprudencia ese concepto. En Sudáfrica puede quedar condicionado a la inexistencia de impedimentos religiosos a la disolución, entre otros motivos de denegación (sección 5A de la ley de divorcio de 1979). En algunos *States* de Estados Unidos sobrevive el *covenant marriage*... En Suecia se prevé un periodo de seis meses de reflexión cuando la demanda de divorcio la formula sólo uno de los cónyuges. En el ordenamiento maltés se exige vida separada de los cónyuges de al menos cuatro años o que hayan pasado cuatro años desde la sentencia de separación. En otro orden de cosas, en Chipre sólo se puede pedir la declaración de nulidad durante un pazo de tres años desde la celebración del matrimonio.

⁴⁴ Aunque no sea lo más habitual, en nuestra jurisprudencia, por ejemplo, las sentencias de la AP Burgos de 30 julio de 2007 aplica Derecho extranjero y desestima la demanda de divorcio por no alcanzar el plazo de separación exigido por el Derecho colombiano; la AP de Guadalajara en su sentencia de 2 de mayo de 2013 (Derecho ecuatoriano), argumenta explícitamente que la exigencia de una causa no va contra el orden público del foro. El resultado divorcio no es imperativo: La opción desestimación por falta de prueba comparece en la SAP de Huesca de 27 de noviembre de 2007, en relación con el Derecho marroquí, lo mismo que la SAP Las Palmas de 13 de junio de 2008 y la de Castellón de 16 de enero de 2007 y la de 15 de julio de 2009; la extraña sentencia de la AP de Lérida de 15 de enero de 2016 la rechaza por defectos formales; la del TS de 23 de marzo de 2015 se abstiene de hacer pronunciamientos anclados en el Derecho búlgaro ante la falta de prueba de éste.

⁴⁵ La dicotomía divorcio causal-divorcio no causal proyecta sus efectos en sectores colindantes: De la misma manera que en sistema puramente consensual va contra el orden público del foro hacer depender atribuciones patrimoniales del divorcio o de la separación (*v. gr.*, SSTS 31 de marzo de 2011 y 24 de junio de 2015), en los ordenamientos con disolución causal sí puede valer, si la causa no es enteramente dependiente de la voluntad de un cónyuge.

⁴⁴ Una especie de *hasrdship clause* en el § 1568 BGB y en la sección 5 de la *Matrimonial Causes Act*, por ejemplo.

⁴⁵ Por ejemplo, art. 337 quater CC italiano: «*Il giudice, se accoglie la domanda, dispone l'affidamento esclusivo al genitore istante*». Piénsese asimismo en las divergencias nacionales en cuanto a la fijación de la residencia del menor, o la privación de la patria potestad por falta de relaciones personales. Evidentemente no es necesario ni siquiera referirse a los sistemas jurídicos que decretan las consecuencias de la ruptura conyugal respecto a los hijos de forma discriminatoria, en base al sexo de los progenitores.

⁴⁶ Art. 128 de la *Mudawna*: «Las sentencias de divorcio, divorcio judicial, divorcio consensual retribuido (*Jol'*) o disolución de matrimonio dictadas por tribunales extranjeros se podrán ejecutar si han sido dictadas por órganos jurisdiccionales

ordenamientos en condiciones de superar esos controles, claro, pero si para algo sirve la posibilidad de elegir el Derecho de la nacionalidad de alguno de los cónyuges prevista en el art. 5 RRIII es justamente para hacer frente a las exigencias de los mencionados sistemas. A salvo lo que se dirá *infra*, piénsese en la situación en la que las partes han actuado con diligencia en este punto concreto, han intentado probar el contenido del Derecho elegido, el tribunal no se considera suficientemente ilustrado y sin embargo no reciben su asistencia: La continuidad de los derechos individuales quedará vanificada si no se aplica ese ordenamiento. En consecuencia, hay que ser cauteloso en la medida en que no es sólo que la aplicación ciega de la *lex fori* suponga un dispendio (sentencias claudicantes), sino que también comporta la frustración de las expectativas de las partes y la imposibilidad de realizar actuaciones que partan de la declaración de divorcio (señaladamente, nuevas nupcias).

2. El silencio no es *electio iuris*

15. En tercer lugar, desechemos la idea de que articular una demanda guardando silencio en cuanto a ley aplicable (dando por sentado, pues, que se aplica el Derecho del foro) no equivale a elección tácita de la ley en aquellos sectores en los que la elección del Derecho no es enteramente libre (no todo es contratos), sectores en los que la *electio iuris* tiene límites de fondo y de forma⁴⁷. Descartando lo atinente a guarda, custodia y visita –donde lisa y llanamente no hay margen alguno para la autonomía conflictual–, en el art. 7 RRIII no es aquélla una forma admitida de selección⁴⁸. Elegir el Derecho es posible en todos los reglamentos conflictuales europeos, pero nada tiene que ver el RRIII con el RRI, y mientras que en éste el silencio de las partes puede valer como elección de ley, es sabido que el primero lo somete a condiciones. Podemos estar de acuerdo en la crítica a las opciones estructurales (por ejemplo, no habría sido descabellado diferenciar a nivel conflictual en los supuestos de divorcio con o sin hijos menores o incapaces), pero lo cierto es que a día de hoy un pacto como ése está sujeto a límites, y el silencio no está recogido en el catálogo de mecanismos de selección. No cabe elegir tácitamente, y en el considerando 19 se exige que como mínimo, el *pactum de lege utenda* venga por escrito, fechado y firmado⁴⁹; por su parte, en el considerando 20 se especifica que si se trata de una elección durante el proceso (art. 5.3), debe quedar registrada por el órgano judicial. Dicho en negativo: No puede funcionar como elección el consentimiento para el traslado de un cónyuge con los hijos o los pactos sobre organización de la vida separada, aunque se hagan en contemplación de un determinado ordenamiento. La concordancia de voluntades no basta, la norma de conflicto sigue siendo imperativa. Más aún: Que aquello es un mínimo y que cabe elevar el umbral de exigencia lo demuestra la ley alemana de 29 de enero de 2013, que modifica el art. 46 d EGBGB en el sentido de que el acuerdo de elección debe ser autenticado por un notario, y que si lo hacen en el curso del litigio debe redactarse en su lugar acta ajustada a las especificaciones de la normativa procesal⁵⁰.

competentes y están basadas en motivos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Código en materia de disolución de la relación conyugal». Si se consultan pronunciamientos como las SSTs de 30 de marzo de 2005 o la de 15 de junio de 2005 se llega a la conclusión de que son cuestiones de orden público extremos como que el divorcio haya sido solicitado por el marido o que haya existido una fase de reconciliación. Y no es sólo en los sistemas islámicos: El art. 164 del CC colombiano, por ejemplo, prevé el control del ajuste al ordenamiento propio de las causas por las que se haya decretado el divorcio.

⁴⁷ No se entiende por ello que la sentencia de la AP Málaga (Sección 6ª) de 10 febrero de 2005 asevere (bajo la vigencia del art. 107 CC, no se pierda de vista), que en un caso de divorcio de dos marroquíes la actora había optado por la aplicación del ordenamiento jurídico español, extremo éste que deducía de elementos como el haber celebrado el matrimonio en Fuengirola y haberlo inscrito en el Registro Civil (como si esto fuera voluntario). En estas circunstancias, concluye, se invierte la carga probatoria, que pasa a ser del demandado, conforme a lo prevenido en los arts. 12.6 CC y 282 LEC. Idéntica elección tácita en la sentencia de la AP Castellón (Sección 2ª) de 28 mayo de 2008.

⁴⁸ En realidad, se podría afirmar de manera más categórica: No he conocido ni un solo caso en el que en un proceso de divorcio en el que previamente se haya elegido –o se elija durante el mismo– la ley aplicable. Nunca ha pasado por sus mentes esta opción, al principio por desbordamiento de amor y después por sobreabundancia de odio.

⁴⁹ Como no se especifica, deberá valer tanto el documento público como el privado: *cf.* E. ISABAL ORDOÑEZ/J. CASADO ROMÁN, “La cooperación internacional reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial en la UE”, *Diario La ley*, nº 7960, 8 de noviembre de 2012, p. 3.

⁵⁰ Sin perjuicio de que los amplios poderes del juez en este tipo de procedimientos dejen espacio para que entable diálogo con las partes y les interroge si su verdadera voluntad es elegir la *lex fori*, indicándoles cómo deben hacerlo (requisitos formales): Si puede introducir de oficio un sistema jurídico extranjero, no se ve por qué no puede hacer esto, perfectamente alineado

Por su parte, el art. 7 y el art. 8 del Protocolo de alimentos permiten elegir la ley⁵¹, pero exigen (apartado 2 del art. 7) pacto escrito o registrado en soporte duradero y firmado por ambas partes, y el art. 8, apartado 3 no admite acuerdo alguno cuando haya un menor implicado, sometiendo el 5 a tutela y escrutinio judicial los concluidos con mayores de edad y/o cónyuges. En definitiva, no funge como elección de la *lex fori* una demanda silente en lo conflictual.

Mas no acaba ahí la historia. En el sector en el que podríamos admitir sin graves objeciones el juego de la autonomía tampoco se escapa a las exigencias formales en punto a elección de la ley rectora. El art. 22.1.a del reglamento de 24 de junio de 2016 permite elegir la ley de la residencia de uno de los cónyuges, que será en la normalidad de los casos la ley del foro (arts. 5 y 6 del mismo reglamento), pero de nuevo nos topamos con exigencias formales estrictas en el art. 23, con lo que la conclusión viene a ser la misma que para las materias apuntadas más arriba.

Recapitulando: En la medida en que no cabe hacer pasar la falta de alegación del Derecho extranjero como elección de la ley del foro, el siguiente paso será la puesta en funcionamiento de la norma de conflicto para indicar el ordenamiento objetivamente aplicable.

3. ¿Qué es excepcional en la LCJI?

16. Llegamos al meollo del asunto. El art. 33 LCJI viene a completar el sistema, mas su lectura deja abiertas dudas en cuanto al alcance de la excepcionalidad a la que alude. Es menester dar contenido a la excepción, tipificarla. La exposición de motivos de la LCJI es diáfana⁵² cuando pondera que ni puede ni quiere cambiar el diseño general, pero es incompleta (*rectius*, inexacta), desde el momento en que sí incorpora una novedad, a saber, la consagración legal de la solución de reemplazo y su calificación como excepcional, con lo que en la intención del legislador debe devenir marginal (excepcional es lo que no responde al principio general o, si se quiere decir de otra forma, lo acoge y modula en atención a las circunstancias particulares del caso). Lo que estaba claro es que para mantener el *statu quo* no era necesario crear norma alguna. Si la LCJI es una norma procesal e incorpora una solución especial para los casos de insuficiencia probatoria, es evidente que su referente es el art. 217 LEC.

Podemos, pues, reconstruir las directrices básicas de la siguiente forma:

- A nivel normativo la opción de base se mantiene. El diseño es estricto y conocido, y por lo tanto no hace falta volver a exponerlo *in extenso*: El actor tendría que fundar sus pretensiones en aquel Derecho en el que el legislador español ha decidido que la relación jurídica controvertida *viva*, ha de alegarlo⁵³ y probarlo. Siendo imperativa la norma de conflicto (art. 12.6 CC), no debería ser necesaria una alegación explícita de este Derecho. Para activar el razonamiento conflictual basta con que la necesidad de su aplicación se deduzca de los hechos aportados⁵⁴: El Derecho extranjero entra en el proceso de la mano de los hechos conectados de manera jurídicamente heterogénea, y la sujeción de esa relación al mismo es inexorable,

con la voluntad del legislador. Para el Derecho alemán esta idea aparece en R. HAUSMANN, "Pleading and Proof of Foreign Law - a Comparative Analysis", en *The European Legal Forum*, 2008, p. 4.

