

EN CONTRA DA DESESTIMACIÓN DA DEMANDA EN AUSENCIA DE PROBA DO DEREITO ESTRANXEIRO

Javier Maseda Rodríguez*
Universidade de Santiago de Compostela

Resumen

Este traballo analiza o tema da ausencia de proba do Dereito estranxeiro orixinalmente reclamado pola norma de conflito. A escuridade dos preceptos reguladores da aplicación procesual do Dereito estranxeiro (art. 12.6.1 C.c., art. 281.II LEC 2000) dificulta a determinación dos termos nos que debe conformarse a resposta do xulgador neste caso. A desestimación da demanda do actor, como unha das opcións baralladas pola práctica xurisdiccional, non é, ó noso xuízo, unha resposta axeitada. Por unha banda, argumentos de orde procesual: non é posible falar dun tratamento procesual fáctico do Dereito estranxeiro; non pode ser entendida como unha sanción á elusión do mandato da norma de conflito; non equivale a unha causa de inadmisión da demanda; e non é posible concebir a existencia dun novo obxecto procesual. E, por outra, argumentos de orde constitucional material: a desestimación nin é unha resolución sobre o fondo, nin aparece como un dos supostos constitucionais de remate do proceso sin entrar no fondo; non ten sentido nos casos de deber xudicial de colaboración na proba do Dereito estranxeiro, e, no resto, parece sanción excesiva fronte a un incumprimento procesual. A desestimación da demanda ten difícil acougo coa tutela xudicial efectiva do art. 24 CE, con risco de denegación de xustiza.

Palabras clave: Aplicación procesual do Dereito estranxeiro.- Ausencia de proba do Dereito estranxeiro.- A desestimación da demanda do actor: non.- Risco constitucional de denegación de xustiza: incompatibilidade coa garantía da tutela xudicial efectiva do art. 24 CE.- Necesidade dunha reforma lexislativa.

Abstract

This essay analyses the subject of non evidence of proof of foreign law. The darkness of the spanish statutes norming the application of foreign law on courts (art. 12.6.1 C.c., art. 281.II LEC 2000) does not allow show which must be the behaviour of the judge before this situation. Non estimation of the claim, one of the options used on

Recibido: 24/11/06. Aceptado: 10/01/07

* Doutor en Dereito

courts, should not be considered as a suitable answer. Several reasons hold this affirmation. On one hand, difficult adaptation to procedure rules: in Spanish Private International Law, foreign law is not a matter of fact; non estimation cannot be understood as a punitive sanction before non application of conflict rule; it is not equivalent to a case of non-admission of the claim; and it is not possible to talk about a new procedure object of the claim. On the other, difficult adaptation of constitutional statutes: non estimation of the claim is not a resolution relative to the reclamation of the plaintiff, nor one of the cases of process resolution without solving the claim of the plaintiff; it is not suitable in cases of existence of the court duty of collaboration with the parties, nor in the rest, excessive sanction before the behaviour of the party of not pleading or proving foreign law. Non estimation of the claim does not suit within art. 24 Spanish Constitution, risk of non provision of justice on courts.

Keywords: Proof of foreign law.- Non provision of evidence of foreign law.- Non estimation of the claim: no.- Constitutional risk of non provision of justice: difficult adaptation within art. 24 CE.- Need of a legislative modification.

I. Introducción: a desestimación da demanda como pretendida alternativa

a.- A aplicación do Dereito estranxeiro no proceso conforma un dos temas máis controvertidos a nivel doutrinal e práctico no que ó Dereito internacional privado se refire. Unha aproximación nen sequera demasiado exhaustiva á práctica xurisdiccional amosa as dificultades que o operador xurídico ten á hora de *conducirse* neste ámbito, isto é, no cómo chegar a considera-la súa aplicación, no reparto das cargas procesuais ou na identificación da consecuencia do non-facer ou de descoñece-la lei estranxeira aplicable. Todo elo amosa, sen dúbida, unha inseguridade certa á hora de proceder á aplicación no proceso dunha normativa distinta da española e que a labor recente do Tribunal Constitucional non conseguiu reducir, ou reduciuna só en aspectos moi puntuais.

A este desasosiego contribúe, asimesmo, unha normativa reguladora da aplicación procesual do Dereito estranxeiro moi pouco clara. Así era a anteriormente recollida no art. 12.6 C.c., e así é, sobre todo, a nacida da reforma operada pola LEC 2000 que, se ben modificou o párrafo segundo do art. 12.6 C.c., transformándoo no art. 281.2 LEC 2000, realmente, non aporta nada á hora de aclaralo panorama¹. Tal é así que, partindo da mesma base

¹ Como mostra, véxanse as palabras de P. JIMÉNEZ BLANCO, "Art. 281 LEC 2000", *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)*, F. GÓMEZ DE LIAÑO (coord.), Oviedo, 2000, pp. 348-350, espec. p. 349.

normativa, chéganse a observar comportamentos tan dispares como soste-la aplicación *ex officio* do Dereito estranxeiro ou a súa aplicación a instancia de parte, ou alimentar opcións tan diversas como a desestimación da demanda en defecto de verificación do Dereito estranxeiro, a súa aplicación de oficio, ou a aplicación da *lex fori*. E o que é máis significativo: todos estos comportamentos poderían ser considerados, con necesidade de maior ou menor carga argumentativa, perfectamente lexítimos.

Non serve para xustifica-lo proceder do lexislador entender como se entendeu que creou un precepto *deliberadamente* ambiguo porque quixo²: énos máis grato pensar que non é así, porque non pode ser boa (non pode selo) unha normativa reguladora da materia (ademáis, reformada recentemente), que permite soste, con maior ou menor lexitimidade (pero con lexitimidade, como dixemos), comportamentos tan dispares, dúas opcións opostas, o branco e o negro. E tampouco xustifica a deficiente labor do lexislador o feito de que, creando unha normativa reguladora como a que creou, poida pretender un modelo aberto de aplicación do Dereito estranxeiro, isto é, unha sorte de habilitación ó desenvolvemento xudicial que faga que sexan os propios órganos xurisdiccionais quen determinen as liñas mestras á hora de enfren-tarse no proceso á aplicación dunha lei non española³: se así foi, o certo é que, como vimos, non tivo éxito algún.

Todo isto, como non podía ser doutro xeito, ten tamén o seu refrexo nas respostas doutrináis sobre a materia. No seu afán por aclara-lo panorama que obscureceu o lexislador español, a doutrina española aportou un bó número de traballos, algúns deles clave, na súa intención de servir de guía útil dentro dun non-sistema de tratamento procesual do Dereito estranxeiro. En calquera caso, non estrana ver, habida conta da referida indefinición do lexislador, e tal como é proxectada sobre a actividade xurisdiccional, un debate encendido sobre *qué di ou quixo dicir* o lexislador español, isto é, un

² V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, 1981, p. 62; J.A. CARRILLO SALCEDO, "Art. 12.6 C.c.", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, M. ALBALADEJO (dir.) Jaén, 1978, pp. 445-450, espec. 446; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Nota a STS (Sala 1ª) de 17 de diciembre de 1991", *R.E.D.I.*, 1992-I, pp. 239-243, espec. p. 241. Non entende que se estea ante un sistema de textura aberta, L. CARRILLO POZO, "El Derecho extranjero en el proceso de trabajo", *Rev. Min. Trab. y Asuntos Soc.*, núm. 62, 2006, pp. 13-57, espec. p. 54.

³ M. VIRGÓS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional (litigación internacional)*, Civitas, Madrid, 2000, p. 367.

debate dirixido á busca de cuál é o modelo (se o hai) que subxace detrás da súa actividade reguladora nesta materia. E aí as manifestacións doutrináís son, cómo non, tamén variadas⁴. Dende considera-la aportación da proba do Dereito estranxeiro ó proceso únicamente a instancia de parte ata propor a súa verificación de oficio polo xulgador en todo caso, pasando por propor a súa averiguación *ex officio* só en determinados casos, a saber, naqueles procesos civís rexidos polo principio inquisitivo, naqueles outros nos que a aplicación do Dereito estranxeiro derive da toma en consideración dunha norma de conflito materialmente orientada, naqueles nos que se trate da aplicación de normas de intervención estranxeiras, ou cando a norma de conflito sexa de fonte convencional⁵. Dende a desestimación da demanda en ausencia de proba do Dereito estranxeiro, ata a aplicación subsidiaria da *lex fori*, pasando pola aplicación de oficio da lei estranxeira orixinalmente reclamada, ou facendo depende-la solución do tipo de proceso, civil ou social, ante o que se atope o xulgador⁶.

En fin, podería dicirse que, máis que de *sistema* de aplicación do Dereito estranxeiro, estaría-se a falar dunha aplicación *in casu* do Dereito estranxeiro en función de moitas e diversas variables, o que non só non é bo obxectivamente, senón que é dubidoso que fose ista a intención dun lexislador que, aínda que sexa por deixadez, creou un precepto primeiro como é o art. 12.6.I C.c., que non reformou despois, que describe sen outra interpretación posible unha regra de imperatividade da norma de conflito sen distinguir variables.

b.- Pois ben, neste contexto nos movemos cando cae nas nosas mans a *Sentencia do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Social) de 20 de outubro de 2005*⁷. Esta resolución ubícase dentro da problemática referida en último termo, isto é, as alternativas á ausencia de proba do Dereito estranxeiro; e a situación que describe, facendo fincapé na alternativa desestimación da demanda, é clara mostra desta variedade de respostas que se xeran a raíz da deficiente regulación do tratamento procesual do Dereito estranxeiro.

⁴ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Aplicación judicial del Derecho extranjero: la desconcertante práctica judicial, los estériles esfuerzos doctrinales y la necesaria reforma legislativa", *La Ley*, 4 de julio de 2005, pp. 1-7, con este título tan significativo.

⁵ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1999, p. 242; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Introducción al Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 1997, pp. 412-413.

⁶ Véxanse referencias posteriores.

⁷ *STSX Galicia (Sala social) 20 outubro 2005 (AS 2006/219)*.

Os feitos que describe a *Sentencia do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Social) de 20 de outubro de 2005* son, sucintamente, os seguintes. Don Esteban, enxeñeiro técnico titulado, domiciliado en Bertamiráns (A Coruña), onde ten o centro de traballo, suscribiu coa empresa Roth-Weber un contrato de traballo en Hamburgo (Alemaña) o 6 de xullo de 2002, co fin de prestar servicios como xefe de vendas de zona en España. A relación laboral iniciouse o 1 de setembro dese mesmo ano. No Anexo ó contrato de traballo que suscribiran, pactan a competencia do Dereito alemán para regular as súas relacións laborais, así como limita-la prestación de servicios a cinco anos, sendo o traballador enviado a España no marco dun desprazamento laboral. O 9 de novembro de 2004, a empresa notifica a don Esteban o seu despedido alegando motivos empresariais. Tras fallido acto de conciliación, don Esteban interpón demanda contra a empresa Roth-Weber, que é desestimada en instancia polo *Xulgado do Social núm. 2* de Santiago de Compostela, por *Sentencia de 28 de abril de 2004*. Contra dita resolución interpúxose recurso de suplicación pola parte demandante, que é estimado polo Tribunal Superior de Xustiza de Galicia.

En efecto, situámonos naqueles casos, como éste que agora referimos, nos que a controversia se regula por un Dereito estranxeiro e o seu tenor non conseguiu ser probado en proceso. Cómpre coñecer, pois, cáles son os termos nos que debe conformarse a resposta do xulgador nunha situación como a descrita á hora de atender á pretensión do actor. Unha ollada á normativa e a práctica ó respecto non permite falar dun panorama moi alentador. Por unha banda, e aínda que descoñeza efectivamente a normativa (estranxeira) conforme á cal responder á pretensión do xustizable, non cabe a posibilidade dun non pronunciamento pola súa parte. Con carácter xeral, non é considerable unha negativa do xulgador a dictar sentenza: non é posible xustificalo *non liquet*, que podería supor a comisión dunha acción tipificada no art. 448 Código Penal⁸. Por outra, o xulgador no pode acollerse a unha deficitaria labor dun lexislador que garda silencio respecto da determinación dos termos nos que debe conformar a súa resposta cando se enfronta a esta situación: nen o art. 12.6.I C.c. nen o art. 281.II LEC 2000 aportan solucións específicas á non proba do Dereito estranxeiro.