⁵¹ El 7 directamente se refiere a la ley del foro, no así el 8; no obstante, la combinación de las opciones del apartado 1 del art. 8 con los criterios de competencia del reglamento 4/2009 llevará las más de las veces a que la del foro sea una de las seleccionables.

⁵² Me quedo con tres frases que evidencian la voluntad continuista: «no se estima conveniente alterar el sistema español vigente tras la Ley 1/2000»; «[N]uestro sistema se caracteriza por ser un sistema mixto que combina el principio de alegación y prueba a instancia de parte con la posibilidad de que el tribunal complete dicha prueba»; la legal es «la solución que más se adecua a la jurisprudencia constitucional».

⁵³ Cuando se habla de alegar se hace referencia a la subsunción de los hechos en las correspondientes normas extranjeras aplicables. Va de suyo que no hace falta incorporar un *petitum* específico solicitando expresamente la aplicación de ese ordenamiento.

⁵⁴ O sea, con la demanda: Va de suyo que es inimaginable ocultar la internacionalidad de la relación, porque depende de datos imprescindibles como la nacionalidad y la residencia de los litigantes; en los procesos de familia los certificados de inscripción del matrimonio y de los hijos en el Registro civil (arts. 770 y 777 LEC) nos ponen sobre la pista. Otra cosa es que se haga caso omiso de ella.

lo quieran o no las partes⁵⁵. Resolver según las normas aplicables no supone alterar los términos del debate ni la *causa petendi* ni genera indefensión⁵⁶. Subsiste una particularidad, y es que debe ser probado, y no sólo no es aplicable sin prueba sino que debe ser aplicado ateniéndose estrictamente del resultado de las pruebas practicadas, sin que sean relevantes datos ajenos a esa ellas⁵⁷. Y, por supuesto, si no lo hace por pura negligencia, desidia o estratagemia habría que desestimar aquellas pretensiones.

— El TC, no obstante, ha convertido (en sentencias dictadas en recursos de amparo, no se olvide) en facultativo nuestro sistema de Derecho internacional privado (convirtiendo en tarea casi imposible ofrecer una explicación coherente de las normas españolas en la materia, por cierto). La indiferencia conflictual ha quedado consagrada por él, y a esa doctrina se remite el legislador de la LCJI (remisión abierta a futuras evoluciones de todas formas). Las partes son libres de activar o no la norma de conflicto, o sea, de alegar —explícitamente— o no el Derecho extranjero. En consecuencia, caben varias posibilidades:

- a. Si guardan silencio la sujeción a la *lex fori* no es excepcional, y no es que el juez pueda, sino que debe aplicarla.
- b. Si alegan el Derecho extranjero fuerzan el desenvolvimiento del silogismo conflictual y —si se llega a la conclusión de que es aplicable un ordenamiento foráneo— el mecanismo dirigido a su prueba. Asume la carga quien voluntariamente decide incorporarlo al proceso (en otros términos: si internacionaliza el litigio se le imputa el coste de su decisión), sin perjuicio de la obligación de cooperación por parte del órgano judicial cuando el litigante no pueda con sus solos medios. Adviértase que esta doctrina del TC se ha sentado en recursos de amparo referentes siempre a contratos. Dicho de otra forma: En materias sujetas a la libre disponibilidad de las partes el Constitucional consagra la indiferencia del método conflictual, la fungibilidad de un sistema u otro. Así las cosas, una vez “conflictualizado” el razonamiento, la consecuencia de la falta de acreditación de su contenido y vigencia no puede no ser la desestimación de las pretensiones de quien alegó ese Derecho (o sea, de la demanda si lo hace el actor, aplicación de la ley del foro si la alegación la hizo el demandado⁵⁸). Queda a salvo la hipótesis en la que no se consiga conocerlo por imposibilidad objetiva y manifiesta, en la que se aboca a la ley del foro.

En definitiva, el art. 33 LCJI puede ser leído de atrás adelante: Si aplicar la *lex fori* es excepcional es porque la desestimación debe ser la regla general, solución cuya legitimidad constitucional no es dudosa⁵⁹. En el ámbito procesal que abordamos se impone esta solución en materias como régimen económico matrimonial o pensión compensatoria⁶⁰.

⁵⁵ A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *op. cit.*, vol. I, p. 548. Igualmente, STS de 10 de junio de 2005 («la norma jurídica extranjera viene designada por la de conflicto del foro, que pertenece al ordenamiento que el Tribunal debe aplicar de oficio. Como consecuencia el derecho extranjero no tiene que ser alegado»). Siendo esta sentencia tan clara, no se entiende qué quiso decir ley extranjera “suficientemente alegada” la SAP Granada de 13 de abril de 2005 (recogiendo la expresión de las SSTs de 9 de noviembre de 1984 y 10 de marzo de 1993).

⁵⁶ Por ejemplo, SSTs de 18 de junio de 2008, 6 de julio de 2010, 15 de noviembre de 2010, 9 de diciembre de 2010, 14 de junio de 2013, 3 de noviembre de 2014, 20 de diciembre de 2014, 29 de abril de 2015.

⁵⁷ *Cfr.* J. J. FORNER DELAYGUA, *La prueba de los hechos...*, *op. cit.*, p. 96; R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales*, Santiago de Compostela, 2004, p. 285.

⁵⁸ Por supuesto que hay que dar entrada a ulteriores matices en este tema, que desbordan los límites del presente trabajo: Sería injusto tratar igual a quien diligentemente intenta probar la ley extranjera que quien no lo hace (*cf.* F. ADÁN DOMENECH, “Consecuencias de la falta de prueba del Derecho extranjero”, en J. PICÓ JUNOY (ed.), *Práctica de la prueba del Derecho extranjero*, Madrid, 2011, p. 108), de forma que la objetiva imposibilidad de acreditación en aquel caso se abre la puerta a la aplicación —excepcional— de la ley del foro.

⁵⁹ *Cfr.* A. YBARRA BORES/A. RODRÍGUEZ BENOT, “Las nuevas reglas...”, *op. cit.*, p. 1391.

⁶⁰ Por eso no parece muy correcta la solución de la AP Barcelona en su sentencia de 17 de abril de 2007, que ante la falta de alegación del Derecho aplicable a la cuestión del régimen económico conyugal (el BGB) reacciona recordando la imperatividad de la norma de conflicto y determina de oficio el contenido del Derecho alemán, que evidentemente termina aplicando. Idéntica solución (para una pensión compensatoria) en la SAP Tarragona de 20 de octubre de 2009.

- Pero hay sectores en los que la imperatividad de la norma de conflicto es absoluta, porque se trata de espacios no abandonados a la libérrima configuración de los privados. En éstos, el razonamiento conflictual penetra inexorablemente en el proceso de la mano de la internacionalidad de los hechos. No hay opción (no hay facultatividad). No pueden las partes ocultar esa internacionalidad⁶¹. Existen además opciones de base del legislador sustantivo, que no configuran el orden público del foro ni son normas imperativas pero informan el razonamiento, como el *favor divortii* o el *favor filii*, concepto de profunda impronta nacional. Y anudada al carácter imperativo de la norma de conflicto va —como en el caso anterior— la investigación del contenido de la ley extranjera. No deja de ser significativo que la STC 10/2000, en la que se eleva al rango de derecho fundamental la obligación del tribunal de colaborar con la parte en la averiguación de tal ley, asumiendo el recurso subsidiario a la *lex fori*, trataba de un proceso matrimonial. La conjunción de las consideraciones anteriores lleva a afirmar que el ordenamiento extranjero tiene que ser indefectiblemente aplicado, investigándolo de oficio si fuere menester⁶². Y si no se consigue o no se logra la prueba, frente al binomio “irrupción de la norma de conflicto-desestimación de la demanda en caso de falta de prueba”, se introduce la solución excepcional de la aplicación de la *lex fori*, que permite dar una respuesta definitiva a la situación de crisis, sin las incertidumbres derivadas del efecto de cosa juzgada del pronunciamiento denegatorio y en todo caso sin nuevas esperas, habida cuenta que el proceso ya se habrá dilatado suficientemente con las diligencias de averiguación que necesariamente se habrán desenvuelto⁶³. Ello supone que para aplicar la ley del foro no hace falta que quede acreditada la diligencia probatoria de los litigantes, porque los intereses públicos permiten obviar esa consideración. Es excepcional, pues, la aplicación del Derecho español *prima facie* no aplicable⁶⁴. De ese modo, y parafraseando al TC, las partes, que no han elegido ser sujeto pasivo de la norma de conflicto, no pagan por la imposibilidad de aplicar el contenido de la ley extranjera⁶⁵.

Por lo demás, nada se ha modificado en la LCJI en cuanto a los medios de prueba ni al momento en que deba ser alegada. Cuando su art. 35 regula una forma de obtener información sobre el Derecho extranjero utiliza el verbo “podrá”, y la EdeM de la Ley insiste en que lo que se regula es “un proceso habilitante”. Concorre por ello ese cauce con el posible uso de otros medios de información, como las periciales de oficio o la posibilidad de oficiar a un consulado para solicitarla. Habrá de valorar el juez en cada momento las expectativas de éxito (la propia EdeM alerta frente a vanas ilusiones de obtener cooperación internacional), el coste y el tiempo.

17. Por supuesto que el recurso a la solución de reemplazo se condiciona a la imposibilidad real de aplicar el Derecho primeramente reclamado por la norma de conflicto. Es claro que, teniendo en

⁶¹ El juez no queda liberado del derecho internacional privado: Cfr. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Madrid, 1996, p. 233. Incluso en un sistema como el inglés, tan proclive a dar entrada al Derecho propio, se aboga por la desestimación de la demanda en caso de falta de prueba de la ley extranjera: T. HARTLEY, “Pleading and Proof...”, *op. cit.*, p. 287.

⁶² Como pone de relieve P. DE MIGUEL ASENSIO para el sector de la jurisdicción voluntaria, y trasladable a este ámbito, en presencia de menores e incapaces en particular se impone un papel más activo el juez, no dependiente de la alegación y prueba de la ley extranjera que hagan las partes: “Ley de jurisdicción voluntaria y derecho internacional privado”, en *AEDIPr*, 2016, p. 174.

⁶³ Mérito de la LCJI es descartar la idea tantas veces referida de acudir al segundo criterio de conexión empleado por la norma de conflicto, sugerencia inútil que lo único que hace es replicar los mismos problemas que con el primer criterio de conexión, duplicando gastos. Otro tanto dígase de acudir a los principios generales del Derecho o a un Derecho uniforme difícilmente existentes o al ordenamiento más próximo al desconocido: Entre otros posibles epítetos que se le pueden dedicar, baste imputarle el más absoluto desconocimiento sobre cómo funciona un tribunal.

⁶⁴ Permítaseme ante todo recordar una obviedad, y es que toda respuesta queda condicionada por el *prius* lógico que es la concesión del divorcio. En este crisol que es un proceso matrimonial pueden confluir aspectos sometidos a una ley extranjera y otros regidos por el Derecho del foro. La clave siempre está en el primer segmento.

⁶⁵ Como es sabido, se consagra la inveterada práctica de los jueces españoles: Para procesos matrimoniales, STS de 4 de octubre de 1982, 12 de enero de 1989, 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990, 16 de julio de 1991, 23 de marzo de 1994, 13 de diciembre de 2000, 17 de julio de 2001, 2 julio de 2004, 4 de julio de 2006, 24 de junio de 2010, 17 de abril de 2015, 20 de mayo de 2015... Permítaseme traer a colación la SAP Almería de 28 de junio de 2004, capaz de aplicar la *lex fori* al mismo tiempo que llama la atención sobre el riesgo de elección indirecta de la ley.

cuenta la supervisión e implicación directa del juez en el trámite de investigación, no será menester –en principio⁶⁶– realizar demasiados esfuerzos o debatir extensamente para acreditarle esa imposibilidad. Encajarían en esta situación las hipótesis de inviabilidad material de conocimiento de sus normas (ya sea porque no existan o porque las circunstancias políticas, técnicas o coyunturales lo impidan⁶⁷; ojo: imposible no es lo mismo que costoso) o cuando ello sea posible pero con un coste –esencialmente un coste temporal pero también económico⁶⁸– inasumible. Nótese que el coste no es sólo el de obtener información, sino el de traducirla después⁶⁹. *A contrario*, cuanto más próximo sea el Derecho a probar y con más frecuencia vaya a plantearse su necesidad mayor debe ser el esfuerzo del órgano judicial⁷⁰. La prueba de la imposibilidad o de la inexistencia no es algo diabólico; como toda prueba de un hecho negativo, se puede hacer en la normalidad de los casos a partir de indicios y/o de presunciones.

A la mentada inviabilidad debe asimilarse la incertidumbre insoluble en cuanto a contenido, interpretación o vigencia, así como la inexistencia de alguna instancia oficial en condiciones de acreditar la fehaciencia de la prueba⁷¹. La libertad de la que goza el juez para valorar la prueba documental y la pericial (arts. 319 y 348 LEC) ofrece un margen suficiente para considerarse ilustrado o no. Partiendo

⁶⁶ No es descartable que los litigantes discrepen en punto a suficiencia de prueba del Derecho extranjero. Parece razonable que sea en la vista donde se pueda evidenciar las eventuales lagunas e incertidumbres, que el juez decidirá en su resolución (con expresa argumentación) y que en apelación se podrá revisar las conclusiones, teniendo delante todo el material probatorio y practicando cuantas pruebas adicionales sean necesarias.

⁶⁷ Ejemplo más que manido de lo primero es el de Irán tras el triunfo de la revolución, cuando se deroga sin más el Derecho de familia hasta entonces vigente; de lo segundo es elocuente ejemplo el caso amparado en la precitada STC 10/2000 (Derecho armenio).

⁶⁸ No se pierda de vista que el art. 6 de la Ley de asistencia jurídica gratuita no incluye en el contenido material del derecho ni los informes sobre Derecho extranjero ni los de traducción, de suerte que sólo si se condena en costas a la contraparte se puede recuperar las cantidades anticipadas (no es discutible que entran en el art. 241 LEC), pero con el límite prevenido en el art. 394.3 LEC. El problema es que en los procesos de familia (sea en base a la alegación usual de las dudas de hecho sea por la inevitabilidad del litigio) es rarísimo que sean impuestas a nadie. En estas circunstancias, es normal que se evite realizar inversiones irrecuperables.

⁶⁹ En caso de aportación de un informe jurídico sin traducir –por falta de recursos económicos o por desidia de la parte– se tiene por no aportada prueba alguna (art. 144 LEC; SSAP Gerona de 29 de abril de 2009, 28 de mayo de 2008), de forma que compete al tribunal optar entre iniciar el trámite de averiguación o instar la traducción, según lo que a su juicio sea más barato o rápido.

⁷⁰ Cuando se necesite traducir un documento recibido del extranjero, la Autoridad central española puede prestar auxilio (art. 8 LCJ). Si viene en un idioma para el que no se disponen de traductores no quedará más remedio que recalar en la *lex fori*.

⁷¹ Cfr. J. J. FORNER DELAYGUA, *La prueba...*, *op. cit.*, p. 107.

⁷¹ Téngase en cuenta que el objetivo es poner al tribunal español en condiciones de aplicar el Derecho extranjero como si perteneciera al sistema cuyas normas van a aplicarse: El grado de conocimiento debe ser suficiente. Peca de cándido optimismo quien asegura que en la era de internet se puede disponer de todas la información jurídica necesaria a golpe de *click*, y conocer cualquier Derecho extranjero igual que el español (P. P. MIRALLES SANGRO, *Aplicación del Derecho extranjero...*, *op. cit.*, p. 195). Basta bucear en la red para comprobar que lo que muchas veces existe es falta de actualización, normas descarnadas interpretables en cualquier sentido, falta de referencias jurisprudenciales... Conocer una serie de normas dispersas tal vez no sirva para nada. Un ejemplo de honradez lo ofrece la SAP Huesca de 9 de marzo de 2016, que deja claro que su única fuente es el Cendoj y que nada garantiza la autenticidad y actualidad de la información, descartando la aplicación del Derecho extranjero. La misma AP en sentencia de 10 julio de 2014 lamentaba la falta de información sobre Derecho rumano de la página web del CGPJ. Por supuesto que se podría llegar a adquirir un dominio exhaustivo de todos los sistemas jurídicos del mundo, pero a costa tal vez de inversiones específicas costosísimas. En estos casos va de suyo que el recurso a la ley del foro está justificado. El origen de la emigración en España es un índice adecuado para determinar hasta dónde debe llegar el esfuerzo de investigación, de cara a la posibilidad de generar economías de escala: Cuanto mayor sea la práctica aplicativa más fácil será dar respuestas a casos similares que se presenten en el futuro. Para ello la centralización y especialización serían muy útiles: T.M.C. ASSER INSTITUUT, *Practical problems resulting from the non-harmonization of choice of law rules in divorce matters*, JAI/A3/2001/04, 2002, p. 57.

^{Ex}isten jurisdicciones cuyos jueces se conforman con unas breves indicaciones fragmentarias, para a partir de ahí reconstruir los principios y ofrecer una solución que teóricamente aplica la ley reclamada por la norma de conflicto (cfr. M. JÄNTERÄ-JARBORG, “Foreign Law...”, *op. cit.*”, p. 312, comparando a los jueces escandinavos y la estricta práctica alemana), con lo que la imperatividad de la norma de conflicto no es más que un trampantojo. Claro que con frecuencia la alegación de desconocimiento de ese Derecho es completamente gratuita, un expediente utilizado de forma caprichosa para eludir su aplicación y recalar en la ley del foro. En este sentido, es reseñable el esfuerzo de la AP de Burgos en sentencia de 30 de julio de 2007, que aplica Derecho español después de estudiar el fondo documental disponible en la página web del CGPJ, o el de la AP de Gerona en la de 7 de junio de 2004, que ante la insuficiencia probatoria concede a las partes un plazo para subsanar. Permitásemos en fin reseñar la ingeniosa sentencia de la AP Alicante de 22 de noviembre de 2002, que aplica Derecho español en lugar del inglés reclamado por la norma de conflicto a partir de la constatación del prolongado periodo de separación de hecho y de la presunción de que en cualquier ordenamiento tal circunstancia es causa de divorcio («es de sentido común», afirma): Presunción correcta en cuanto a la concurrencia de las causas, voluntarismo puro para todo lo demás.

de que el Derecho ha entrado ya en escena, va de suyo que las dudas que subsistan pueden disiparse mediante diligencias finales (art. 435.2 LEC), lo mismo que las modificaciones legislativas sobrevenidas a lo largo del procedimiento (art. 435.1.3º LEC); lo que no puede pretenderse es que su prueba quede confinada a esta fase, cuando el debate ha debido ya concluir en lo esencial⁷². Ni que decir tiene que en este sector no vale el acuerdo de las partes en cuanto a estas cuestiones.

Se delinea por lo tanto un triple nivel de exigencia: Para los Estados de la UE la facilidad de obtención de prueba es máxima y mínimo el coste, con lo que parece razonable afirmar que en este ámbito no hay excusa a la aplicación de la ley extranjera designada por la norma de conflicto; en un segundo nivel, aquellos sistemas respecto de los cuales funcionan los convenios sobre información del Derecho (Londres, convención interamericana) o los bilaterales de asistencia jurídica en general, en los que el regreso a la ley del foro sólo cabe si es expresamente justificado⁷³; en un tercer nivel, Estados con los que no existe instrumento de cooperación, para los que la aplicación de la ley del foro no será tan extraña (aunque no es inexorable: piénsese que, por ejemplo, Cuba y Andorra figuran en este grupo, y no parece demasiado difícil conocer sus ordenamientos).

Distingamos sin embargo dos situaciones que no encajan en estas hipótesis:

- a. El desconocimiento de una institución no puede equipararse a la inexistencia de normativa sobre un concreto tema (aquí la prueba de un hecho negativo es muy sencilla, basta un informe). Si la situación de crisis debe quedar disciplinada según nuestras normas de conflicto por un ordenamiento en el que no se regula, *v. gr.*, la separación, no hay por qué aplicar el Derecho español. Es simplemente que las partes no han formulado correctamente el *petitum* de su demanda, han pedido lo que no se les puede conceder (salvando las evidentes distancias, es parecido a la restricción de la reconvencción en el art. 770 LEC). Existe una opción de fondo del legislador extranjero para que las parejas *modifiquen* su vínculo conyugal a través de unos concretos cauces y no otros, por lo que imponerle la respuesta sustantiva del foro significa desconocer tal opción. Lo que pudo tener cobertura en el art. 107 CC⁷⁴ ya no la encuentra en el RRIII. En definitiva, procederá en estos casos desestimar la demanda.
- b. La contrariedad al orden público del foro es otra historia. Si en tal supuesto se tiene que dar una solución acudiendo al Derecho español es porque previamente se ha probado la ley extranjera normalmente aplicable, se ha podido comparar con la propia y se ha concluido que sus soluciones son intolerables⁷⁵. No vale decir que al fin y al cabo las partes lo conocen y que la doble argumentación (una para información del Derecho y otra para demostrar su contrariedad al del foro) es un dispendio, más aún si se considera que el juicio es para el caso concreto, sin condenar *a priori* a un ordenamiento. Otra cosa distinta es que del material probatorio obrante en autos (*v. gr.*, una resolución extranjera procedente de los tribunales de ese país y que aplique su propia ley) pueda deducirse con mediana claridad cuáles son las líneas básicas de ese ordenamiento⁷⁶. Por lo demás, teniendo en cuenta los intereses públicos en presencia, así como no vale el consenso de las partes en cuanto al tenor del ordenamiento extranjero, tampoco valen los pactos sobre lo relativo a su contrariedad al del foro. En definitiva: Falta o insuficiencia de prueba no legitiman para acudir a esta excepción; no hace falta insistir en

⁷² Dicho en negativo: Si antes no se ha tenido resultados positivos en las indagaciones, no parece que este sea el momento idóneo para dar entrada a un ordenamiento extranjero, so pena de abrir una nueva fase de alegaciones que prolongaría desproporcionadamente el proceso.