Visto o visto, non é de estranar, pois, que a práctica xurisdiccional, orfa de guía, barallara toda unha serie de distintas opcións como resposta a esta situación⁹. Tales son, como vimos antes e fundamentalmente, dende

⁸ V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho...*, op. cit., p. 64. Véxase, tamén, o art. 11.3 LOPJ.

⁹ A *STS (Sala civil) 16 outubro 1940 (R.D.P., 1941, pp. 37-39*, con comentario de F. BONET RAMÓN, pp. 39-42), resume estas alternativas xerais.

a aplicación subsidiaria da *lex fori*, que constitúe a opción dominante na práctica española, sobre todo no eido civil, nas distintas normativas e na xurisprudencia comparada¹⁰, ata a desestimación da demanda en defecto de proba do Dereito estranxeiro orixinalmente reclamado pola norma de conflito, opción ésta máis habitual no ámbito xurisdiccional laboral¹¹.

Tamén, con maior ou menor incidencia, consideróuse a posibilidade de optar pola aplicación dun Dereito estranxeiro subsidiario, a aplicación dos *principios xerais do Dereito comúns ós sistemas en presenza*, ou a aplicación do *ordenamento xurídico máis próximo*¹².

A referida Sentencia do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia reflicte a variedade de opcións á ausencia de proba do Dereito estranxeiro, referíndose, como dixemos, á desestimación da demanda. O Xuíz de instancia, en *Sentencia do Xulgado do Social núm. 2 de Santiago de Compostela, de 28 de abril de 2004*, lonxe de aproximarse á habitual (alomenos, no eido civil) aplicación subsidiaria da *lex fori*, pronúnciase a favor da desestimación da demanda. Posibilidade ésta que rexeita a Sala social do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, asumindo as súas consecuencias negativas e recriminando a actitude do Xuíz de instancia, alonxándose á súa (e outra) vez da recente práctica xudicial no eido laboral que se decantaba pola alternativa que adoptou o Xuíz de instancia.

¹⁰ Como mostra, a nivel xurídico-positivo, art. 4.2 *Lei Federal austríaca de D.I.Pr. de 15 de xuño de 1978*; art. 16.2 *Lei Federal suíza de 18 de decembro de 1985*; ou o art. 14.2 *Lei italiana de 31 de maio de 1995*, n.º 218. Na xurisprudencia española, por todas, *STS (Sala civil) 23 marzo 1994* (RAJ, 1994, n.º 2167; R.E.D.I., 1995-I, pp. 244-245, con nota de J. SÁNCHEZ-TARAZAGA Y MARCELINO, pp. 245-248).

¹¹ Véxanse, p.e., a *STSJ Madrid 4 novembro 1994* (Ar. Soc., 1994, n.º 4583); a *STSJ Madrid 7 xullo 1997* (Act. Lab., 1997, 43, n.º 1619); *SAP Valencia 3 febreiro 1999* (R.G.D., n.º 660, 1999, p. 12928; R.E.D.I., 1999-II, p. 753, con nota de G. PALAO MORENO). Máis recentes, a *SAP Las Palmas 28 xuño 2004*, AEDIPr., 2005, pp. 1110-1115, con nota de J. MASEDA RODRÍGUEZ; ou *SAP Castellón 7 abril 2005*, JUR, 2005, 132544. Tamén, certa xurisprudencia, amparada na especialidade do proceso laboral, abogou por esta alternativa: *STS (Sala social) 22 maio 2001*, RAJ, 6477; ou *STS (Sala social) 25 maio 2001*, RAJ, 8698 (P. ABARCA JUNCO/M. GÓMEZ JENE, "Alegación y prueba del Derecho extranjero en el procedimiento laboral", *Rev. Esp. Der. Trab.*, núm. 119, 2003, pp. 713-737), que foi secundada por parte da doutrina, L. CARRILLO POZO, "El Derecho...", *loc. cit.*, *passim*; en cambio, *STS (Sala social) 4 novembro 2004*, que volta a atender á tradicional aplicación subsidiaria da *lex fori* (P. ABARCA JUNCO/M. GÓMEZ JENE, "De nuevo sobre la alegación y prueba del Derecho extranjero en el procedimiento laboral: a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 4 de noviembre de 2004", *Rev. Esp. Der. Trab.*, núm. 126, 2005, pp. 119-130).

¹² Respecto da aplicación dos *principios xerais do Dereito comúns ós sistemas en presenza*, que potencia o método comparado, véxase o caso *concesións petrolíferas de Abu Dhabi Oil (I.C.L.Q., vol. I, 1952, p. 247)*; respecto da aplicación do *ordenamento xurídico máis próximo*, a pesar das críticas en canto a súa posible arbitrariedade, *SAP Barcelona (sección 3ª) 6 abril 1989* (R.J.C., 1989, pp. 593-595, e nota de N. BOUZA VIDAL, R.E.D.I., 1990, pp. 266-271).

De tódalas alternativas expostas e baralladas polo xulgador en defecto de proba da lei estranxeira, cuestión da que é mostra esta referida Sentencia, só nos interesa agora a relativamente frecuente solución adoptada da *desestimación da demanda*. A ela adicaremos este traballo. Significa iso que non falaremos do resto das posibilidades ás que se acolleu o xulgador na súa variada práctica xuridiccional, nin tampouco, máis que nunha pequena mención final, da cuestión de cal debería ser o seu comportamento xudicial nesta situación de non-proba do Dereito estranxeiro. Como dixemos, só exporemos unhas breves reflexións críticas, exclusivamente, sobre o que nós entendemos como a impropiedade da solución *desestimación da demanda*. E farémolo, por unha banda, expoñendo aqueles argumentos de orde procesual que, ó noso xuízo, cuestionan as razóns que levaron a considerar esta opción como posible (punto II). Para rematar, finalmente e por outra banda, coa relación daqueles outros argumentos, esta vez de índole fundamentalmente constitucional material, que vinculan esta cuestión coa denegación de xustiza e o respecto ó principio de tutela xudicial efectiva (art. 24 CE), e que, dacordo co que pensamos, fan dificilmente viable esta resposta i esixen outra máis acorde co sistema (punto III).

É o tema da desestimación da demanda en ausencia de proba do Dereito estranxeiro o que agora nos interesa. Elo non significa que, lóxicamente, non existan outros problemas de Dereito internacional privado que asimesmo teñan o seu refrexo, aínda que menor, na Sentencia citada. Como mostra, por exemplo, a cuestión do exercicio da autonomía da vontade e os seus límites nun contexto como o laboral no que os actores, empresa e traballador, non se atopan no mesmo plano de forza. Lémbrese que, no contrato de traballo, traballador e empresa someteron o seu contrato á lei alemana. O art. 6 do *Convenio de Roma de 19 de xuño de 1980 sobre lei aplicable ás obrigas contractuais*¹³ permite o exercicio da autonomía da vontade no ámbito laboral, se ben limitada: só cabe aplica-lo Dereito elixido cando protexa igual ou mellor ó traballador que o Dereito que habería de ser aplicable en defecto de pacto. Nesta idea de non

En xeral, véxase, M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, «La ausencia de prueba del Derecho extranjero», *Justicia*, 1989-I, pp. 73-139, espec. pp. 73-139; M. VIRGÓS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho...*, op. cit., p. 377.

¹³ *Convenio de Roma de 19 de xuño de 1980 sobre lei aplicable ás obrigas contractuais* (BOE 19 xullo 1993; este Convenio vincula a España dende o 1 de setembro de 1993, tal e como foi modificado polo Convenio de Funchal de 18 de maio de 1992, DOCE L 333, de 18 de novembro de 1992, e BOE 19 xullo 1993, corrección de erros en BOE 9 agosto 1993. Informe oficial do Convenio, elaborado por P. JENARD e M. GIULIANO, en DOCE C 327, de 11 de decembro de 1992).

privar ó traballador da protección que lle proporcionan as disposicións imperativas da lei que fora aplicable a falla de elección, trataríase de pór na balanza o Dereito alemán, como Dereito elixido, e o Dereito español, como lei aplicable en defecto de pacto e identificado por ser éste o lugar onde o traballador exerce habitualmente as súas funcións (algo que se expón con corrección na resolución citada). Tamén, como mostra e por outra banda, faise mención á posible imperatividade internacional de preceptos tales como os arts. 55 e 56 do Estatuto de Traballadores. Lémbrese que o art. 7 Convenio de Roma de 1980 considera a aplicación das denominadas normas materiais imperativas ou normas de Dereito mínimo indispoñible á marxe do disposto na *lex causae*. O Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, se ben se refire a este carácter, non se pronuncia con contundencia respecto da súa consideración como normas materiais imperativas ós arts. 55 e 56 do Estatuto de Traballadores español. Non obstante estes problemas expostos, somentes abordaremos, como dixemos e tal como se verá ó longo deste traballo, o tema da desestimación da demanda en defecto de proba do Dereito estranxeiro, deixando para outra ocasión as reflexións sobre estas outras cuestións propias da especialidade de Dereito internacional privado, que, sen dúbida, merecen un tratamento asimesmo singular.

II. Argumentos de orde procesual

1. Non cabe un tratamento procesual estritamente fáctico do Dereito estranxeiro

Respostar coa desestimación da demanda á deficiente proba da lei estranxeira aparece en moitas ocasións vinculado coa consideración fáctica do Dereito estranxeiro¹⁴. En efecto, con carácter xeral, é certo que os feitos deben ser probados no proceso: a proba conforma a actividade das partes dirixida a procura-la convicción do xulgador da veracidade duns feitos que se afirman como existentes na realidade¹⁵. Non proba-los feitos alegados conleva a súa irrelevancia procesual: a realidade que trata de ser evidenciada non existe; ou, alomenos, non pode ser tomada en conta polo xuíz á hora de resolver. Partindo do exposto e de asumi-la natureza fáctica do Dereito estranxeiro,

¹⁴ P. RODRÍGUEZ MATEOS, "Nota a *Sent. Aud. Prov. de Oviedo de 13 de marzo de 1990*", *R.E.D.I.*, 1991-II, p. 534; M.V. CUARTERO RUBIO, "Prueba del Derecho extranjero y tutela judicial efectiva", *Derecho privado y Constitución*, nº 14, 2000, pp. 21-71, espec. pp. 43-44. A xurisprudencia que aboga pola desestimación da demanda como consecuencia da deficiente proba do Dereito estranxeiro parte do carácter fáctico do mesmo (véxanse as notas anteriores).

¹⁵ V. CORTÉS DOMÍNGUEZ/V. GIMENO SENDRA/V. MORENO CATENA, *Derecho procesal civil*, 2ª ed., Madrid, 1997, p. 199.

non proba-la norma estranxeira impediría a súa conformación como realidade vinculante, isto é, sería irrelevante procesualmente, e non susceptible de ser considerada á hora de proceder á fundamentación da pretensión do xustizable. Todo elo, segue este razoamento, abocaría a desestimar no fondo a pretensión de parte, en atención á obriga do xulgador de prescindir á hora de fundamenta-la súa sentenza dos feitos non alegados ou insuficientemente probados por aquél a quen benefician¹⁶, e dada a imposibilidade de tutelar accións fundadas no tenor da norma estranxeira inexistente ou dúbida¹⁷.