⁷³ Dada la imprecisión de las normas convencionales en este punto, puede trasladarse razonablemente a este sector el plazo de espera de seis meses desde la solicitud de asistencia que se utiliza en el ámbito de las notificaciones (salvo norma expresa que disponga otra cosa). Durante ese plazo el tribunal puede dar una respuesta decretando unas medidas provisionales ajustadas a la ley del foro.

⁷⁴ *V. gr.*, SSAP Barcelona 3 de junio de 2008 (Derecho alemán) y AP Gerona de 6 de octubre de 2006 (considera hecho notorio exento de prueba la ausencia de normativa sobre la separación en el Derecho marroquí).

⁷⁵ Sin prueba la excepción no puede entrar en juego: SAP Cádiz de 4 abril de 2006 (se trataba de un caso de reconocimiento de resoluciones marroquíes de divorcio).

⁷⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Crisis matrimoniales internacionales: Foro de necesidad y Derecho extranjero", *REDI*, 2004, p. 243.

que el iter argumentativo del tribunal debe ser construido y exteriorizado de forma diferente en ambas situaciones⁷⁷.

18. Llegados a este punto, una vez que el actor puede dar por descontado que no va a ser “castigado” por su inactividad en materia de prueba de ley extranjera (en particular, la demanda no va a ser desestimada), la pregunta es qué incentivos tiene para invertir en información sobre ella. ¿No es mejor socializar el gasto? ¿Es lo mismo esforzarse en probar que no hacerlo? Desechemos de entrada el lugar común de que este coste lo pagamos todos: Los gastos se repercuten en los litigantes⁷⁸. Existen además –a mi juicio– dos razones para ajustarse a la norma de conflicto. Una estriba en la velocidad del proceso, otra en la corrección de la respuesta: a) Si se parte de la imperatividad de la norma de conflicto y de que el juez va a aplicar siempre el Derecho reclamado por ésta, y tratándose de litigios generalmente marcados por la necesidad –o al menos el deseo– de rapidez de la respuesta, es diáfano que llegar al proceso con “los deberes ya hechos” y sin dejar espacio a la duda jurídica acelera la decisión. Si no se hace así, el órgano judicial se verá forzado a realizar averiguaciones que la retardarán; b) También desde ese punto de partida, es importante tener la certeza de que el juez va a aplicarlo de forma correcta: Se puede dejar al tribunal español la tarea de investigarlo y que lo aplique a tenor del resultado de sus investigaciones –mejor o peor– o trasladarle un conocimiento exhaustivo y sin margen de error. Si la contraparte quiere discutir el resultado de la prueba tendrá que hacerlo con plazos limitados, y si durante ellos no consigue trasladar la duda al juez puede tener la seguridad de que la resolución asumirá la prueba reputada suficiente.

Ahora bien: Lo que sí es cierto es que si a los particulares les resulta indiferente un sistema u otro (claro que para sacar esa conclusión debe existir un mínimo conocimiento previo de ambos, que permita comparar) o simplemente no desean invertir en algo con fama de críptico o que presumen caro, potentes incentivos no existen. La hipotética condena en costas, como hemos visto, no sirve de mucha ayuda.

19. La clave se desplaza, pues, a ese dar entrada a la ley extranjera en el proceso, y ahí hay tres *palancas* de activación: La primera es el comportamiento de las partes, claro. En esto no difiere un proceso de familia de cualquier otro proceso de Derecho privado. En lo que sí difiere es en que aquellos mentados intereses públicos permiten reaccionar a la falta de invocación de la ley extranjera aplicable. Si los litigantes guardan silencio sobre la ley extranjera eventualmente aplicable quedan dos posibilidades: a. Se habla de litigios cuyo grupo estadísticamente más numeroso viene representado por aquellos en los que el Ministerio fiscal interviene de un modo u otro (arts. 749 y 777.5 LEC, es decir, divorcios y separaciones con hijos menores o incapacitados, además de los de nulidad, numéricamente irrelevantes; el número de casos de separaciones y divorcios de incapaces o de ausentes es ridículo), con lo que o bien disfruta de las mismas facultades y cargas que cualquiera de los cónyuges litigantes o bien, al menos, puede realizar las alegaciones que cuadren con el interés de los incapaces y en todo caso controlar la adecuación de lo hecho a la ley (parte, representante o dictaminador)⁷⁹; en la medida en que no puede alinearse con ninguna de ellos, es inimaginable que no saque a relucir el elemento conflictual, lo hayan hecho o no los contendientes. Desde ese momento lo internacionalprivatístico hace acto de presencia y se expande a los sectores colindantes, gracias a la labor del juez. b. Fuera de esos litigios tipo o cuando el ministerio fiscal se haya limitado a pedir que continúe la instrucción del proceso, como es desgraciadamente habitual, la introducción de la ley extranjera compete al juez (o al letrado de la administración de

⁷⁷ Ejemplar la SAP Madrid de 28 de septiembre de 2000, que investiga de oficio del Derecho iraní, detecta su contrariedad al orden público y aplica el Derecho del foro.

⁷⁸ Es usual afirmar que las inversiones ocasionadas por el conocimiento de una ley extranjera deben ser satisfechas por los litigantes, porque sólo a ellos interesan, y que la aplicación de oficio de la ley extranjera supone una injustificada subvención a los privados. Matices: Prueba de oficio no es lo mismo que pago por el Estado. Hay procedimientos de información del todo gratuitos (el Cendj o la cooperación de algunas autoridades extranjeras, por ejemplo); segundo, los informes periciales encargados de oficio se repercuten en costas. Lo del pago por el conjunto de la sociedad es un mito (véanse los arts. 6 y 15 del Convenio de Londres o el art. 35.5 LCJI). Otra cosa es que se pueda discutir si tal vez el legislador yerra al sancionar la imperatividad del razonamiento conflictual.

⁷⁹ Téngase presente el art. 6 del Estatuto orgánico del ministerio fiscal (principio de legalidad). La salvaguarda del interés del menor al que alude el art. 749 LEC no le deja margen para apreciar cuál es la *better law*.

justicia en los casos del art. 777.10 LEC). El cómo se resuelve en la directa emanación de una resolución explicando sus conclusiones en este punto (*vid. infra*), aunque cabría admitir que si se está en las fases iniciales del proceso se puede echar mano de los arts. 429 y 752 LEC como instrumento forzado, indirecto (no creo que exista nadie será tan ingenuo como para creer que el legislador pensaba en clave de Derecho internacional privado cuando los elaboró) pero útil para indicar a las partes que se debe probar la ley extranjera o decreto sin más la prueba (en las materias indisponibles)⁸⁰, sobre la base de la previa asunción de su aplicabilidad. Que el juez pueda realizar esta tarea es evidente, y más en las materias sustraídas a la disponibilidad de las partes^{81, 82}. Su único límite es el respeto del contradictorio y que no se altere el contenido de las pretensiones⁸³. En los procedimientos de los que estamos tratando el margen de libertad del que dispone el órgano judicial es extraordinario, y por ello a su amparo puede ordenar que se practique prueba sobre cualquier hecho *alegado o introducido de otra manera*.

20. Va de suyo que queda fuera de este cuadro una situación tan patológica como frecuente: Cuando las partes, el ministerio fiscal y el juez se mueven al margen del ordenamiento jurídico. En la práctica comprobamos que la inercia es muy poderosa. Es más fácil, rápido, barato y certero aplicar el Derecho del foro, mejor que uno extranjero. No existe aquí sanción posible, más allá de unos evanescentes e improbables problemas de eficacia extraterritorial de la decisión, en los sistemas que controlan la ley aplicada (*vid. supra*).

4. El control de las conclusiones sobre qué ley es aplicable

21. En otro orden de cosas, el problema es si el debate se centra en la identificación del ordenamiento aplicable, lo que no debe resultar del todo marginal a la vista de los conceptos utilizados⁸⁴ o del empleo de cláusulas de escape⁸⁵ o de naturaleza incalificable⁸⁶. Va de suyo que es un tema distinto a la problemática tratada, porque aquí lo controvertido es la interpretación de una norma (la de conflicto) española, esto es, Derecho del foro, que no requiere prueba. La salvaguarda de los derechos fundamentales en el proceso justifica la oportunidad de habilitar una fase en la que el juez pueda anticipar sus conclusiones en cuanto a ley aplicable y permitir la discusión en torno a este punto, pero, ya que no existe en España un antejuicio de derecho internacional privado ni instancia alguna en la que el juez pueda analizar los hechos y desarrollar el razonamiento de subsunción en una norma de conflicto (no lo es la audiencia previa, que además no existe en los procesos analizados), no queda sino utilizar los resquicios de interacción ente los particulares y el órgano judicial que permite la ley rituaría. Aquí los condicionamientos son recíprocos: Existe una completa imbricación entre el resultado del razonamiento conflictual y el contenido de la prueba, en tanto en cuanto de cuál sea el Derecho aplicable depende la precisión de qué extremos deben ser probados, y al revés (*v. gr.*, en Derecho español no hay que probar los elementos fácticos que integran la causa de un divorcio, pero sí en otros sistemas, como vimos: La identificación de los hechos necesitados de prueba depende de cuál sea el régimen legal). Por lo tanto, hay que precisar aquel con tiempo suficiente

⁸⁰ Que no es algo exótico se deriva de su alineación con los arts. 282 y 443.3.II LEC.

⁸¹ No deja de ser expresivo de la sensibilidad judicial en este ámbito (y de los espacios que permite el ordenamiento patrio) un dato ofrecido por J. PICÓ JUNOY en "Causas de la falta de aplicación judicial del Derecho extranjero" (*Justicia*, 2011, p. 68): Realizada una encuesta entre jueces y magistrados a propósito de la problemática indicada en el título de su artículo, queda claro que el único sector en el que excepcionalmente se aplica de oficio la ley extranjera es en el del Derecho de familia. La idoneidad de ofrecer un tratamiento separado del tema que nos ocupa en los procesos ordinarios y los especiales fue subrayada igualmente en F. GARAU SOBRINO, "La prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley de Enjuiciamiento civil", *RGD*, 2001, pp. 2350 ss.

⁸² Ya el ATC 127/1986, del 12 de febrero de 1986 proclamaba la «amplia discrecionalidad que caracteriza los procedimientos en materia de familia».

⁸³ SSTS de 2 de noviembre de 2011 y de 27 de enero de 20145, entre otras; SSAP Pontevedra de 17 de octubre de 2013 y de 29 de septiembre de 2013; SAP La Coruña de 30 de septiembre de 2013.

⁸⁴ Aunque en sede procesal, recuérdese la reciente STS de 21 de noviembre de 2017, centrada en la concurrencia del requisito de la residencia habitual del actor, o la de la AP Murcia de 12 de mayo de 2003, sobre la fijación de la residencia habitual del menor.

⁸⁵ *V. gr.*, art. 15.2 del convenio de 1996 sobre protección de niños.

⁸⁶ Caso del precitado art. 26.3 del reglamento 2016/1103

para que las partes sepan cómo tienen que conducirse, y eventualmente corregir o matizar las conclusiones sobre la marcha, lo que evidencia la trascendencia de tal interacción.

22. Así las cosas, pueden darse dos situaciones, la de unas partes que no han introducido el Derecho extranjero en el proceso y lo hace el juez –o el LAJ o el ministerio fiscal– y aquella en la que lo han hecho, siendo posible a su vez que coincidan plenamente en las conclusiones o que discrepen en cuanto a su identificación. Téngase en cuenta que con frecuencia no basta con la demanda para adquirir un conocimiento cabal de los datos que permitan decidir sobre cuál es la normativa aplicable, y que no será hasta la vista cuando se llegue a tener certeza sobre extremos tan relevantes como el lugar de residencia de alguna de las partes.

Si hay un momento inidóneo para incorporar el elemento conflictual es el decisorio. Descartado el trámite del complemento de sentencia por evidentes razones de respeto a la cosa juzgada, si el tribunal optara por aplicar una ley en ese momento, sin dar previamente a las partes la posibilidad de debatir y alegar en torno a ella, estaría generando con su sentencia una situación de clara indefensión, abocando a la declaración de nulidad de actuaciones (arts. 225.3º y 228 LEC). Una vez decretada, parece evidente que sería imprescindible suspender la eficacia de la resolución y reponer las actuaciones al momento de la vista, a la que llegarán los litigantes conociendo la decisión del juez en cuanto a ley aplicable (sería antieconómico forzar la convocatoria de las partes a una vista o notificarles una resolución –por ejemplo, una providencia motivada– con el único objeto de informarles sobre qué opina el juez en cuanto a ley aplicable) y podrán argumentar cuanto deseen, sobre ella, sobre eventuales alternativas y sobre el contenido de cada una de los ordenamientos en presencia.

23. Fuera de esa tesitura patológica, antes de la sentencia, conocidos los documentos y pruebas aportadas y practicada la vista, en principio el juez debería tener datos suficientes para construir su decisión, y se habrá hecho una idea sobre ese extremo controvertido. No obstante, si eventualmente no le quedara claro algún elemento de hecho trascendental, podrá indicar a las partes qué está huérfano de prueba y que deben aportarla, o bien decretarla de oficio (art. 752 LEC en relación con el 770.4ª II, 771.3 y 774.2 LEC). Permisaseme insistir en que de lo que se trata en un primer momento es de determinar las bases fácticas a partir de las cuales individualizar el Derecho aplicable, para pasar en otra fase posterior a probar los hechos que éste requiera para estimar o no una demanda.

Si las partes no han dicho nada sobre el aspecto que nos ocupa y se advierte en el curso del procedimiento que hay que dar entrada y aplicar un ordenamiento distinto al del foro, lo que corresponde es o bien suspender la vista al amparo del art. 193.1.4º LEC en relación con la causa séptima del art. 188 LEC o bien, después de concluida la vista, realizar una comunicación a los litigantes para que se informen y realicen sus alegaciones por escrito⁸⁷. A mi juicio ese tipo de comunicaciones a las partes debería revestir forma de auto (*ex art. 206 LEC*). Va de suyo que nada de esto está expresamente previsto en la ley, mas no es ajeno a la forma de funcionar de los tribunales⁸⁸. Del mismo modo, en fase de recurso el tribunal puede dar entrada al razonamiento conflictual, sin alterar los términos del debate (art. 456 LEC): En apelación, el art. 464.2 LEC prevé que se pueda convocar una vista aun no habiéndose pedido prueba, lo que no puede no ser porque se permite que el tribunal haga intervenir a las partes para dilucidar alguno de los aspectos controvertidos del litigio (la norma es suficientemente abierta como para tolerar su uso con múltiples fines, incluso los que no tuvo en mente el legislador). Por medio de esta resolución se informa a los litigantes de qué se trata y de qué se va a discutir. Y por supuesto se podrá evitar la celebración de una vista –costosa– y permitir alegaciones escritas.

Déense por reproducidas las mismas ideas, *mutatis mutandis*, si las partes han incorporado la referencia internacionalprivatística en sus escritos de demanda y/o contestación y la discrepancia versa sobre la identificación del concreto ordenamiento competente: El tribunal tiene que exteriorizar sus

⁸⁷ Lo mismo aparece expresamente previsto en el art. 16.3 NCPC francés: El juez decide conforme a las normas aplicables, pero «*Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations*».

⁸⁸ En realidad, la inspiración para esta solución es la admisión de conclusiones en el juicio verbal (art. 447.1 LEC) o conceder un plazo para realizar alegaciones cuando se practiquen diligencias finales (art. 436 LEC).

conclusiones y dar la oportunidad a los litigantes de argumentar al respecto, así como informarse sobre el contenido del mencionado ordenamiento⁸⁹.

Todo lo cual concluye con la firme determinación del régimen jurídico aplicable y la práctica de operaciones de averiguación sobre él. Por supuesto que si la prueba se obtiene de oficio debe darse traslado a las partes de sus resultados, habilitando un plazo para realizar alegaciones (para el peritraje, art. 346 LEC).

IV. Algunas cuestiones particulares del proceso matrimonial⁹⁰

24. Pretendo en las siguientes líneas subrayar que, a pesar de los breves plazos en que se desenvuelve el proceso matrimonial, hay espacio en la LEC para dar entrada al Derecho extranjero, así como algunas peculiaridades derivadas del carácter permanentemente revisable de los fallos y de las materias tratadas.

1. Medidas provisionales previas y coetáneas

25. Antes de la presentación de la demanda de nulidad, separación o divorcio, o junto con ella, se puede solicitar la adopción de medidas provisionales (previas en el primer caso, claro), conforme a los arts. 771.1 y el 773.2 LEC.

La cuestión previa es la de su ley rectora, pugnando el dato evidente de que son consecuencia de la presentación de la demanda y la evidencia de que su naturaleza y función es ancilar y meramente anticipatoria de las decisiones de fondo. Ambas gozan de cierto predicamento en nuestros tribunales⁹¹, y, como es evidente, sólo si se sigue el primer camino habrá de plantearse la cuestión de la prueba del Derecho extranjero. No es este el lugar para hablar de calificaciones; admitamos sólo que no se da por descontado el imperio de la *lex fori*, en la medida en que, como parece claro, responden a la forma en que el legislador español ha querido configurar la regulación de las crisis matrimoniales en nuestro ordenamiento. Un tribunal puede optar por adoptarlas en la forma y con el contenido que las regule la *lex causae*; en particular, sería anómalo establecer un régimen de visitas a menores residentes en el extranjero conforme a la ley patria. Sea como sea, en teoría, por ello, cuando se formula la solicitud la parte debe estar en condiciones de aportar la prueba del Derecho extranjero, e incluso se podría pensar que de no ser así podrá procurárselas en las sucesivas fases por las que atraviesa el procedimiento (la comparecencia posterior –ya con asistencia letrada de ambas partes–, los posibles diez días adicionales para practicar la oportuna prueba, art. 771.2 y 3 LEC; incluso en el momento de la confirmación o modificación de las medidas, art. 772 LEC), mas existen varios elementos que habilitan para pensar que este es uno de esos casos excepcionales en los que se flexibiliza la exigencia probatoria y se puede recurrir a la aplicación del Derecho español: Que se puedan solicitar sin asistencia letrada (un legislador racional no realiza esta previsión si no es porque exime de desenvolver el complejo razonamiento típico del método conflictual), a lo que se une la posibilidad de que medie urgencia (piénsese en los casos de violencia doméstica, casos en los que el juez tiene que pronunciarse sobre las cuestiones previstas en los arts. 64, 65 y 66 de la LO

⁸⁹ Recuérdese que en los procesos matrimoniales el error en cuanto a la identificación de la ley aplicable para las materias indisponibles no tiene consecuencias tan gravosas para las partes, porque se aboca en la aplicación de la ley del foro y no en la desestimación de las pretensiones.

⁹⁰ La LCJI no cambia nada sobre medios de prueba, como se apuntó. Valen los habituales (documental, pericial). Permítaseme remitir, para una visión general, a F. CALVO BABÍO, *Aplicación judicial del Derecho extranjero en materia de familia*, Valencia, 2010, pp. 36 ss.

⁹¹ Así la primera en la SAP Zaragoza de 8 de mayo de 2003 o el AAP Madrid 4 de septiembre de 2006. La solución procesal en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, 2016, p. 330; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/A. A. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho...*, op. cit., p. 458. También SAP Barcelona de 15 de junio de 2006. A juicio de quien esto firma, cada ordenamiento debe ser soberano para disciplinar la situación de crisis matrimonial desde el primer momento y hasta su culminación; los efectos previstos en los arts. 102 y 103 CC parten de la competencia de la ley española, como expresamente dispone el primero de ellos. Se puede aceptar que la falta de previsión de este tipo de medidas por la *lex causae* va contra el orden público del foro (cfr. R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales...*, op. cit., pp. 304 ss.), pero en todo caso tal aseveración toma como punto de partida la necesidad de probar y conocer el Derecho extranjero.

1/2004, o sea, básicamente las mismas que constituyen el objeto de las medidas provisionales), la celeridad con la que se pretende que sean adoptadas (como se apuntaba *supra*, los plazos son tan breves que el órgano judicial que ponga en marcha el mecanismo de información normalmente tardará bastante más de los previstos en la LEC, y sólo podrá otorgar tutela conforme a sus propios criterios legales; interesa organizar provisionalmente la ruptura, aunque sea de forma escrupulosa con el método conflictual, que ya será convenientemente incorporado en su momento) y la fuerte presencia de intereses públicos en esta materia que lleva a pensar que las únicas soluciones aceptables en el foro son o las nuestras o algunas homologables, de suerte que no pasa nada si directamente se acude a aquéllas.

26. Otra historia distinta es la suerte de esas medidas cuando se presente la demanda, art. 772 LEC. El objetivo es mantenerlas tal cual, mas si el apartado 2 de esta norma habla de “completar o modificar las medidas previamente acordadas” no puede no ser –además de en atención a las circunstancias de hecho que lo justifiquen– porque deben ajustarse a lo previsto en su ley rectora. La sujeción a la *lex fori* ya no encuentra en aquellos objetivos justificación alguna. Incluso más: Parece lógico que si no se consiguió obtener información sobre el Derecho extranjero en aquel momento se pudieron ya poner en marcha los instrumentos de averiguación que correspondan. Piénsese que en esta fase ya no se puede actuar sin asistencia letrada y que el art. 770 LEC exige la aportación junto con la demanda de “los documentos en que el cónyuge funde su derecho”⁹², lo que requiere, como mínimo, completar el correspondiente silogismo.

27. Sabido es que si no se hubiesen adoptado con anterioridad, las partes pueden solicitar con la demanda lo que estimen conveniente (art. 773 LEC). Ahora las razones que podían justificar la aplicación excepcional de la ley del foro ya no subsisten. Si no se dispone de información suficiente, siempre cabe la posibilidad de ordenar la práctica de la prueba en el plazo de diez días previsto en el art. 771.3 LEC. A reserva de algunos sistemas más lejanos, es razonable prever que durante esos días se puede llegar a obtener información suficiente⁹³, pero en cualquier caso, es menester reinterpretar la disposición para adaptarla a las peculiaridades del problema tratado. Los diez días deben ser referidos al plazo durante el cual se ordena la práctica de la prueba (esto es, se pone en marcha el mecanismo indagatorio), no necesariamente el plazo para obtener resultados (repárese en que con frecuencia los informes oficiales que se obtengan deberán ser traducidos; en este sentido, hay que valorar la preferencia por una pericial de oficio), por lo que insistir en el límite de diez días convierte en ilusorio el papel de la remisión. Sólo si no se tiene éxito se podrá recurrir a la ley española.