Agora ben, se é certo que resulta admisible considerar, dende a ortodoxia dun tratamento procesual estrictamente fáctico do Dereito estranxeiro, a desestimación da demanda en defecto de proba, esta resposta deixa de ter sentido se atendemos á debilidade do punto de partida¹⁸. Así é. Non son poucas as manifestacións do lexislador e da práctica que amosan que o Dereito estranxeiro non é un feito conformante da pretensión, o seu carácter xurídico e un alonxamento dun tratamento procesual fáctico¹⁹. Así sucede no art. 281.II LEC 2000 respecto das facultades que o lexislador atribúe ó xulgador na averiguación do Dereito estranxeiro, que amosan que non existe unha verdadeira *carga da proba* en mans das partes²⁰. Ou cando, nesta sede, carece de sentido a doutrina dos *feitos admitidos*²¹. Ademais, o propio art. 281 LEC 2000 encárgase de distinguir entre proba dos feitos (párrafo 1º) e proba do Dereito estranxeiro (párrafo 2º)²². Todo elo dentro dun sistema conflictual imperativo (art. 12.6.I. C.c.), dificilmente compatible cun eventual tratamento fáctico da lei estranxeira.

¹⁶ Sent. Xuíz de 1ª Instancia (nº 2) Jaén 24 xaneiro 1986 (R.E.D.I., 1989-I, p. 313).

¹⁷ V. CORTÉS DOMÍNGUEZ/V. GIMENO SENDRA/V. MORENO CATENA, *Derecho...*, 1997, *op. cit.*, p. 200.

¹⁸ L. CARBALLO PIÑEIRO, "El carácter imperativo de la norma de conflicto y la prueba del Derecho extranjero. Una relectura en clave procesal (y) constitucional", *AEDIPr.*, vol. I, 2001, pp. 485-504, espec. p. 494, fala de exacerbación da equiparación do Dereito estranxeiro a un feito, inconsistente nun sistema conflictual imperativo.

¹⁹ M.V. CUARTERO RUBIO, "Prueba...", *loc. cit.*, p. 32, fala da acreditación do Dereito estranxeiro como *interés de proceso* e non *interés de parte*. Na opción contraria, véxase a referida SAP Barcelona 15 setembro 1998 (R.E.D.I., 1999-I, p. 217, con nota de C. GONZÁLEZ BEILFUSS) que entende o Dereito estranxeiro como un feito constitutivo da pretensión.

²⁰ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 2001, p. 248; M. VIRGÓS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 373-375.

²¹ P. JIMÉNEZ BLANCO, "Art. 281 LEC 2000", *Ley...*, *op. cit.*, p. 349.

²² P. JIMÉNEZ BLANCO, "Art. 281 LEC 2000", *Ley...*, *op. cit.*, pp. 348-350.

Non se trata xa, pois, de probar directamente feitos, senón de proba-la existencia de normas xurídicas, esta vez estranxeiras, que permitirán probar eses feitos: os *roles* de xuíz e partes modifícanse, e a desestimación da demanda en defecto de proba é, alomenos, cuestionable.

A aproximación da práctica xurisdiccional ó Dereito estranxeiro é, fundamentalmente, xurídica. Así se desprende da maioría das resolucións dos xuíces e Tribunais españois. Moitos deles manifiestan expresamente a natureza xurídica da lei estranxeira; e outros, tal como sucede, por exemplo, na *Sent. Aud. Prov. de Madrid de 16 de xaneiro de 1996*, ou *STS de 10 de xuño de 1995*, aínda que empregan fórmulas ó uso cando se enfrentan a unha normativa estranxeira, do estilo de "...el Derecho extranjero es una cuestión de hecho...", demostran na práctica que asumen esta natureza xurídica, dende o momento en que interpretan e aplican o Dereito estranxeiro, cando os feitos efectivamente *non se aplican*. Así sucede na *Sent. Aud. Prov. de Granada de 12 de febreiro de 1992*, ou, no mesmo sentido, a *STS de 13 de abril de 1992*²³.

Tamén, o Tribunal Constitucional atendeu ó carácter xurídico do Dereito estranxeiro. En *STC 10/2000, de 17 de xaneiro*, afirmase que "...la prueba no lo es en puridad sobre hechos, sino sobre normas jurídicas...; la aplicación al caso de ese peculiar *hecho* en que convierte el Código civil al Derecho extranjero..." (FD 4º).

Aínda que poda parecernos trasnoitado entrar nunha cuestión como ésta do carácter xurídico do Dereito estranxeiro, nono é tanto cando, por exemplo, a *Sent. Aud. Prov. de Las Palmas de 28 de xuño de 2004* (FD II) diríxese ó Dereito estranxeiro como "...un hecho más..."; ou cando a *Sent. Aud. Prov. de Granada de 19 de xullo de 2003* asume a existencia da norma de conflito irlandesa en orde a un eventual reenvío de retorno nos termos de "...parece mostrar su conformidad la contraparte..." (FD II), o que a acerca á admisión da *doutrina dos feitos admitidos*. E estamos falando dos anos 2003 e 2004.

2. Non cabe entende-la desestimación como un mecanismo de defensa do mandato da norma de conflito

Non obstante o exposto, que atendía á realidade fáctica do Dereito estranxeiro en orde á súa xustificación, o certo é que a desestimación da demanda tamén se barallou dende o seu carácter xurídico e dende a óptica da

²³ *SAP Granada 12 febreiro 1992* (R.E.D.I., 1992-I, p. 236, con nota de M. MOYA ESCUDERO); *STS 13 abril 1992* (RAJ, 1992, nº 3101); *SAP Madrid 16 xaneiro 1996* (A.C., nº 62, 1996, p. 111), o *STS 10 xuño 1995* (RAJ, 1995, nº 4907).

aplicación do Dereito estranxeiro a instancia de parte. En efecto, asociada á fase correspondente coa súa alegación, chega a entenderse a desestimación como un medio de defensa do mandato da norma de conflito: partindo da imperatividade da norma de conflito, a non alegación pola parte interesada do Dereito estranxeiro aplicable frustraría o seu mandato en sede procesual, entendendo a desestimación da demanda como a consecuencia lóxica da vontade punible de inaplicación do Dereito estranxeiro²⁴.

*STC 172/2004, de 18 de octubre de 2004*²⁵. Nesta resolución, son significativos os termos nos que se expresa o Ministerio Fiscal. "...la desestimación de la demanda sería... la solución aplicable al caso en el supuesto de falta de prueba del Derecho extranjero, pues al fundar el demandante su pretensión en el Derecho español y no ser éste aplicable, *en función de la norma imperativa de conflicto*, la pretensión ante el orden jurisdiccional social habría de ser desestimada, al carecer de fundamento...".

*STC 29/2004, de 4 de marzo de 2004*²⁶. O Avogado do Estado considera que "...en el presente asunto no se produce un problema de alegación y carga de la prueba del Derecho extranjero sino una defectuosa construcción de la demanda por parte de la ahora recurrente, pues ésta, *desconociendo la norma de conflicto* del art. 12.6 C.c. que remite de forma fácilmente inteligible al Derecho extranjero, se funda exclusivamente en el Derecho español...".

Esta idea de sanción á actividade da parte que desexa, máis que a non aplicación da lei estranxeira, a aplicación da lei española a título de *lex fori*, atópase na *STSJ de Madrid de 31 de maio de 2004*; a *STS (Sala social) de 22 de maio de 2001*; ou a *STSJ de Canarias de 19 de setembro de 2003*²⁷, que entenden a desestimación da demanda como a resposta lóxica á actuación da parte que, debendo alegar o Dereito estranxeiro, nono fai, buscando con elo, ó seu xuízo, a aplicación da lei española. Os termos habituais nos que se expresan son: "...ello equivaldría al absurdo de sancionar la omisión de prueba deliberadamente querida de la norma extranjera con la aplicación da Ley española, cuando

²⁴ Véxanse referencias en M.V. CUARTERO RUBIO, "Prueba...", *loc. cit.*, p. 44; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 30-32, que, aínda que non a acepta como alternativa, pode entender a desestimación da demanda como consecuencia da imperatividade da norma de conflito. Tamén, *STS 17 decembro 1991 (RAJ, 1991, 9717)*, con nota de F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ en *R.E.D.I.*, 1992-I, p. 240.

²⁵ *STC 172/2004, de 18 de outubro de 2004*, RTC 172/2004.

²⁶ *STC 29/2004, de 4 de marzo de 2004*, RTC, 2004, 29.

²⁷ *STSJ Madrid 31 maio 2004, AS., 2004, 2347*; *STS (Sala social) 22 maio 2001, RAJ, 6477*; *STSJ Canarias 19 setembro 2003, AS., 2003, 4153*.

se considerase que ésta era más beneficiosa...". A desestimación da pretensión do actor aparecería así, ó seu entender, como a mellor resposta á pasividade daquela parte que busca privilexiarse coa aplicación da lei española.

Pois ben, este suposto mecanismo de defensa da norma de conflito non ten razón de ser naqueles casos nos que a parte interesada si alega o Dereito estranxeiro pero non consegue probalo seu tenor. A existencia de alegación amosa a vontade expresa da parte de respecta-lo mandato da norma de conflito, aínda que non conseguira probalo contido do Dereito estranxeiro. É así, sobre todo naqueles casos nos que, máis que por falla de dilixencia, non aporta en proceso o seu tenor por unha deficiente colaboración do xulgador, ou polos elevados costes da proba que a fan desaconsellable ou a convirten en dificilmente viable. Nestes casos, non se podería/debería falar xa de esa suposta finalidade de sanción que se atoparía detrás da desestimación da demanda, ou faría dificilmente sostible interpretar no seu comportamento unha eventual intención da parte de proceder a unha búsqueda deliberada da *lex fori*. Desestima-la pretensión nestes casos antóxasenos unha resposta de excesivo rigor pola non proba da lei estranxeira, inadecuada, ó noso xuízo, en atención a un comportamento procesual de parte como o descrito²⁸.

3. A desestimación da demanda non equivale á súa inadmisión

A desestimación da demanda por defecto de proba do Dereito estranxeiro non equivale a un suposto de inadmisión²⁹. A non tramitación da demanda, que impide entrar, por conseguinte, no proceso propiamente dito, prodúcese naqueles casos establecidos pola norma e debido ás causas que éstas determinen. Así, o art. 403 LEC 2000 establece a inadmisión da demanda ante a ausencia dos documentos requeridos pola norma, como sucede no art. 266 LEC 2000 respecto da aportación do título que conforma a base para a solicitude de alimentos; ou o transcurso dun ano tra-lo acto de perturbación ou despoxo, que imposibilita a admisión dunha demanda para reter ou recobrar-la posesión (art. 439.1 LEC 2000). Pois bien, as leis procesuais españolas non contemplan a ausencia de proba do Dereito

²⁸ M.V. CUARTERO RUBIO, "Prueba...", *loc. cit.*, p. 44.

²⁹ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "La aplicación judicial del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional", *R.E.D.I.*, 2002-1, pp. 205-223, espec. p. 220; L. CARRILLO POZO, "Una doctrina constitucional sobre alegación y prueba del Derecho extranjero (a propósito de la STC 33/2002, de 11 de febrero)", *Ar. Soc.* núm. 7-8, 2003, pp. 75-84, punto 3 y 4.

estranxeiro como unha das causas de inadmisión da demanda, co que esta resposta non resulta axeitada.

STC 33/2002, de 11 de febreiro. Nesta resolución, específica relativa a Dereito estranxeiro, criticase a relación entre proba, desestimación e inadmisión da demanda. Tras proclamar o Tribunal Constitucional que "...decisión de inadmisión (es posible), siempre y cuando esta respuesta sea consecuencia de la aplicación razonada y proporcionada de una causa legal en la que se prevea tal consecuencia...", indica: "...La explicación mediante la que se produce aquella conversión de lo sustantivo (sentencia de fondo) en procesal (sentencia de inadmisión) me resulta artificiosa, y lastrada al propio tiempo de sugerencias del modo de aplicación de la legislación ordinaria, que no considero propias de nuestra potestad jurisdiccional, sino más bien extralimitaciones de la misma. Se dice sobre el particular que «ante la falta de prueba del Derecho extranjero (que era la normativa que ambos órganos judiciales consideraban aplicable al caso) se optó por no resolver sobre la pretensión deducida por la actora (calificación de su despido), evitando, además, hacerlo a través de la aplicación subsidiaria de la *lex fori*, es decir, de la legislación laboral española. Ahora bien, tal óbice (falta de prueba del Derecho extranjero) resultaba inexistente, puesto que al ser la parte demandada la que había invocado el Derecho inglés era a ella (y no a la actora) a quien correspondía acreditar su contenido y vigencia, conforme a lo dispuesto en el entonces vigente art. 12.6 do Código Civil (hoy sustituido por la normativa establecida en el art. 281 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil). A pesar de ello le fue exigida a la parte actora su prueba, sin darle en ningún momento la oportunidad de llevarla a cabo a través de los cauces procesales oportunos, y ligando a la falta de acreditación del contenido y vigencia del Derecho inglés la desestimación de la pretensión (en caso del Juzgado) y la inadmisión de la demanda, aunque a través de la Sentencia (en el caso del Tribunal Superior de Justicia). Es obvio, pues, que a la parte actora le fue negada de forma no razonable una resolución sobre el fondo de su pretensión (en forma semejante al caso enjuiciado en la STC 10/2000, de 31 de enero, FJ 2)...".

O Tribunal Constitucional concede o amparo, xa que "...bajo la apariencia de una sentencia desestimatoria se ha inadmitido la demanda al entender los órganos judiciales que existía un motivo impeditivo para entrar a conocer el fondo do asunto, cual era la falta de prueba del Derecho extranjero...".

Por outra banda, é certo que se consideraron supostos de inadmisión algúns casos non contemplados estrictamente nas leis procesuais. Serían casos como os do art. 815 LEC 2000, para o proceso monitorio, na ausencia dos documentos requeridos polo art. 812 LEC 2000; ou o suposto do art. 782.2

LEC 2000, polo que non cabería admiti-la demanda de división xudicial da herencia se non se aportan os documentos que acreditan a defunción do causante ou a condición de herdeiro. Aínda que non contemplados expresamente, a proxección xeral do art. 403.3 LEC 2000 cubriría tales casos³⁰.

4. Non cabe falar dun novo obxecto procesual

Entendeuse que se o xulgador que resolve un suposto de Dereito internacional privado debe aterse ó que as partes solicitan, *petitum*, e ós feitos e razonamentos xurídicos nos que se basean as partes para fundamentar as súas pretensións, *causa petendi* (asi len o art. 218.1 LEC 2000, a modo de esixencia do Tribunal de non resolver atendendo a fundamentos de Dereito distintos ós que as partes quixeron facer valer), naqueles casos nos que se comproba que os feitos probados non son suficientes para sustenta-la petición, ou que a argumentación xurídica da parte non é a correcta, debería procederse, dacordo con esta opinión, á desestimación da demanda³¹.

Véxanse, como mostra, as palabras do Ministerio Fiscal en *STC 172/2004, de 18 de outubro de 2004*³². "...Es al demandante, en consecuencia, a quien incumbe la prueba del Derecho extranjero, a fin de poder mantener ante los órganos de la jurisdicción española los pretendidos derechos que la citada legislación pudiera otorgarle. En estas condiciones, el hecho de negar los órganos judiciales la alteridad o el carácter subsidiario del Derecho español, cuando no existiera prueba del Derecho extranjero, no constituiría tampoco un supuesto de denegación de justicia; al fundar el demandante su pretensión en el Derecho español y no ser éste aplicable, a tenor de la imperativa norma de conflicto del art. 10.6 CC, la pretensión ante el orden jurisdiccional social habría de ser desestimada, por carecer de fundamento. Esta conclusión no resultaría eludible mediante la aplicación indirecta del Derecho español como consecuencia del fracaso de la prueba del Derecho extranjero, pues las reglas de la carga de la

³⁰ V. CORTÉS DOMÍNGUEZ/V. GIMENO SENDRA/V. MORENO CATENA, *Derecho procesal civil*, 5ª ed., Madrid, 2003, p. 185.

³¹ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Aplicación del Derecho extranjero en España y la nueva LEC", *Tribunales de Justicia*, 2000, pp. 1155-1170, p. 1159; *id.*, "La prueba del Derecho extranjero en la nueva LEC 1/2000", *La Ley*, 2005, de 28 de enero, pp. 1-14; F. GARAU SOBRINO, "La prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", *R.G.D.*, 2001, pp. 2343-2366, espec. pp. 2351-2358; L. CARRILLO POZO, "El Derecho...", *loc. cit.*, pp. 16 y 20-27, especialmente no eido laboral. Véxanse as reflexións do Ministerio Fiscal a favor da desestimación da demanda en *STC 172/2004, de 18 de outubro de 2004*, RTC 172/2004.

³² *STC 172/2004, de 18 de outubro de 2004*, RTC 172/2004.

prueba no juegan en el mismo sentido en el caso de los hechos que en el de las normas, ya que éstas han de ser imperativamente aplicadas, no pudiendo concluirse que el Derecho nacional se aplique si no se prueba el Derecho extranjero porque no existe norma de conflicto que sancione tal solución. Por el contrario, si el Derecho aplicable es el extranjero, la parte que formula la pretensión tiene que alegar y probar ese Derecho para que su pretensión pueda ser acogida, dado que no puede desplazarse dicha aplicación imperativa como consecuencia de la mayor o menor diligencia probatoria de las partes en el proceso, lo que convertiría en disponible algo que no lo es, conduciría a la inseguridad jurídica y favorecería estrategias procesales en fraude de Ley. Por ello, aun en la hipótesis de que los órganos judiciales hubieran desestimado la demanda por tales motivos -lo que como se señaló anteriormente no ha sido el caso, a juicio del Ministerio público- ello no habría constituido tampoco una denegación da justicia por ausencia de pronunciamiento sobre la cuestión sometida a la jurisdicción, pues existiría un pleno pronunciamiento al incluir el supuesto de hecho en la norma de conflicto del art. 10.6 CC que prevé la aplicación a la relación laboral de la legislación del lugar de prestación de los servicios...".

Segundo este razoamento, en boa lóxica i en virtude da extensión da *cousa xulgada*, non debería ser posible a presentación dunha nova demanda respecto dos mesmos feitos *porque o xuíz xa resolveu*: aínda que fose por un incumprimento procesual, o xuíz emitíu unha resolución que afecta ó fondo, esta vez desestimando a pretensión do actor. Non obstante, esta opinión non pensa o mesmo: que o xulgador desestime a demanda por ausencia de proba do Dereito estranxeiro non impediría, segundo o exposto nestes casos nos que a parte non alega o Dereito estranxeiro, voltar á plantexar o mesmo *petitum*, se ben esta vez con base na argumentación xurídica correcta, isto é, unha nova *causa petendi*, o Dereito estranxeiro orixinalmente reclamado pola norma de conflito: dacordo con este razonamento, estaríase a falar dun nuevo obxecto do proceso, co que o efecto de *cousa xulgada* da primeira sentenza desestimatoria non se extendería a este segundo proceso³³. Posibilidade de voltar a plantexar unha nova demanda que, seguen, desaparece naqueles outros supostos nos que a parte, que alega efectivamente o Dereito estranxeiro, non consegue proba-lo seu tenor: a desestimación da demanda debería ser, a xuízo

³³ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Aplicación...", *loc. cit.*, pp. 1160-1161. Pola contra, L. CARRILLO POZO, "El Derecho...", *loc. cit.*, p. 23, que, expóndo de igual xeito a desestimación como millor opción, entende ausencia de novo obxecto en todo caso; *id.*, "Una doctrina constitucional...", *loc. cit.*, pp. 75-84, nota núm. 20.

desta opinión, a resposta máis axeitada co sistema, se ben neste caso non podería voltar a se interpor unha nova demanda habida conta de que tanto o *petitum* como a *causa petendi* no ían a variar no futuro, extendéndose o efecto de cousa xulgada da primeira das resolucións³⁴.

Obsérvese a *STSJ de Madrid de 7 de xullo de 1997*³⁵ ou a *Sent. Aud. Prov. de Barcelona de 15 de setembro de 1998*³⁶, que responden coa desestimación da demanda "...sin perjuicio del derecho de las partes a instar las acciones alimenticias o de resolución de controversias en la patria potestad que estimen convenientes, o a reiterar la acción de estado civil, invocando y probando el Derecho material de aplicación". Esta última resolución indica, asimesmo, "...los eventuales derechos que la normativa sueca pueden reconocer al actor quedan enteramente imprejuicados tanto desde la perspectiva da sustanciación de la demanda, ya que habilitarían acciones diferentes a la de despido ejercitada al basarse en títulos jurídicos diversos, cuando desde la perspectiva da individualización al ser hecho nuevo el Derecho extranjero, como impensa probatoria a cargo del que lo invoca como hecho constitutivo de su derecho...".

Non estamos dacordo coas opinións expostas.

Primeiro. Respostar coa desestimación da demanda á non alegación e/ou proba do Dereito estranxeiro tería o mesmo (escaso, estrano) fundamento que se se resposta con este mesmo argumento cando, respecto de situacións de tráfico interno, se basease a demanda nunha normativa que non é a aplicable. Por exemplo, alegación da normativa do Código civil á hora de esixir-lo reparto dunha herdanza, a reclamación respecto dun predio, ou certos efectos dunha unión non matrimonial en vez da correspondente normativa de Dereito foral. Resposta ésta que, en calquera caso, antóxasenos carente de lóxica e sentido³⁷.

³⁴ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Normas de conflicto, aplicación del Derecho extranjero en España y nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", *AEDIPr.*, 2001, pp. 215-237, espec. pp. 226-228.

³⁵ *STSJ Madrid 7 xullo 1997 (Act. Lab.*, 1997, 43, núm. 1619, con nota de G. PALAO MORENO, *R.E.D.I.*, 1998-II, p. 262).

³⁶ *SAP Barcelona 15 setembro 1998 (A.C.*, 1998, núm. 1564, con nota de C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *R.E.D.I.*, 1999-I, p. 217).

³⁷ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "La aplicación...", *loc. cit.*, p. 211, nota 22, pon o exemplo de alegación da normativa do Código civil á hora de esixir a súa declaración de herdeiro respecto do pai falecido en vez da correspondente lei foral catalana aplicable pola vecindade civil do falecido.

Segundo. Non é solución ás consecuencias que conleva soste-la desestimación da demanda en defecto de alegación da lei estranxeira permitir presentar unha nova demanda sobre unha argumentación xurídica correcta (cunha nova *causa petendi*) baseada no Dereito estranxeiro orixinalmente reclamado.

Ó noso entender, a alegación dunha nova normativa, esta vez estranxeira, á hora de formular unha nova demanda, non implica unha renovación do obxecto: resulta cuestionable entender que unha nova demanda baseada nun Dereito estranxeiro supoña unha alteración da *causa petendi*. Así parece desprenderse do disposto no art. 400.1 LEC 2000: ó establecer, cando o que se pida na demanda poda fundarse en diferentes feitos ou en distintos fundamentos ou títulos xurídicos, a necesidade de aducir nela cantos resulten coñecidos ou podan invocarse ó tempo de interpoñela, parece eliminar a posibilidade de plantexar novas pretensións fundadas en diversos títulos xurídicos ó extende-la cousa xulgada ó deducido e a todo o deducible³⁸. Deste xeito, a *causa petendi*, que xunto co *petitum*, ven a ser un dos elementos que identifican o obxecto do proceso, aparece conformada tanto polos feitos xurídicamente relevantes para fundamenta-la petición, como polos feitos históricos que admiten subsunción en determinado ordenamiento xurídico: as normas xurídicas non engaden nada máis en orde á identificación do obxecto³⁹. Cada *causa petendi* ten a súa base tanto nunha causa legal como no feito constitutivo que permite soste-la causa legal, o que levaría a entende-la insuficiencia da calificación xurídica á hora da identificación do obxecto do proceso. Significa iso que a fundamentación xurídica non vai a operar por si soa á hora de identifica-lo obxecto do proceso. Unha demanda baseada no Dereito estranxeiro non debería entenderse, pois, como unha alteración da *causa petendi*, senón, máis sinxelamente, como unha modificación dos fundamentos xurídicos, o que non implica unha renovación de obxecto.