Desde este momento ya se entra claramente en materias en las que la aplicación de la ley reclamada por la norma de conflicto es la regla, y por eso, para no generar apariencia de arbitrariedad de las decisiones, es importante que el juez exponga cuáles son sus fuentes y procedimientos de conocimiento, además de las razones por las que entiende que hay suficiente prueba.

2. De la demanda a la sentencia firme

28. La dimensión internacionalprivatística a veces no se manifiesta con los primeros escritos. ¿Qué se puede hacer después de esas primeras fases? Pues bien, partiendo de la doble consideración de que el Derecho extranjero es sometido al tratamiento de los hechos y de que ha podido irrumpir en el juicio a iniciativa de las partes o del propio juez (o del ministerio fiscal cuando actúe o del LAJ en los casos sometidos a su competencia), es claro que en nada produce indefensión a las partes que al amparo del art. 752 LEC se decrete de oficio cuantas gestiones sean conducentes a su acreditación, de modo que si las partes no han llegado a la vista con esa tarea ya cumplimentada, el tribunal las ordenará en ese momento⁹⁴. Conviene no errar el tiro centrando la atención en el art. 429.1 LEC, que llega a la conclu-

⁹² *Vid. supra* AAP Tarragona de 6 de julio de 2007.

⁹³ Permítaseme sólo un ejemplo de la experiencia personal: El Tribunal supremo peruano tiene un sistema personalizado y exhaustivo de información sobre su propio Derecho. En el caso del que hablo, la respuesta fue inmediata.

⁹⁴ Por eso se admite que en la demanda o contestación, mediante otrosí, se solicite al tribunal la obtención de los documentos necesarios (en este caso, aquellos en los que conste la tan mencionada prueba del Derecho), para tenerlos disponibles en el momento de la vista.

sión de que el principio de preclusión probatoria impide ordenar –precisamente– aquellas que mejor se adaptan a la peculiar prueba de la ley extranjera, es decir, documental pública y pericial, en la medida en que deben aportarse junto con los escritos de instancia (demanda y contestación)⁹⁵. El art. 752 LEC por su lado no recoge restricción alguna, y tiene su complemento en el 774.2 LEC, yendo en la línea de lo específicamente previsto en el art. 339.5 LEC (pericial de oficio en los procesos matrimoniales), en el bien entendido de que si puede ordenar una pericial también podrá solicitar cuantos documentos públicos sean necesarios (o sea, activar los instrumentos –convencionales o no– sobre información).

Será normalmente a través del expediente de la suspensión o la interrupción de las vistas como identificaremos el momento en el que debe ponerse en marcha el proceso de obtención de tales pruebas. O sea, pueden darse las siguientes situaciones:

- Desde el primer momento se dispone de información suficiente sobre la ley extranjera, y las medidas previas se ajustan a ella: El proceso continúa con normalidad.
- Si, como es normal, las medidas provisionales previas han sido adoptadas y ahí no se ha suscitado cuestión alguna sobre la ley extranjera: Si es con la presentación de la demanda o la contestación cuando el juez detecta la sujeción a una ley extranjera y/o la falta de prueba, lo comunicará a las partes por medio de auto (*vid. supra*). Cuando sea firme se habrá de postponer la celebración de la vista hasta el momento en que se disponga de informaciones sobre la ley extranjera. Si se hubiera señalado ya día para la vista se puede suspender, sea por común acuerdo de las partes (art. 188.1.3 LEC) sea por las necesidades del servicio (art. 188.1.7 LEC).
- Si es a lo largo de la vista ya iniciada cuando se llega a concluir en el sentido de la aplicabilidad de un Derecho extranjero, sólo cabe su interrupción, para lo que ofrecen cobertura normativa tanto el número 2 como el 4 del art. 193.1 LEC. El plazo del mes del art. 770.4 LEC se antoja un tanto breve (*vid. supra* a propósito del 771.3); si el 134 permite su ampliación en beneficio de una parte no veo por qué no puede el tribunal hacer lo propio para alcanzar el imperativo conocimiento de la ley extranjera.

Añádase a todo esto que la internacionalidad puede sobrevenir como consecuencia de la formulación de una reconvencción (por ejemplo, un divorcio puede quedar legítimamente sometido a la ley del foro como ley de la residencia habitual común de los cónyuges mientras que la nulidad queda disciplinada por la ley nacional de uno de ellos). El razonamiento no cambia, pudiéndose trasladar, *mutatis mutandis*, esas mismas orientaciones.

Permítaseme añadir un matiz sobre el interrogatorio de las partes durante la vista, enlazando con lo referido más arriba. Es sabido que en el sistema procesal español no se admiten las preguntas relativas a las causas del divorcio⁹⁶, mas cuando se pretenda acreditar que la ley rectora de la crisis pertenece a un sistema causal (o cuando este extremo haya sido ya demostrado) la forma de conducir el interrogatorio cambia completamente. Será necesario por tanto que el juez actúe con flexibilidad en la fase inicial del interrogatorio, cuando existan indicios de internacionalidad, y hasta que se haya llegado a una conclusión sobre ley aplicable. Por supuesto que sólo desde el momento en que se concluya que la *lex causae* es del tipo de la española (o que se aplica la ley del foro) se habrá de cortar cualquier pretensión de indagar en detalles irrelevantes. Esto corrobora lo que ya se dijo más arriba: El uso de las diligencias finales para conocer la ley extranjera tiene una utilidad muy discutible, porque lo primero de todo es saber cuál es el terreno donde se va a jugar el partido.

Por último, la LEC diseña el contenido mínimo de la sentencia en su art. 774.4 LEC (hijos, vivienda familiar, cargas del matrimonio y disolución del régimen económico) pensando en el Código civil. Pero como el legislador extranjero es soberano para regular o no determinadas consecuencias de una

⁹⁵ SSAP Castellón 16 de enero de 2009, Tarragona 25 de abril de 2005. Sobre las interpretaciones judiciales del art. 429 LEC, B. PELLICER ORTIZ, “La sugerencia judicial de pruebas del art. 429 LEC”, en J. PICÓ JUNOY y otros, *La prueba civil a debate judicial*, Madrid, 2018, pp. 52 ss. Como pone de relieve, una interpretación estricta vacía de contenido a la norma.

⁹⁶ *Vid.* X. ABEL LLUCH, “La prueba en los procesos de familia”, en J. PICÓ JUNOY, *La prueba civil: aspectos problemáticos*, Barcelona, 2017.p. 118.

crisis matrimonial, habrá que estar al resultado de la prueba de la ley extranjera para conocer la extensión material de las resoluciones del foro, sin perjuicio de valorar la eventual contrariedad a nuestro orden público del vacío normativo, más verosímil en punto a consecuencias personales que en las patrimoniales.

29. Es sabido que las circunstancias tenidas en cuenta para dictar sentencia pueden cambiar a lo largo del tiempo, y por ello el art. 775 LEC arbitra un procedimiento específico para que se solicite la modificación de las medidas definitivas. También es sabido que la estimación de la demanda depende de la demostración de que el cambio ha sido sustancial, sobrevenido, imprevisible en el momento del fallo e independiente de la voluntad del demandante. Nos plantearémos dos cuestiones: Si, ante la imposibilidad inicial de conocer el tenor de la ley extranjera y la consiguiente aplicación del Derecho del foro, el conocimiento sobrevenido puede fundar una demanda de modificación de medidas y, en segundo lugar, si el propio cambio de la norma aplicada es suficiente para tal fin⁹⁷.

- a. La ubicación *a posteriori* del debate en su espacio jurídico correcto tiene indudable trascendencia. *Prima facie* parece además apta para satisfacer los demás requisitos del catálogo apuntado. Sería como mucho discutible la imputabilidad a la parte del desconocimiento inicial, porque siempre cabe la duda de si hizo todo lo que pudo por allegar la prueba de la *lex causae*, mas desde el punto y hora en que se asigna al tribunal una función supervisora del proceso y que la responsabilidad no es exclusiva del litigante, el planteamiento no resulta defendible: Si un dato no llega a ser conocido no será nunca por la mera negligencia de un litigante. O sea, la información sobrevenida cabe en el art. 775 LEC.

Puede darse, pues, que se reciban informes sobre la ley extranjera solicitados por el tribunal que no llegaron en un plazo razonable (cooperación internacional, raramente dictamen pericial de oficio); puede darse que la ley sea probada *a posteriori* por uno de las partes. En base a ellos habrá que realizar la doble operación de constatar su influencia en el fallo (aunque sea lo más escrupuloso técnicamente y lo que mejor satisface las consecuencias de la imperatividad de la norma de conflicto, no parece razonable –por antieconómico– formular una demanda que tienda sólo a corregir las referencias al ordenamiento aplicable, algo cosmético inidóneo para modificar los pronunciamientos sustantivos) e iniciar, en su caso, quien esté legitimado para ello el oportuno procedimiento de modificación, en los términos previstos en el art. 775 LEC. Parece evidente que las motivaciones de unos y otros serán distintas para instarlo, y mientras que el ministerio fiscal actúa asépticamente, en “interés del Derecho” en caso de nulidad matrimonial y del menor en los demás supuestos en que actúa, los cónyuges lo harán impulsados por la esperanza de mejorar su posición patrimonial o de los hijos a su cargo (eso es estímulo suficiente) o el nivel de relación con éstos.

Por lo demás, si se acepta que cuando un litigante aporta *a posteriori* la prueba del Derecho extranjero es porque le favorece, sería absurdo pensar que no lo ha hecho antes por pura estrategia oportunista y que por lo tanto no concurre el requisito de la ajenidad. Sería preciso que la contraparte probara la mala fe.

- b. Por lo que se refiere a la segunda cuestión, una reforma legal es un hecho nuevo que reúne aquellas condiciones y que provoca también un cambio sustancial⁹⁸, pero en este caso será imprescindible probar no sólo las nuevas soluciones sino también –y muy fundamentalmente– las disposiciones de Derecho transitorio, para no aplicar esas normas más allá de la voluntad del legislador.

30. Un apunte final sobre la segunda instancia (trsladable a los recursos extraordinarios): Sigue siendo válido el principio de base, o sea, la imperatividad de la norma de conflicto y la necesidad de que, si es necesario, el órgano judicial tome la iniciativa para informarse sobre contenido y vigencia de la ley extranjera. Dejando de lado –por obvia– la posibilidad de que la Audiencia pueda controlar las conclu-

⁹⁷ Va de suyo que, una vez dictada sentencia, la modificación del criterio de conexión es irrelevante. Un eventual problema de conflicto móvil no existe.

⁹⁸ En este sentido, F. J. PEREDA GÁMEZ, “La prueba en segunda instancia”, en J. PICÓ JUNOY y otros, *La prueba civil...*, op. cit., p. 303. Se podría aducir además la analogía con el art. 271 LEC.

siones sobre ley aplicable, las discrepancias sobre interpretación del Derecho extranjero efectivamente probado o la no activación de los mecanismos de asistencia judicial sobre información⁹⁹, la nota peculiar de los procesos matrimoniales viene dada de nuevo por el juego del art. 752 LEC, es decir, la introducción o rectificación del Derecho internacional privado por el tribunal y la viabilidad de la prueba de oficio de la ley foránea. Aquí no funciona la regla de la preclusión; es irrelevante si los hechos no fueron introducidos en el momento procesal oportuno¹⁰⁰. La norma habla de decidir conforme a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o incorporados de otra manera al procedimiento, y en el apartado 3 despeja dudas al extender esas soluciones a la segunda instancia. En consecuencia, lo único que se pide es respeto del contradictorio (que no se alteren los términos del debate¹⁰¹), de la misma forma que se hacía en primera instancia, lo que pasa por comunicar a las partes la decisión sobre ley aplicable y darles la oportunidad de realizar alegaciones al respecto. Las exigencias y posibilidades son las mismas, nada cambia sustancialmente, por lo que a lo dicho más arriba me remito.