Ademáis, o Dereito estranxeiro non pode ser considerado como un feito novo en orde a entender que nos atopamos ante unha nova demanda: non é real, a nivel procesual, a ficción da equiparación entre feito e Dereito estranxeiro, sendo o elemento estranxeiro, que conduce á aplicación dunha

³⁸ M. VIRGÓS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho...*, op. cit., p. 368; J. MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional II. Proceso civil*, 9ª ed., Valencia, 2000, pp. 125-126; L. CARBALLO PIÑEIRO, "El carácter...", loc. cit., p. 494, nota núm. 34.

³⁹ J. MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional...*, op. cit., 2000, p. 121.

normativa estraxeira, o único feito relevante cando se trata de identifica-lo obxecto do proceso⁴⁰.

Non obstante o exposto, dacordo coa teoría da sustantación, é certo que uns mesmos feitos poden ser calificados xuridicamente de xeito diferente, dando lugar a procesos distintos xa que a *causa petendi* cambiaría⁴¹. Agora ben, esta teoría non explica tódolos casos posibles (por exemplo, a acción declarativa de dominio ampara tódolos títulos de adquisición, co que bastaría para identifica-lo obxecto solicita-la declaración de dominio porque se é propietario)⁴². Tampouco respecto do Dereito estranxeiro. De aí que as opinións antes expresadas que atenden á desestimación da demanda e as posibilidades dun novo proceso pola existencia dun novo obxecto teñan forza limitada: primeiro, ós casos de non alegación do Dereito estranxeiro, e, segundo, ós casos nos que si sería posible acudir a un título distinto, como, por exemplo, pretende-la separación por mutuo acordo en vez de por abandono inxustifico do fogar (teoría da sustantación). Esta excepcionalidade na súa aplicación, así como as dificultades para delimita-lo obxecto, fan que a solución desestimación da demanda no sexa a mellor das alternativas⁴³.

Entende-la invariabilidade do obxecto nun hipotético segundo proceso baseado no Dereito estranxeiro non alegado no primeiro impediría o nacemento de situacións estranas con resultados pouco ou nada satisfactorios. Por exemplo, impediría que un demandante, que reclama alimentos á súa ex parella con base na lei da residencia habitual do debedor alimenticio *ex Convenio de A Haia de 2 de outubro de 1973 sobre lei aplicable ás obrigas alimenticias* e que os obtén en aplicación desta normativa, poda presentar unha nova demanda contra o mesmo debedor e baseada nas mesmas esixencias, esta vez con base na lei da nacionalidade común de acreedor e debedor, tamén *ex Convenio de A Haia do 1973*: a *cousa xulgada* do primeiro extenderíase ó segundo dos procesos, aínda cando a fundamentación xurídica fose diferente, ó non existir unha renovación de obxecto. Asimesmo, impediría considerar como aceptable a segunda demanda non só naqueles casos nos

⁴⁰ L. CARBALLO PIÑEIRO, "El carácter...", *loc. cit.*, p. 494, nota núm. 34. Véxase, en referencia á equiparación que fai entre Dereito estranxeiro e feito novo, a citada *SAP Barcelona 15 setembro 1998*.

⁴¹ V. CORTÉS DOMÍNGUEZ/V. GIMENO SENDRA/V. MORENO CATENA, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, 2003, pp. 24-125.

⁴² Véxase este exemplo en L. CARBALLO PIÑEIRO, "El carácter...", *loc. cit.*, p. 494, nota núm. 34.

⁴³ L. CARBALLO PIÑEIRO, "El carácter...", *loc. cit.*, p. 494, nota núm. 34; tamén, citando á autora anterior, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "La aplicación...", *loc. cit.* p. 211.

que a primeira fose desestimada por falta de alegación do Dereito estranxeiro, senón tamén cando esta primeira foi estimada: non ten razón de ser admitirla segunda por novidade de obxecto, ó non estende-la cousa xulgada do primeiro, e verse obrigado o xulgador a desestimar esta segunda na que, por hipótese, alegouse un Dereito estranxeiro incorrecto (enténdase que o Dereito estranxeiro correcto foi o alegado na primeira das demandas)⁴⁴.

Terceiro. Non ten sentido soste a posibilidade de presentar unha nova demanda baseada no Dereito estranxeiro ante unha primeira que foi desestimada por falta de alegación, e non permitir facer o propio cando a desestimación da primeira se debe, non xa á falla de alegación, senón á ausencia de proba do Dereito estranxeiro si alegado (obxecto novo no primeiro caso; mesmo obxecto no segundo, segundo a opinión indicada anteriormente). De ser elo así, estaríase primando o comportamento de aquél que non alega o Dereito estranxeiro orixinalmente reclamado (ou alega outro Dereito estranxeiro distinto ó orixinalmente reclamado), fronte a aquél que si trae a xuízo o Dereito estranxeiro orixinalmente reclamado, aínda que non consegue a súa proba. Aumenta-las opcións do primeiro de facer valer os seus legítimos intereses fronte ó segundo ten difícil axuste coa correcta administración de xustiza⁴⁵.

III. Argumentos de orde constitucional: a tutela xudicial efectiva

1. A labor do Tribunal Constitucional respecto do Dereito estranxeiro

Chamaba a atención que o Tribunal Constitucional entrase tan pouco en cuestións de D.i.pr. Tamén, que o fixera só respecto de aspectos relativos á eficacia de resolucións xudiciais estranxeiras e á competencia xudicial internacional en supostos de inmunidade de xurisdicción dun Estado

⁴⁴ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "La aplicación...", *loc. cit.*, p. 212, nota núm. 23, pon o exemplo de reclamar danos a un produtor con base nas circunstancias recollidas no art. 6 do *Convenio de A Haya sobre lei aplicable á responsabilidade do fabricante polos seus produtos, de 2 de outubro de 1976*, e ó que se lle da a razón en aplicación da lei do Estado onde se atopa o establecemento principal da persoa a quen se lle imputa a responsabilidade, e presentación de nova demanda contra o mesmo responsable e baseada nos mesmos danos, esta vez con base na lei interna do Estado onde se produxera o dano (art. 6 CH 1973).

⁴⁵ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "La aplicación...", *loc. cit.*, p. 212.

estranxeiro⁴⁶. Ou, o que é o mesmo, sen incursión algunha nunha materia como a aplicación do Dereito estranxeiro respecto da que, como vimos, a despreocupación do legislador é a nota dominante, como demostra que non considerase a posibilidade de corrixir coa LEC 2000 a inseguridad nacida da ambigüedad do anterior art. 12.6 C.c.

Os últimos anos modificaron esta tendencia e o Tribunal Constitucional procedeu a valorar constitucionalmente certos comportamentos dos xulgados e Tribunais españois respecto da aplicación dunha normativa estranxeira. En tódolos casos nos que atende ó aspecto relativo á alternativa desestimación da demanda por ausencia de proba da lei estranxeira, concedeu o amparo constitucional á parte demandante, concluindo que esta resposta vulnera, por distintas razóns, o principio de tutela xudicial efectiva. Con todo, bótase de menos unha resposta do Tribunal Constitucional máis contundente en tódolos supostos e menos apegada ás moi específicas circunstancias que motivaron os recursos que permitan estimar, sen lugar a dúbidas que, en todo caso, a desestimación da demanda vulnera o art. 24 CE⁴⁷. Máis todavía cando as incompatibilidades entre desestimación da demanda e a tutela xudicial efectiva xa se puxeran de manifesto tempo atrás por parte de certo sector doutrinal⁴⁸,

Na *STC 10/2000, de 17 de xaneiro*, a referencia á denegación de xustiza realizase sempre ligada á previa frustración da proba imputable á Audiencia Provincial, órgano que non favorece a súa práctica correcta, e non no feito específico da desestimación da pretensión. Así é tamén aínda que se fale de *aparencia de resolución* ou de *denegación de xustiza*: estes termos nunca aparecen vinculados directamente ó feito da desestimación da demanda,

⁴⁶ Véxase *STC 30/1984*, BOE de 3 de abril de 1984; *STC 98/1984, de 24 de outubro*, BOE de 28 de novembro de 1984, con nota de F. CASTILLO RIGABERT/A.L. CALVO CARAVACA, *R.E.D.I.*, 1997, p. 272; *STC 43/1986, de 15 de abril*, BOE de 26 de abril de 1986, con nota de M. AMORES CONRADI, *R.E.D.I.*, 1997, p. 190; *STC 54/1989, de 23 de febreiro*; ou *STC 132/1991, de 17 de xuño*. Tamén, *Auto TC 39/1987, de 13 de maio*, *R.C.E.A.*, 1987, p. 212; *STC 61/2000, de 13 de marzo*, *RTC*, 2000, núm. 61, con comentario de L. CARBALLO PIÑEIRO, "Competencia judicial internacional y modificación de prestaciones de ejecución continuada (más allá de la *STC 61/2000*)", *AEDIPr.*, 2001, pp. 463-482; o *STC 39/2002, de 14 de febreiro*, con comentario de E. RODRÍGUEZ PINEAU, "La inconstitucionalidad del artículo 9.2 C.c. de 1974 (Comentario a la *STC 39/2002, de 14 de febreiro*)", *R.E.D.I.*, 2001, pp. 243-254.

⁴⁷ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "La aplicación...", *loc. cit.*, p. 214.

⁴⁸ Fundamentalmente, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, «Comentario al art. 12.6 C.c.», en *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 998; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Sobre la norma de conflicto...*, *op. cit.*, p. 68.

senón da actuación previa da Audiencia Provincial de Vizcaya resolvendo nun momento anterior á posesión da proba última requerida do Dereito armenio⁴⁹.

Aínda que esta resolución indica que "...lo decisivo es que la desestimación de la pretensión de la parte (es que) sea consecuencia de la previa conculcación por el propio órgano judicial de un derecho fundamental del perjudicado, encubriéndose tras una aparente resolución judicial fundada en Derecho una efectiva denegación de justicia..." (FD nº 2 STC 10/2000)⁵⁰, o certo é que, ó seu xuízo, "...lo relevante no es que las pretensiones de la parte se hayan desestimado..." (FD nº 2 STC 10/2000), senón que "...[la Audiencia Provincial] desestimó su demanda de separación a consecuencia de la frustración de dicha prueba..." (FD nº 4 STC 10/2000).

Na *STC 155/2001, de 2 de xullo*, as alusións do Tribunal Constitucional á desestimación da demanda e, con iso, a concesión do amparo, débense máis ó feito da ausencia de motivación na resposta ofrecida polo Tribunal Superior de Xustiza de Madrid, que a unha condena contundente de esta alternativa como constitucionalmente arriscada en relación co art. 24.1 CE. Non podería afirmarse, pois, con certeza absoluta que, de ter habido suficiente motivación, a desestimación da demanda no puidese constituir unha alternativa constitucionalmente saludable (FD 5º STC 155/2001).

Da lectura destas resolucións podería afirmarse, implícitamente (o Tribunal Constitucional nono enfrenta directamente) i en consecuencia, a incompatibilidade constitucional da desestimación da demanda como resposta á proba deficiente do Dereito estranxeiro cando esta deficiencia devén do incumprimento do deber xudicial de colaboración establecido no art. 281.2 LEC 2000, antigo art. 12.6.II C.c. (pasividade xudicial). Actitude ésta que equivale a unha denegación de xustiza para a parte demandante, e un risco, por tanto, da tutela xudicial efectiva nos termos diseñados polo art. 24 CE. Asimesmo, podería afirmarse a incompatibilidade co art. 24.2 CE da actuación do xulgador que, á hora da emisión dunha resolución xudicial respecto dun caso no que o lexislador remita a un Dereito estranxeiro, derive nun fallo que non esté suficientemente motivado, esta vez, proponendo

⁴⁹ M.V. CUARTERO RUBIO, "Prueba...", *loc. cit.*, p. 25.

⁵⁰ Apóiase o Tribunal Constitucional, para elo, nas *STC 1/1996, de 15 de xaneiro*; *STC 217/1998, de 16 de novembro*; e *STC 183/1999, de 11 de outubro*.

ausente motivación a desestimación da demanda por defecto de proba da lei reclamada.

Non obstante, son estas resolucións menos contundentes á hora de poder afirmar, tra-la súa lectura, a existencia de denegación de xustiza *ex art.* 24 CE derivada de *todo* comportamento xudicial desestimando a pretensión de fondo con base na non-proba da lei estranxeira aplicable. Isto é, tamén naqueles casos nos que, dende a óptica do Tribunal Constitucional, non poda falarse de deber xudicial de colaboración en sede de proba, a saber, proba insuficiente do Dereito estranxeiro por indolencia das partes. A STC 10/2000 parte do feito específico da actuación dilixente da parte e a STC 155/2001 alude ó motivo xenérico de falta de motivación (máis que ó feito de ter desestimado a demanda) para soste a vulneración do art. 24 CE⁵¹.

En fin, a STC 33/2002, de 11 de febreiro, pola súa parte, concede o amparo por ter procedido o xulgador á inadmisión da demanda sen causa legal que a xustifique, privando ó xustizable dunha resolución sobre o fondo do asunto.

STC 33/2002, de 11 de febreiro. A parte demandante, nacional inglesa, plantexou demanda de despido, que foi desestimada tras considerar o Xulgado a aplicación da normativa inglesa á relación laboral, xa que fóra expresamente pactada por empresa e traballadora, e non probada pola parte actora, sobre a que recaía, a xuízo do Tribunal Superior de Xustiza, a carga da acreditación do seu contido e vixencia. O Tribunal Superior de Xustiza non entrou no fondo e desestimou a pretensión da parte demandante ó non ter probado o Dereito estranxeiro. O Tribunal Constitucional concede o amparo, xa que "...bajo la apariencia de una sentencia desestimatoria se ha inadmitido la demanda al entender los órganos judiciales que existía un motivo impeditivo para entrar a conocer el fondo do asunto, cual era la falta de prueba del Derecho extranjero...".

Con todo, os argumentos empregados nesta resolución non permiten asegurar os termos do discurso e as súas conclusións. Resulta complicado

⁵¹ Neste sentido, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "La aplicación...", *loc. cit.*, p. 216, referido á STC 10/2000 e STC 155/2001; M.V. CUARTERO RUBIO, "Prueba...", *loc. cit.*, p. 49. Sobre a STC 155/2001, L. CARRILLO POZO, "Alegación y prueba del Derecho extranjero en el ámbito laboral y tutela judicial efectiva (a propósito de la STC de 2 de julio de 2001)", *Rev. Esp. Der. Trab.*, núm. 111, 2002, pp. 451-473. Outorgándolle un maior alcance á STC 10/2000, M. VIRGÓS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 377.

determinar se o Tribunal Constitucional identifica inadmisión da demanda por falta de proba do Dereito estranxeiro coa súa desestimación; se a causa de inadmisión depende da carga da proba do Dereito estranxeiro, ou se errar nesta cuestión é o que determina a irrazonabilidade da desestimación; ou se o Tribunal Constitucional valora un déficit no dereito á práctica da proba no proceso, tendo dado outra resposta final ó problema de ter concedido os Tribunales ordinarios á parte actora tempo suficiente para completa-la proba⁵².

Hai máis resolucións do Tribunal Constitucional en aplicación do Dereito estranxeiro. Así é a xa referida *STC 172/2004, de 18 de outubro de 2004*, se ben ésta, aínda que menciona a desestimación da demanda, non se refire expresamente a esta cuestión. "...En efecto, (...) lo cierto que en este recurso... no se ha producido la desestimación de la demanda por falta de alegación o prueba del Derecho extranjero. Antes al contrario, tanto el Juzgado de lo Social como la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia... han estimado probado el Derecho extranjero alegado por la Administración demandada, y en base a dicha alegación y prueba han considerado procedente el despido del que fue objeto el demandante y, consiguientemente, han desestimado su demanda...". Tampouco entra a valorar aspectos relativos á desestimación da demanda (o Dereito estranxeiro conseguírase acreditar), senón outros máis xenéricos de carga da proba, a *STC 29/2004, de 4 de marzo de 2004*⁵³.

2. O risco de denegación de xustiza: art. 24 CE

A. A desestimación non equivale a unha resolución material sobre o fondo

Aínda en ausencia de respostas contundentes por parte do Tribunal Constitucional, ó noso xuízo, a desestimación da demanda como consecuencia da non proba do Dereito estranxeiro si pode pór en risco o dereito á tutela xudicial efectiva en todo caso⁵⁴.

⁵² Todos estes argumentos que impiden interpretar contundentemente a *STC 33/2002* léñse en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "La aplicación...", *loc. cit.*, p. 219. A *STSX Galicia (Sala Social) 20 outubro 2005*, que orixina este traballo, emprega as referidas *STC* para crítica-la resposta da desestimación da demanda. Véxase, asimesmo, L. CARRILLO POZO, "Una doctrina constitucional...", *loc. cit.*, pp. 75-84.

⁵³ *STC 29/2004, de 4 de marzo de 2004*, RTC, 2004, 29.

⁵⁴ Neste sentido, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "La aplicación...", *loc. cit.*, *passim* (e no resto dos seus traballos citados aquí); M.V. CUARTERO RUBIO, "Prueba...", *loc. cit.*, *passim*; M. VIRGÓS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 377; L. CARBALLO PIÑEIRO, "El carácter...", *loc. cit.*, *passim*; ou J. MASEDA RODRÍGUEZ, "La aplicación judicial del Derecho extranjero: el nuevo

En efecto, o dereito á tutela xudicial efectiva non esgota o seu contido pola garantía de acceso ós Tribunais de Xustiza⁵⁵. Así o entende o Tribunal Constitucional, que vincula o seu contido á salvagarda do dereito xeral do que disfruta todo xustizable a obter unha resposta material ás súas peticións realizadas en forma ante os distintos órganos xurisdiccionáís. Ou, o que é o mesmo, a obtención dunha resolución de fondo fundada en Dereito⁵⁶. Iso require dos Tribunales ordinarios o deber de emisión dunha resposta "...material, pues material y efectiva ha de ser la tutela que los órganos jurisdiccionales han de dispensar a los derechos e intereses legítimos..."⁵⁷, e que ampare "...un acto decisorio que, a través de un juicio racional y voluntario, conlleve la apreciación subjetiva de conformidad o disconformidad de la pretensión ejercitada con el Derecho objetivo, otorgando o denegando ésta..."⁵⁸.

Así pronúnciase o Tribunal Constitucional na citada *STC 172/2004, de 18 de outubro de 2004*, nun suposto motivado especificamente pola aplicación do Dereito estranxeiro. "...(es) doctrina reiterada la de... el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa (...) Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y, en segundo lugar, que la motivación esté fundada en Derecho, carga que no queda cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad..."⁵⁹.

régimen de la LEC y la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional", A.C., nº 12, 2002, pp. 413-446. Opinando que a desestimación é constitucionalmente axustada, véxanse os traballos ó respecto de A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, p.e., "La prueba...", *loc. cit.*, p. 10; ou os traballos de P. ABARCA JUNCO/M. GÓMEZ JENE, p.e., "De nuevo...", *loc. cit.*, *passim*, aínda que, máis que apoiándose no facer do TC, fannno apoiándose nas opinións do Ministerio Fiscal ou do Avogado do Estado nas sentencias do TC que aluden ó Dereito estranxeiro.

⁵⁵ *STC 65/1985, de 23 de maio.*

⁵⁶ *STC 32/1982, de 7 de xuño; STC 265/1988, de 22 de decembro; STC 180/1988, de 3 de novembro.* Na doutrina, R. SARAZA JIMENA, *Doctrina constitucional aplicable en materia civil y procesal civil*, Madrid, 1994, pp. 140-143; J. ALMAGRO NOSETE/V. GIMENO SENDRA/V. CORTÉS DOMÍNGUEZ/V. MORENO CATENA, *Derecho procesal*, tomo I, vol. I (Parte General. Proceso Civil), 6ª ed., Valencia, 1992, p. 177.

⁵⁷ *STC 213/1990, de 20 de decembro.*

⁵⁸ *STC 46/1983, de 27 de maio* (BOE de 17 de maio de 1983; JC VI, p. 162; FD nº 6); *STC 116/1986, de 8 de outubro; STC 264/1988, de 22 de decembro* (BOE de 23 de xaneiro de 1989; JC XXII, p. 1127). Na doutrina, J. PICÓ JUNOY, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, 1997, p. 61.

⁵⁹ *STC 25/2000, de 31 de xaneiro*, RTC, 2000, 25; *STC 5/1986, de 21 de xaneiro*, RTC, 1986, 5.

Visto o exposto, a realización deste xuízo racional e voluntario que permita ó xulgador resolver materialmente a pretensión do interesado ó seu favor ou en contra, como contido "...normal..."⁶⁰ do dereito á tutela xudicial efectiva, esixe da existencia dunha pretensión e da selección dunha normativa aplicable ó contido material da mesma. Todo elo, en orde a comprobar se o solicitado polo interesado se axusta ó determinado na norma, emitindo o órgano xurisdiccional xuízo favorable na afirmativa e na súa contra na negativa.

Pois ben, a desestimación da pretensión como consecuencia da non-proba do Dereito estranxeiro non pode equivaler a unha resolución material sobre o fondo; ou, mellor dito, "...comporta una decisión judicial que no entra a juzgar sobre el fondo del asunto, pero que resuelve como si lo hiciera porque formalmente pronuncia una sentencia sobre el fondo..."⁶¹. A desestimación da demanda, como resolución á que chega o órgano xurisdiccional pola non-proba do Dereito estranxeiro, non se produce como consecuencia da subsunción da demanda do xustizable, que pretende o recoñecemento dun dereito, no suposto de feito da normativa aplicable, e de ter comprobado, dacordo con ela e en consecuencia, que as súas pretensiones non se ven amparadas pola norma. Isto é, non se deriva da realización dunha actividade de axuste material normativo de signo negativo entre a pretensión e o Dereito regulador da materia, senón que deriva do descoñecemento do Dereito material regulador da demanda pola insuficiente proba do Dereito estranxeiro aplicable ó caso.

No *Auto TC 422/2004, de 4 de novembro*⁶², o Tribunal alónxase da *lex fori* como alternativa á ausencia de proba do Dereito estranxeiro, atendendo á desestimación da demanda. Non obstante, recoñécese que esta última solución non equivale a unha resolución sobre el fondo: "...lo cierto es que ni el Juzgado de lo Social ni el Tribunal Superior de Justicia han llegado a pronunciarse sobre el fondo de la cuestión litigiosa por él planteada (derecho a la pensión de jubilación solicitada), en tanto que entendiendo que en el caso de autos resultaba aplicable, conforme al art. 10.6 C.c., la legislación laboral del lugar de

⁶⁰ *STC 64/1983, de 21 de xullo; STC 68/1983, de 26 de xullo*. Neste sentido, F. CHAMORRO BERNAL, *La tutela judicial efectiva*, Barcelona, 1994, p. 182.

⁶¹ Véxase L. CARBALLO PIÑEIRO, *R.E.D.I.*, 2001-11-Pr.; e o voto particular da *STC 33/2002*, neste sentido. Pola contra, L. CARRILLO POZO, "El Derecho...", *loc. cit.*, p. 21.

⁶² *Auto TC 422/2004, de 4 de novembro, RTC, 2004, 422*.

prestación de servicios (la turca), el demandante no acreditó su vigencia y contenido, impidiendo con ello que los órganos judiciales conociesen y resolviesen sobre el derecho por él reclamado fundado en tal legislación extranjera...”.

Dende esta óptica, a desestimación da demanda carece de sentido: se o seu rexeitamento implica, no fondo, a inadecuación da pretensión co Dereito, en consecuencia, debería existir unha norma xurídica que permita esta operación de subsunción con resultado negativo. E iso non se produce se descoñecemos a norma que permitiría ó operador xurídico realiza-la comparativa⁶³: ó descoñece-lo Dereito estranxeiro aplicable por insuficiente proba, descoñécese se, conforme a este Dereito designado, o actor é titular ou non da acción da que pretende tutela⁶⁴. Por iso, porque se trata de probar normas e non feitos (ou, en todo caso, probar normas para proba-la existencia ou inexistencia duns feitos, e, así, satisfacer ou non a pretensión da parte), só resultará posible afirmar, en todo caso, que a non proba de Dereito estranxeiro conlevará a non proba da norma que permitiría subsumir o feito no Dereito, non a non proba do feito en si mesmo.