3. El limitado alcance de la autonomía de las partes

31. Bastará una breve indicación; seguramente es innecesario detenerse en este tema. Ya sabemos que en este ámbito material las facultades dispositivas de los particulares son mínimas, hasta el punto de que tampoco en un procedimiento no contencioso tienen plena disponibilidad sobre el objeto litigioso; que se busca la verdad sustantiva; que se ha colocado en el frontispicio del sistema conflictual la voluntad de aplicar la ley (extranjera en su caso) realmente reclamada, con su exacto tenor. Quiere ello decir que no caben pactos entre los litigantes en cuanto al contenido y vigencia de la *lex causae*. El párrafo cuarto del tan mencionado art. 752 LEC es diáfano al respecto. No se puede por esta vía subvertir las restrictivas normas sobre elección de ley contenidas en reglamentos y convenios, habilitando para ordenar la práctica de prueba sobre hechos admitidos por ambas partes pero carentes de ella.

En la misma línea, la rebeldía no puede convertirse en el expediente por medio del cual se den por probados unos hechos o unas normas objetivamente aplicables (a salvo materias patrimoniales, art. 751.3 LEC). Y va de suyo que idénticas restricciones e imperativos existen cuando el proceso sea de común acuerdo o sea competente el LAJ (art. 777 LEC), de modo que en presencia de elementos jurídicamente heterogéneos el control judicial de los acuerdos se tendrá que realizar usando como referente la ley reclamada por la norma de conflicto. A este respecto, si con la solicitud inicial no se aporta prueba del Derecho aplicable o resulta insuficiente (o esta cuestión surge después y es evidenciada por el tribunal –*vid. supra*–), el plazo de diez días al que se refiere el art. 777.4 LEC debería ser idóneo para proveerse de las informaciones necesarias o al menos cursar las solicitudes de información que se requieran, como se apuntó. Desde luego no resultaría correcto dictar sentencia o decreto que homologue el acuerdo sin completar previamente el razonamiento conflictual.

Puede darse que el juez considere aplicable una ley distinta de la tenida en cuenta por las partes a la hora de redactar su convenio, lo que incide en la posibilidad de presentar recurso de apelación (sólo es apelable lo modificado o en caso de denegación, art. 777.8 LEC). En tal caso: a) Si se informa a las partes y lo reajustan al Derecho retenido aplicable: La sentencia no es apelable; b) Si las partes discrepan en cuanto a la ley rectora de su divorcio o separación, como vimos, cabrá recurso de apelación frente al auto que contenga tal precisión; c) Si no se ha dado a las partes la oportunidad de reajustar el pacto, aparte la eventual denuncia de la indefensión producida, la decisión es susceptible de apelación en cuanto al fondo de los pronunciamientos.

31. ¿Cómo incide –si es que incide– la elección de ley reguladora de la separación o el divorcio en la prueba de su contenido? Se puede hacer una construcción que, partiendo de la doctrina de los actos

⁹⁹ Así, el ATS 2 de noviembre de 2011.

¹⁰⁰ En este tema seguimos a J. BANACLOCHE PALAO, “Comentario al art. 752”, en A. DE LA OLIVA SANTOS y otros, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001, p. 1270; idem, “El ámbito de aplicación de la regla de la preclusión del artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Revista de Derecho Procesal*, 2009, pp. 66-67.

¹⁰¹ STS 17 de abril de 2015, ATS 14 de septiembre de 2010, STS 14 de octubre de 2014.

propios, impute una mayor facilidad probatoria (o sea, art. 217 LEC) a los participantes en el acuerdo, en el sentido de asignarles en exclusiva la carga de probar tal orden jurídico. El silogismo sería éste: Si lo han elegido es porque la conocen, y en todo caso los ordenamientos elegibles en el RRIII expresan una considerable cercanía a sus vicisitudes personales; en consecuencia, el tribunal no tendría obligación de cooperar de cara a obtener informaciones, y como la sublimación de la imperatividad de la norma de conflicto impide aplicar la ley del foro, la única respuesta judicial posible en estos casos sería la desestimación de la demanda.

Ahora bien, hay razones para trasladar a este supuesto la solución general: a) Una lectura tan estricta peca de cierta desvinculación con la realidad: Dos legos perfectamente ignorantes del Derecho pueden elegir la ley rectora de su divorcio por influencia de sus abogados, mientras vivían en un país distinto al del foro actual; o pueden haber optado por una ley –la de su nacionalidad– que no conocen en absoluto. Imputarles el conocimiento del Derecho (de cualquiera) es artificial; b) A lo sumo se puede aceptar que conocen más o menos aquello que eligen, pero hay que recorrer un largo trecho para pasar del conocimiento a la prueba en un proceso, y más teniendo en cuenta la restricción de medios que ha consolidado la práctica judicial; c) En el litigio aparecen envueltas diversas materias ajenas al principio dispositivo (de régimen económico no se habla aquí), y no para todas cabe elegir la ley: ¿Se va a investigar y aplicar de oficio el Derecho extranjero para unas sí y no para otras?; d) Esa construcción termina por desincentivar las ventajas de seguridad jurídica inherentes de toda *electio iuris*; e) La ley no distingue cuándo se debe investigar y cooperar y cuándo no, y parece razonable que en caso de duda haya que estar a la solución que mejor realice los principios que estructuran el modelo.

V. El divorcio notarial

32. Siguiendo el ejemplo de una multitud de ordenamientos americanos y europeos, desde 2015 se admite en España, como es sabido, la separación y el divorcio ante notario¹⁰². Si la crisis afecta sólo a dos sujetos plenamente capaces, parece razonable ofrecerles la posibilidad de desjudicializar el conflicto¹⁰³, y aunque el art. 10 LJV hable exclusivamente de órganos judiciales, la sujeción del notario a las normas de competencia judicial y las de conflicto de leyes está fuera de duda (art. 3.2 RRIII), siendo reglas imperativas que no distinguen ámbitos funcionariales¹⁰⁴.

33. Existen dos datos previos, con evidente transcendencia en el tema del tratamiento de la ley extranjera. El primero para descartar (o sea, lo que no hace falta probar): Nos resulta indiferente si en el Derecho reclamado por el RRIII (por pura lógica, el primer bloque de normas de conflicto a consultar será éste) permite acudir a esta forma de composición de intereses, si se admite o no la separación y el divorcio notarial. Ese es un problema de validez extraterritorial de documentos públicos que cada sistema ventilará según sus propias concepciones. Una vez el foro español pueda conocer de una situación de crisis, se ofrecen los cauces legales disponibles, a todos por igual. La situación es parecida a la del matrimonio entre personas del mismo sexo: La DGRN tiene muy claro que no es función de los órganos judiciales españoles preocuparse por la eficacia extraterritorial de los productos jurídicos patrios¹⁰⁵. Los particulares saben –o deberían saber– a quién acuden, qué es lo que hacen y el alcance de lo que se les ofrece.

¹⁰² Artículo 54 de la Ley del notariado: «1. Los cónyuges, cuando no tuvieren hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de ellos, podrán acordar su separación matrimonial o divorcio de mutuo acuerdo, mediante la formulación de un convenio regulador en escritura pública. Deberán prestar su consentimiento ante el Notario del último domicilio común o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los solicitantes».

¹⁰³ Cfr. G. CARMELINO, “Crisi familiare e degiurisdizionalizzazione”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 2018, p. 489.

¹⁰⁴ Otro tanto dígase para la competencia judicial internacional: L. BUSTILLO TEJEDOR/J. M. GÓMEZ RIESGO TABERNERO DE PAZ, “Eficacia de la escritura notarial de separación/divorcio”, en G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (ed.), *Separaciones y divorcios ante notario*, Madrid, 2016, pp. 208 ss. Expresa igualmente esa necesidad de sujeción a la norma de conflicto F. GOMÁ, si bien sus conclusiones se me antojan algo desenfocadas: Vid. “Escritura de divorcio ante Notario de mutuo acuerdo”, en www.notariosyregistradores.com/

¹⁰⁵ El encargado del Registro civil español no debe convertirse en guardián del Derecho extranjero, señalaba la Resolución circular de 29 de julio de 2005.

En segundo lugar, en el plano de los efectos, el ámbito de materias que pueden ser objeto de estas escrituras. Mientras que en el ordenamiento español el núcleo de temas sobre los que tiene competencia el notario es muy reducido, en otros sistemas se admite la separación y el divorcio notariales aun en presencia de hijos menores o incapaces¹⁰⁶, lo que exigirá activar, además, las disposiciones del precitado Convenio de La Haya¹⁰⁷. O sea: El objeto de la prueba no queda circunscrito por las materias abiertas a la actividad notarial en el Derecho del foro.

34. La normativa notarial es del todo ajena al fenómeno internacionalprivatístico. No hay ni una sola disposición sobre el momento en el que deba probarse la ley extranjera, o la eventual necesidad de suspender el acto de otorgamiento en tanto en cuanto se obtienen informaciones. Por consiguiente, no queda más que acudir a las reglas generales, sin caer en la tentación de construir a partir de una pretendida analogía con el art. 777 LEC (aun reconociendo las similitudes entre ambas situaciones), que comportaría reintroducir las dilaciones que se quiere evitar. Prima la unidad de acto, y, si un divorcio queda sometido a una ley extranjera, los cónyuges y sus letrados, por tanto, han de aportar al notario toda la documentación necesaria para el otorgamiento de la escritura. La doctrina generalmente aceptada subraya que no se aplican las soluciones del art. 281 LEC, que el RH es norma especial que prevalece sobre las reglas de la LCJI, que vale el conocimiento privado del profesional, que si no lo conoce encarga a las partes que le provean la información, que la indagación de su contenido no es una obligación sino una facultad, pero que podrá desenvolverse incluso cuando no haya sido invocado por las partes, que no es necesario probar el Derecho extranjero si están de acuerdo y no contraría el orden público¹⁰⁸, que no hace falta que exprese la prueba practicada, sino directamente su declaración de conocimiento del Derecho aplicable, asumiendo responsabilidad por lo que autoriza¹⁰⁹. Alguna de estas afirmaciones es matizable en el ámbito estudiado, porque compromete la seriedad del carácter imperativo de la norma de conflicto.

Por supuesto que mi intención no es referirme al régimen jurídico del divorcio notarial; me interesa sólo prestar atención a algunas cuestiones peculiares:

- a. ¿Qué debe ser probado? En el plano procesal, el art. 777 LEC exige en los procesos tramitados de común acuerdo que los cónyuges vayan provistos de los documentos en los que funden sus pretensiones. Del mismo modo, en el divorcio y la separación notariales se supone que deben llegar a la notaría con el convenio ya hecho, y el parámetro a partir del cual se enjuicia su validez. La prueba del Derecho extranjero debe abarcar las condiciones de acceso al divorcio o a la separación, incluyendo si existe una disciplina diferenciada en función de la autoridad competente¹¹⁰. Por supuesto, esto puede exigir probar no sólo leyes sino también acreditar plazos o la existencia de resoluciones judiciales habilitantes¹¹¹.