Noutras palabras, “... la prueba del Derecho extranjero no beneficia ni perjudica necesariamente a ninguna de las partes enfrentadas: es neutra.(...) Su acreditación no es más que el punto de partida para que el juez revista jurídicamente su respuesta a la tutela judicial efectiva de intereses e derechos legítimos, que puede ser favorable o desfavorable a los intereses de la parte que alegó y probó el Derecho extranjero (...) La norma jurídica es, por así decirlo, el elemento que, por encima de las posiciones de las partes, da sentido a la decisión del juez y la legítima; mas no determina necesariamente la razón (estimación de la pretensión) del litigante al que la ley impone su acreditación, ni su ausencia puede determinar su falta de razón (desestimación de la pretensión)...; (desestimando) se ha emitido una resolución valorando jurídicamente el comportamiento procesal de la parte demandante y no el fondo de su pretensión...”⁶⁵.

⁶³ Ésta parece ser tamén a idea do Ministerio Fiscal, no caso da STC 10/2000, tal como se observa no incidente de admisión a trámite deste recurso de amparo (art. 50 LOTC) e na STC 155/2001 (non é da mesma opinión o Tribunal Constitucional. FD 3º STC 155/2001). En xeral, V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho...*, op. cit., p. 64; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Sobre la norma...*, op. cit., p. 68. Véxase, asimesmo, a nota de F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ a la STS de 17 de diciembre de 1991 (RAJ, 1991, nº 9717), en R.E.D.I., 1992-I, p. 240.

⁶⁴ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Sobre la norma...*, op. cit., p. 35 y p. 69.

⁶⁵ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La aplicación...”, loc. cit., p. 220.

STC 10/2000, de 17 de xaneiro. O razonamento exposto suporía, respecto do caso que motivou esta decisión, somete-la solicitude de separación xudicial requerida pola señora G. Charlouian á referida actividade xurisdiccional de axuste normativo de orden material, que concluiría cunha decisión do Xuíz de Primeira Instancia de Bilbao, ou da Audiencia Provincial de Vizcaya a favor ou en contra da demandante, dacordo co que dispoña o tenor da norma. Non obstante, a desestimación da demanda á que chega tanto o Xuíz de Primeira Instancia de Bilbao, como a Audiencia Provincial de Vizcaya, non deriva dunha actividade de subsunción de signo negativo entre a pretensión de separación da demandante, señora G. Charlouian, e o Dereito regulador desta materia, senón do descoñecemento da normativa material reguladora da separación xudicial entre cónxuxes pola insuficiente proba do Dereito armenio. E a non proba do Dereito armenio reclamado non constitúe lóxicamente unha causa de separación entre cónxuxes.

STC 155/2001, de 2 de xullo de 2001. Idéntico razonamento pode aplicarse ó caso que motivou esta resolución do Tribunal Constitucional. A desestimación da demanda á que chega o Tribunal Superior de Xustiza de Madrid non deriva do non-recoñecemento da remuneración salarial esixida polas señoras L. Díaz Azarola e J. Muntaner Gelabert no suposto de feito da normativa china aplicable, senón do descoñecemento do Dereito material regulador da remuneración salarial producido pola insuficiente proba do Dereito chino aplicable.

Agora ben, exposto o exposto e entendida, ó noso xuízo, unha non equivalencia entre a desestimación da demanda por ausencia de proba do Dereito estranxeiro e resposta material sobre o fondo, tamén é certo que o deber de emisión dunha resolución sobre o fondo por parte dos órganos xurisdiccionáis, como contido do dereito á tutela xudicial efectiva, non é absoluto. Elo supón a existencia de supostos nos que o xulgador resulta lexitimado para emitir resolucións non atinentes ó fondo e perfectamente axustadas á legalidade constitucional do art. 24 CE⁶⁶.

Pois ben, a desestimación da demanda como consecuencia da non-proba do Dereito estranxeiro tampouco se atopa dentro destes supostos referidos.

En efecto, o lexislador, lexitimado para a regulación do *iter* do proceso, inclúe unha serie de supostos legáis de non pronunciamiento sobre este fondo perfectamente axustados a Dereito e respetuosos co principio de tutela

⁶⁶ R. SARAZA JIMENA, *Doctrina constitucional...*, op. cit., p. 141; J. PICÓ JUNOY, *Las garantías...*, op. cit., p. 63.

xudicial efectiva. Serían supostos tales como a estimación das defensas procesuais, a inadecuación do procedemento, a caducidade da acción ou estimación da falta de litisconsorcio pasivo necesario, que actúan a modo de presuposto procesual legalmente tipificado e que estiman a finalización do proceso á marxe da emisión dunha resolución sobre o fondo da pretensión⁶⁷.

STC 200/1988, de 26 de outubro. Nesta resolución indicase que "...el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface prioritariamente con una sentencia sobre el fondo, pero nada impide que el proceso concluya con otro tipo de resolución, siempre que cuente con suficiente cobertura legal; el derecho reconocido en el art. 24.1 CE no es incondicionado, sino que está supeditado al cumplimiento de los requisitos que la norma imponga para el ejercicio de las acciones correspondientes, por lo que no puede considerarse lesionado cuando la resolución judicial... desestime una pretensión basándose en una causa legal...".

STC 33/2002, de 11 de febreiro. Nesta resolución, específica respecto do Dereito estranxeiro e tutela xudicial efectiva, faise referencia a este aspecto. "...A la vista de lo anterior es necesario recordar que este Tribunal viene afirmando de forma constante que la proclamación del derecho a la tutela judicial efectiva llevada a cabo en el art. 24.1 CE no implica el reconocimiento de un derecho a un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión llevada ante los órganos judiciales, pudiendo quedar satisfecho dicho derecho fundamental en el momento de acceso a la jurisdicción con una decisión de inadmisión, siempre y cuando esta respuesta sea consecuencia de la aplicación razonada y proporcionada de una causa legal en la que se prevea tal consecuencia..."⁶⁸.

STC 172/2004, de 18 de outubro de 2004, tamén relativa á aplicación do Dereito estranxeiro. "...el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho de los litigantes a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, que también puede ser de inadmisión si concurre causa legal para ello y así se aprecia razonadamente por el órgano judicial...".

Así pois, como se dicía, por unha banda, non está claro que a desestimación da pretensión se configure estrictamente como un presuposto

⁶⁷ *STC 115/1984, de 3 de decembro* (JC, 1984, p. 1456); *STC 19/1981, de 8 de xuño* (JC, 1981, p. 256).

⁶⁸ Ó respecto, véxanse, asimesmo, *STC 115/1999, de 14 de xuño*, RTC 1999, 115; *STC 157/1999, de 14 de setembro*, RTC, 1999, 157; *STC 158/2000, de 12 de xuño*, RTC, 2000, 158; ou *STC 94/2001, de 2 de abril*, RTC, 2001, 94.

procesual. E, por outra, aínda cando puidera entenderse que o constitúe na práctica, non pode dicirse que se atopa legalmente tipificado. Non existe unha norma legal que permita vincular a abstención a resolver materialmente sobre o fondo á condición procesual da proba do Dereito estranxeiro. Unha consulta ó art. 12.6.I C.c. e ó art. 281.2 LEC 2000 non permite determinar cal é a consecuencia xurídica á ausencia de proba. Dos referidos preceptos podería deducirse, se acaso, unha necesaria proba do Dereito estranxeiro en orde a proceder á súa aplicación, mais nada din respecto da desestimación da pretensión para aqueles casos nos que a parte interesada non proba o seu tenor⁶⁹: a sanción non se atopa, pois, perfectamente individualizada.

B. A desestimación non encaixa no art. 24 CE

Exposto o exposto, a desestimación da demanda non parece, ó noso xuízo, a mellor das respostas á ausencia de proba do Dereito estranxeiro.

Como mencionamos, nono é naqueles supostos nos que a parte interesada que alegou o Dereito estranxeiro actúa diligentemente, proponendo tódolos medios de proba ó seu alcance, e, aínda así, non chega a convencer ó xuíz do tenor do Dereito estranxeiro. De desestimar a pretensión a través dunha resolución formal sobre o fondo incurriríase nunha denegación de xustiza respecto de aquél que actúa con dilixencia, incompatible coas esixencias de tutela xudicial efectiva do art. 24 CE: as consecuencias da desidia do xulgador non deben recaer sobre o xustizable que actúa con absoluta dilixencia e que co seu comportamento determina unha vontade expresa de aplicación do Dereito estranxeiro (aínda que non conseguira o seu obxectivo). Ó contrario, de elo nace o deber do xuíz neste caso de empregar os medios de averiguación que estime necesarios para a súa averiguación e posterior aplicación (art. 281.2 LEC 2000; art. 11.3 LOPJ)⁷⁰.

E tampouco o é naqueles outros supostos nos que a parte que alega o Dereito estranxeiro non actúa coa debida dilixencia na fase probatoria. En

⁶⁹ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Sobre la norma...*, op. cit., p. 34; M.V. CUARTERO RUBIO, "Prueba...", loc. cit., pp. 35-36. Na doutrina procesalista, J. MONTERO AROCA/M. ORTELLS RAMOS/J.L. GÓMEZ COLOMER/A. MONTÓN REDONDO, *Derecho jurisdiccional, II, Proceso civil*, 7ª ed., Valencia, 1997, pp. 342-343.

⁷⁰ M. VIRGÓS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho...*, op. cit., p. 377; M.V. CUARTERO RUBIO, "Prueba...", loc. cit., p. 45. Téñase en conta, asimesmo, o art. 11.3 LOPJ. Dilixencias para mellor proveer do anterior art. 340 LEC 1881, respecto do derogado art. 12.6.II C.c., e dilixencias finais do art. 435.2 LEC 2000 respecto do art. 281.2 LEC 2000.

efecto, por unha banda, a desestimación da demanda supón unha resposta desproporcionada á deficiente actividade da parte: desestimar e, por tanto, non reconece-la pretensión material do actor (isto é, non situarse na tesitura de coñecemento da norma *para poder estimar ou desestimar*) antóxasenos unha sanción excesiva respecto do que é un comportamento estritamente procesual de parte. Impor a *carga* da proba ó actor desequilibraría na súa contra a balanza, podería eleva-lo coste da súa defensa ata cotas esaxeradas, e, incluso, imposibilitar esa defensa en caso de que o xulgador, a pesar do aportado, non se considere convencido⁷¹.

Por outra, suporía a consideración da proba do Dereito estranxeiro como unha condición implícita das normas de competencia xudicial internacional, a modo de presuposto procesual da acción, o que plantexaría problemas de coherencia coa tutela xudicial internacional que pretende ser garantida a través do sistema de normas sobre competencia⁷². Esta competencia dos Tribunais españois non implica, lóxicamente, a estimación da pretensión do actor. Todo o contrario, unha atribución de competencia a favor dos Tribunais españois debería ser complementada coa posta á súa disposición dos instrumentos necesarios en orde a ter a posibilidade, lonxe de proceder á desestimación da demanda do actor por un defecto procesual, de respostar materialmente sobre o fondo, o que só é posible de coñece-la norma estranxeira aplicable: posteriormente, aplicándoa, poderá xa respostar materialmente á pretensión do actor, e, agora si, facelo de xeito positivo se así se deduce da norma ou, pola contra, de xeito negativo se non é o caso.

Finalmente, e dado que a tarefa de proba-lo Dereito estranxeiro recae na parte interesada e que ésta non é necesariamente o actor, desestima-la pretensión do demandante por ausencia de proba do Dereito estranxeiro (e non por non axustarse a súa pretensión á norma estranxeira aplicable) antóxasenos sanción excesiva e carente de sentido naqueles supostos nos

⁷¹ M. VIRGÓS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 368. Pola contra e salvo costes desmesurados, L. CARRILLO POZO, "El Derecho...", *loc. cit.*, pp. 21 e 36, entende a desestimación como a opción razoable (os instrumentos de información da lei estranxeira alixeiran, ó seu xuízo, o coste da súa proba).

⁷² M. VIRGÓS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 368. Apuntada en F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Sobre la norma...*, *op. cit.*, p. 69. Pola súa banda, L. CARRILLO POZO, "Una doctrina constitucional...", *loc. cit.*, p. 749, critica a vinculación entre competencia e estimación da pretensión, que é o que ó seu xuízo entenden os autores antes citados.

que foi o demandado (e non o actor) quen non conseguiu proba-la lei estranxeira: sancionar ó actor por incumprimento procesual da parte contraria⁷³.

En fin, todo elo podería conlevar riscos graves de indefensión, o que convirte á desestimación da demanda, en todo caso, en escasamente respetuosa cos postulados do principio de tutela xudicial efectiva (art. 24 CE)⁷⁴: "...no encaja con el art. 24 CE que, declarada la competencia internacional de nuestros Tribunales para resolver el litigio, por un lado, sea preceptivo resolver el fondo del litigio conforme a un Derecho extranjero (art. 12.6.I C.c.), y, por otro, se puede rechazar tal solución sobre el fondo del litigio porque se ignore la norma jurídica relevante para resolverlo..."⁷⁵.

A escasa razoabilidade da desestimación da demanda a inhabilita como alternativa de solución en ausencia de proba do Dereito estranxeiro i esixe a adopción dunha resposta máis axeitada. En efecto, vimos como a desestimación da demanda por ausencia de proba do Dereito estranxeiro equivale a dicir que o dereito subxectivo do actor non existe (resolución sobre o fondo), aínda que en puridade non é unha resposta material sobre o fondo (non se probou a norma estranxeira que estima ou desestima a pretensión do actor), senón formal. E as respostas formáis do xuíz que lle permiten rematar un proceso sen resolver sobre o fondo deben estar contempladas na lei e ser proporcionales. A este respecto, por unha parte, vimos como a desestimación non se contempla expresamente na norma. E, segundo, é cuestionable que poda ser considerada unha resposta proporcional. Isto é, cabería considera-la adopción dunha resposta formal (desestimación da demanda en ausencia de proba do Dereito estranxeiro) se só a partir deste tipo de respostas (formáis) e non doutro xeito é posible protexer o ben xurídico que se atopa tras elas (no caso, respecto do ordenamento xurídico), aínda que elo supoña pór un límite a outro ben xurídico protexido como é solicitar e obter unha resposta material sobre o fondo (resolve-lo fondo aplicando o ordenamento xurídico estranxeiro)⁷⁶. Non emitir unha resposta material real sobre o fondo e ofrecer unha resposta formal sobre o mesmo cando existen cauces para protexer ambos intereses non parece axustarse en demasia

⁷³ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "La aplicación...", *loc. cit.*, p. 221. Véxase, en atención á proba que debe cubrir o demandado, a citada STS (*Sala social*) de 22 de maio de 2001, e STC 33/2002.

⁷⁴ M. VIRGÓS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 368. Pola contra, L. CARRILLO POZO, "El Derecho...", *loc. cit.*, p. 25.

⁷⁵ En palabras de F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Sobre la norma...*, *op. cit.*, p. 69. Na xurisprudencia, STSJ de Madrid de 5 de marzo de 1998 (*Act. Lab.*, 1998, 25, nº 1046B), que relaciona desestimación da demanda co art. 24 CE.

⁷⁶ L. CARBALLO PIÑEIRO, "El carácter...", *loc. cit.*, p. 496.

ó art. 11.3 LOPJ, cando estima que só cabe desestimar formalmente as pretensións realizadas ós xuíces cando o defecto fose insubsanable ou non se subsanare polo procedemento establecido nas leis. E este defecto pode ser perfectamente subsanado polos medios que o lexislador proporciona ó xuíz en aplicación do Dereito estranxeiro, co fin de emitir unha resposta material sobre o fondo do asunto: isto é, evicción da resposta formal desestimación da pretensión a favor da emisión dunha resposta material á pretensión do actor. E esta resposta material non debería ser a aplicación da *lex fori*, que é a habitual na práctica española, como vimos, habida conta das súas dificultades de encaixe no sistema: o Dereito estranxeiro non se pode aplicar por falla de proba e o Dereito español tampouco porque a norma de conflito, imperativa, envía a un Dereito estranxeiro (art. 12.6.I C.c.), co que cabería pensar nun vicio de inconstitucionalidade formal ó alterar por un cauce incorrecto as fontes do Dereito⁷⁷. E os pronunciamentos do Tribunal Constitucional ó respecto tampouco axudan moito. A STC 10/2000, que fai referencia á aplicación da *lex fori*, non realiza ningún tipo de apreciación ó respecto (“...la demandante civil..., con expresa invocación del art. 24.1 CE, solicitó del Juez de Primera Instancia que, de no probarse el Derecho extranjero, se le aplicara la legislación española sobre la materia...”. FD nº 3). A STC 155/2001, pola súa parte, realiza unha referencia sobre a *lex fori* como alternativa á ausencia de proba do Dereito estranxeiro, aínda que escasamente precisa, tal vez para considerar suficientemente motivada unha sentenza que aplique o Dereito español en supostos de ausencia de proba do Dereito estranxeiro (“...en el supuesto enjuiciado lo cierto es que el órgano judicial impidió a la parte actora conocer la *ratio decidendi* de su resolución, es decir, las razones por las cuales se revocó la anterior decisión judicial..., todo ello contrariando, a la hora de aplicar la legalidad vigente, la doctrina sentada en la materia por el Tribunal Supremo de deber estar, en defecto de proba del Derecho extranjero invocado en el proceso, al Derecho español, según se desprende de una reiterada jurisprudencia. Doctrina jurisprudencial que, ciertamente, es más respetuosa con el contenido del art. 24.1 CE que la solución adoptada por la Sentencia impugnada de tener por decaída la demanda, dado que el Derecho español, con carácter sustitutorio del que resulta aplicable, también puede ofrecer en una situación de tráfico externo la respuesta fundada en Derecho que el citado precepto constitucional exige...”. FD 5º STC 155/2001). E a STC 33/2002 só alude á *lex fori* para dicir

⁷⁷ Como mostra, *STSJ Canarias 19 setembro 2003*, AS, 2003, 4153: “...ello equivaldría al absurdo de sancionar la omisión de prueba deliberadamente querida de la norma extranjera con la aplicación de la Ley española, cuando se considerase que ésta era más beneficiosa...”; tamén, *STSJ Madrid 31 maio 2004*, AS., 2004, 2347; o *STS (Sala social) 22 maio 2001*, RAJ, 6477, que se pronuncian nestes termos. Tamén, *Auto TC 422/2004, de 4 de novembro*, RTC, 2004, 422, que rexeita a aplicación da lei española a título subsidiario. Neste sentido, L. CARBALLO PIÑEIRO, “El carácter...”, *loc. cit.*, pp. 493-494., que avoga pola aplicación de oficio da lei estraxeira en todo caso, para evita-los trastornos que produce o erróneo tratamento que a xurisprudencia tradicional proporciona ó Dereito estranxeiro.

“...evitando, además, hacerlo a través de la aplicación subsidiaria de la *lex fori*, es decir, de la legislación laboral española...”.

Por iso, partindo dun sistema de acreditación do Dereito estranxeiro a cargo das partes, tal vez a mellor opción sexa permitir que sexa o xuíz o que tome a iniciativa a través dos medios que o lexislador pon ó seu alcance, e que traia ó Dereito estranxeiro ó proceso, conceda ás partes a posibilidade de debater con base nas súas normas, e, posteriormente, cargue coas costas derivadas da averiguación da lei estranxeira á parte que tiña o deber de acreditarla⁷⁸.

IV. Conclusións

Todo elo, e a cuestión relativa á desestimación da demanda en ausencia de proba do Dereito estranxeiro non é máis que unha mostra, non fai máis que pór de manifesto, de novo, neste tema ou en calquera outro referido á aplicación procesual do Dereito estranxeiro que puidésemos tratar, a ausencia de modelo na mente do lexislador cando decidiu regular esta materia. Máis todavía cando existen aspectos como é éste (e outros varios) da regulación do comportamento xudicial en defecto de proba do Dereito estranxeiro que, como se veu, nen sequera foi obxecto de regulación positiva específica (non existe mención a este punto nos arts. 12.6 C.c. e/ou art. 281.2 LEC 2000, isto é, nen antes nen despois da reforma). Ausencia de modelo que fai derivar, como indicamos, unha pluralidade de respostas ante idénticos problemas que xeran unha importante inseguridade xurídica, e que, aínda que as últimas

⁷⁸ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La aplicación...”, *loc. cit.*, p. 221; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Sobre la norma...*, *op. cit.*, pp. 42-43, y p. 45; L. CARBALLO PIÑEIRO, “El carácter...”, *loc. cit.*, p. 489. Véxase a *SAP Baleares 9 outubro 2002* (JUR 2003, 28857), cando indica que, se a parte non proba o Dereito estranxeiro, non procede aplicar a lei española, senón, con arreglo ó art. 429 LEC 2000, “...retrotraer las actuaciones procesales...” en orde a que a parte actora presente a súa demanda dacordo co Dereito estranxeiro aplicable, se practique proba contradictoria sobre o seu tenor, e se dicte, en consecuencia, unha nova resolución; ou a *STSX Galicia (Sala Social) 20 outubro 2005*, *cit.*, que fala de devolver “...lo actuado al referido juzgado para que la juzgadora de instancia, dictando otra nueva (sentencia) con libertad de criterio y utilizando, en su caso, las diligencias finales, resuelva, partiendo de los criterios anteriormente expuestos, sobre la calificación que merece la extinción de la relación laboral sujeta a esta impugnación judicial...”. En contra destas opinións, A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La prueba...”, *loc. cit.*, p. 9; *id.*, *Derecho internacional privado*, 7ª ed., vol. I, Granada, 2006, p. 270. Véxase, asimesmo, a *STSJ Madrid 20 febreiro 2001* (AS, 2001, 1645), na que o recurrente plantexa a posible vulneración do art. 24 CE por falta de motivación e fundamentación na Sentencia de instancia en relación coa decisión de considerar de oficio aplicable a lexislación uruguaia, cando ningunha das partes, ó seu xuízo, alegaron en momento algún a aplicación do Dereito de Uruguai (o recurso foi desestimado xa que o TSJ de Madrid considerou que si houbera alegación).

actuacións do Tribunal Constitucional na materia conseguiron certos avances ó respecto, esixe de verdade a asunción dun modelo único (o que sexa, pero único) de tratamento procesual do Dereito estranxeiro: por exemplo, aplicación de oficio do Dereito estranxeiro. Non nos parece aconsellable ter que agardar a que o desenvolvemento no tempo da práctica xurisdiccional vaia, se pode, marcando unhas liñas de comportamento o suficientemente claras que permitan falar dunha seguridade xurídica no tratamento procesual do Dereito estranxeiro que, a estas alturas, non existe (e moito nos tememos que tardarán moito en existir de seguir como se segue)⁷⁹. Noutras palabras, o modelo único do que falamos sería aconsellable dende xa, o que só é posible, ó noso xuízo e tal como se indicou asimesmo noutros foros, a través dunha reforma legal consciente e reflexionada⁸⁰.

⁷⁹ Non é así o parecer de L. CARRILLO POZO, "El Derecho...", *loc. cit.*, p. 62, que entende que hay *sistema*, que está perfilado a nivel normativo e que na práctica a definición tamén existe, confiando que o desenvolvemento desta práctica permita o establecemento de pequenas regras contemplativas dos distintos casos. Ó noso entender non é ése, tal como se observa ó longo deste traballo.

⁸⁰ Sobre a necesidade de reforma legal, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2004, p. 157 y 159; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "La aplicación...", *loc. cit.*, p. 222; *id.*, "Aplicación judicial del Derecho extranjero: la desconcertante...", *loc. cit.*, pp. 1-7.