¹⁰⁶ Por ejemplo, en los Derechos cubano, colombiano, estonio, rumano o letón son posibles incluso cuando haya hijos menores.

¹⁰⁷ Se puede trasladar a este ámbito la argumentación consolidada de los tribunales (y de la DGRN) a propósito de la eficacia en España de los divorcios notariales previa a 2015 (reproducida en A. L. CALVO CARAVACA/J CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *op. cit.*, vol II, pp. 343 ss.): De la misma manera que se imponía controlar sólo lo que se haya hecho en origen conforme a su propia ley, sin injerencias ni interferencias de las concepciones españolas, sin objeciones basadas en el orden público del foro por el hecho de que se tratara de una institución desconocida en nuestro país (en particular, nunca fue un problema que el notario extranjero se pronunciara sobre relaciones paterno filiales), aquí se confiere al Derecho reclamado por la norma de conflicto la disciplina íntegra de la crisis matrimonial, con el alcance que en aquel se le dé.

¹⁰⁸ Resoluciones de la DGRN de 15 de febrero de 2016, 14 septiembre 2016, 15 de julio de 2011, 2 de marzo y 14 de noviembre de 2012 y 20 de julio de 2015, entre otras.

¹⁰⁹ Incluso basta la afirmación de que el conocimiento se ha adquirido de forma indirecta a partir de lo que las partes le han ilustrado: M. A. ROBLES PEREA, "La prueba del Derecho Extranjero", en www.notariosyregistradores.com. Aseverar que se asume responsabilidad es prácticamente nada, porque resulta arduo pensar en quién va a exigirlo por la indebida aplicación de una norma de conflicto y sus consecuencias.

¹¹⁰ En el Derecho boliviano los hijos deben tener más de veinticinco años; en Cuba la escritura notarial no puede contener previsiones relativas a los hijos mayores, ni siquiera si están incapacitados. En Ecuador se exige un plazo de reflexión de mínimo sesenta días; en Perú no pueden acceder a este tipo de disolución los cónyuges cuyo régimen de bienes sea el de gananciales si no ha sido liquidado, y el proceso se estructura en dos fases, con declaración de separación y al cabo de dos meses se solicita la disolución. Una exhaustiva exposición de algunos sistemas nacionales en E. M. RODRÍGUEZ DÍAZ, "El divorcio notarial en España. (Perspectiva en Derecho comparado y problemática de la actual regulación)", en *Revista jurídica del Notariado*, 2018, pp. 209 ss.

¹¹¹ Por ejemplo, en Brasil no cabe el divorcio notarial si no existe previa separación judicial. No es necesario ponderar que el *exequatur* de tal resolución es innecesario.

En segundo lugar, habrá que acreditar la legalidad de los pactos alcanzados, a la luz del Derecho regulador de la crisis y de sus efectos (el art. 90 CC recoge el contenido obligatorio del convenio con referencia a las normas del CC... “siempre que fueran aplicables”; si no lo es, el contenido puede ser otro). La normativa notarial parte del control de legalidad.

La modificabilidad de los acuerdos puede razonablemente connotarse como imperativo derivado del orden público del foro; en consecuencia, si el Derecho rector de la crisis sancionara su intangibilidad, este extremo también habrá de ser probado, como condición previa a la entrada en juego de la ley española.

- b. Si no existe información (o es insuficiente) sobre contenido y vigencia de la ley extranjera. No hace falta insistir en que el RRIII no equipara el hecho de acudir a un notario español con elección tácita de la ley del foro¹¹², y tampoco puede valer el pacto de las partes en cuanto a su contenido, por mucho que no contrarie nuestro orden público. Vale lo apuntado *supra* sobre aplicación íntegra de la *lex causae*, por lo que habrá de verbalizar cuáles son las normas aplicadas y cómo se ha llegado a conocerlas, obligación enmarcada en el deber genérico de claridad del art. 148 del Reglamento notarial; es justamente esa explicitación la justificación de la eventual aplicación del ordenamiento patrio: No hay razón para pensar que las soluciones deban ser distintas en un divorcio o separación judicial y en uno notarial, por lo que en lo tocante a cuestiones de estado civil (admisibilidad o no de la separación o el divorcio) se impone el regreso a la *lex fori*; el referente no es el art. 100.2 LRC, que no piensa en escrituras españolas¹¹³.
- c. El conocimiento del Derecho extranjero por el notario: Las normas del art. 36 RH tienen un contexto y piensan en una situación concreta, para un fin en el que no se requiere un dominio exhaustivo de la ley foránea y un sector donde la imperatividad de la norma de conflicto no juega con tanta contundencia. Por tanto, su posible traslación a lo no hipotecario debería ser considerada con cautela, de modo que no se autorice escritura alguna si falta esa fehaciencia y exhaustividad. Confiarlo todo en la asunción de responsabilidad es vano consuelo, más que nada porque es improbable que alguien se la exija.

Descartado el improbable recurso al peritaje del art. 50 de la Ley del notariado, y ya que ni siquiera se permite designar un experto *ad hoc* para un caso controvertido concreto, queda (al margen del conocimiento privado del notario) o bien la investigación privada o bien las vías previstas en el art. 35 LCJII. Ni que decir tiene que la famosa “mera facultad de investigar ese Derecho” debe quedar para otros ámbitos, no para éste, de donde es obligatoria.

Si como consecuencia de la entrada en juego de una normativa inesperada por los cónyuges se necesitara alterar (sin negarse a autorizarlo) alguno de los pactos alcanzados o el notario lisa y llanamente se niega a hacerlo, la primera opción es no suscribir nada e ir al juez. Sería absurdo iniciar un rosario de recursos frente a esa decisión. No se puede decir que sea un problema específicamente derivado del tratamiento de la ley extranjera, claro, sino de su aplicación efectiva. Va de suyo, en todo caso, que que existe otra alternativa –probablemente más fácil–, que pasa por articular una *electio iuris*, de entre las posibilidades ofrecidas por el art. 5 RRIII, y en función de las posibilidades que se abran, según existan o no hay menores e incapaces.

- d. Control judicial en el RC. Como es sabido, según los arts. 83 y 87 CC la escritura de separación y de divorcio produce efectos desde la manifestación del consentimiento por los cónyuges, quedando postpuesta hasta la inscripción en el Registro civil la producción de efectos frente a terceros de buena fe, sancionando el art. 61 LRC la obligación de remitir copia de la

¹¹² Como parece entender A. A. LONGO MARTÍNEZ, “La escritura de separación o divorcio”, en *La notaría*, 2015, nº 2, p. 100.

¹¹³ L. GARAU JUANEDA, “La ley 20/2011, del Registro civil, y sus efectos en el Derecho internacional privado español”, en *REDI*, 2017, p. 30. En un ejercicio de inusitada esperanza, en este escrito asumiremos que la LRC de 2011 entrará en vigor algún día, y a ella hacemos referencia. De todas formas, la ley de 1957 prevé controles de legalidad similares en los arts. 27 y 28 en particular.

escritura en el mismo día de su otorgamiento o el siguiente. Si el notario no ha respetado las normas imperativas del foro (léase, entre otras, las normas de conflicto) y seguidamente las de la ley declarada aplicable, el encargado del Registro no podrá inscribir nada, en virtud de su obligación de controlar de oficio la legalidad, sancionada con carácter general en el art. 13 LRC y reiterada en el art. 30.2 al poner el acento en la verificación de la legalidad de las formas extrínsecas y de la validez del acto¹¹⁴. Claro que otra historia distinta es que existan incentivos y posibilidades reales para realizar ese control, que en todo caso depende de los datos que emanen de los documentos y que normalmente se agotará en la constatación de que el proceso de subsunción se ha hecho indebidamente (inclúyase el caso en el que no se haya hecho en absoluto), siendo irrelevante el conocimiento privado del encargado, que no podrá hacer apreciaciones en torno a la ley aplicada (interpretación, exactitud,...). Por supuesto que, detectada la internacionalidad y la omisión de cualquier referencia conflictual, hay motivo suficiente para rechazar la inscripción. A partir de tal negativa, en fin, se abren las posibilidades de recurso de los arts. 85 ss. LRC.

VI. Una nota final

35. En España triunfó hace años la expresión “sistema de textura abierta” para referirse al modelo de tratamiento de la ley extranjera en el proceso. En qué se haya traducido esa apertura y presunta maleabilidad es un misterio (más bien seguimos instalados en el blanco y negro). Algunas decisiones jurisprudenciales –tímida y valerosamente– han llevado hasta sus últimas consecuencias la obligación de investigar y aplicar de oficio la ley extranjera reclamada por nuestras normas de conflicto en sectores donde los privados no disponen libremente de sus derechos, mas no se puede decir que a día de hoy sea ésta una práctica consolidada. Y sin embargo, si alguien sigue creyendo que el método conflictual sirve para algo, si tiene algún sentido lo que solemos llamar parte especial del Derecho internacional privado, se impone esta solución. No es un problema de acceso a la justicia¹¹⁵, es simple seguridad jurídica. Probablemente los ingleses llevan razón; seguramente es mejor dejarse de complicaciones y aplicar siempre la *lex fori* cuando nuestros tribunales sean competentes, pero a día de hoy el sistema sanciona otras soluciones.

36. Cuando el legislador español actúa racionalmente y sitúa cada norma en su sitio –que es lo que ha hecho, cerrando el círculo con el art. 33 LCJI– lo que resulta es un reloj suizo: Las normas de conflicto marcan un plan de trabajo y un objetivo, las normas procesales dicen cómo se hace, dando respuesta específicamente a las consecuencias de la internacionalidad. Lo que no vale es fijarse en un sintagma suelto de una disposición procesal para, desde ahí, pretender dar a luz opciones de fondo que lo ponen todo del revés. La base en los procesos matrimoniales se halla en el RRIII, que ubica las crisis matrimoniales en un determinado ordenamiento, y las normas de conflicto concurrentes; a partir de ahí el resto es ancilar. Costará más o menos atender a las órdenes del legislador, pero no hay margen para la decisión autónoma. La introducción de un Derecho extranjero en el proceso es responsabilidad de las partes, pero subsidiariamente existen instrumentos para hacerlo de oficio, e inmediatamente activar los procedimientos de averiguación previstos en las leyes y en los convenios, tarea en la que los tribunales gozan de amplísimo margen de iniciativa. Claro que lo que se dice para los órganos judiciales vale para los notarios, que habrán de abandonar en parte sus formas tradicionales de funcionar en este tema.

37. Probablemente el Derecho internacional privado siga siendo sentido como una patología, o al menos como un pequeño inconveniente que hay que evitar. Ojalá se normalice su uso y se desdramatice el recurso a una ley extranjera, pero para ello hay que empezar.

¹¹⁴ A pesar de que el art. 30.3 inciso segundo LRC puede dejar espacio a la duda sobre el objeto del control, hay que recordar que lo que en principio iba a limitarse a la realidad de los actos fue enmendado en el trámite parlamentario para abarcar también el de legalidad. La referencia en M. LINACERO DE LA FUENTE, *Tratado del Registro civil*, Valencia, 2013, p. 112.

¹¹⁵ Como sostienen la Conferencia de La Haya y la Comisión europea en su documento *L'accès au droit étranger en matière civile et commerciale*, de 2012.