

**SAP Castellón 6 marzo 2007**

(= divorcio entre cónyuges iraníes)

***Cuestiones:***

1º) ¿Debió el tribunal competente indagar el contenido del Derecho extranjero aplicable?

2º) ¿Qué Ley debe aplicarse a este divorcio?

3º) ¿Que Ley rige, según el tribunal sentenciador, la cuestión de la patria potestad y/o guarda y custodia del menor iraní?

**SAP Castellón 6 marzo 2007**

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

No se aceptan los que se opongan a los que seguidamente se dirán. Se aceptan el resto.

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia se alzan ambas partes litigantes interesando su revocación constituyendo motivo común de disconformidad la no concesión por parte del juez de instancia del divorcio solicitando por demandante y demandado.

A su vez por la representación de D<sup>a</sup>.Nataliase interesa la privación de la patria potestad al padre de los menores D.Felipe, y suspensión del régimen de visitas, motivos que fundamenta en las razones expuestas en su escrito de interposición del recurso de fecha 28/12/05 y a los que seguidamente se hará referencia.

La representación del Sr.Felipesolicita que sea minorizada la pensión alimenticia establecida en favor de sus hijos a la cantidad de 120 euros mensuales, y que se amplie el régimen de visitas, motivos sustentados en su escrito de interposición de recurso.

Por el Ministerio Fiscal se interesó la confirmación de la resolución impugnada por sus propios fundamentos.

SEGUNDO.- Respecto del primero de los motivos del recurso consistente en si es de aplicación o no el derecho español por ser la residencia común de los esposos que ostentan la nacionalidad iraní, es de hacer constar que como dicen lassentencias del T.S. 7/09/1999, 10/06/2005, entre otras para que el derecho extranjeros pueda ser aplicable en el proceso, su vigencia y contenido han de quedar probados, ya que se trata de una de una consecuencia que al Tribunal y a las partes no se les puede exigir conocer, a diferencia de lo que ocurre con del derecho español en virtud del principio iura novit curia.(art. 1.7 y 6.1 del C.C.)

Como dice la sentencia de la A.P. de Toledo 1/09/2006 "Según reiterada

doctrina jurisprudencial, la invocación de derecho extranjero al ser una mera cuestión de hecho, como tal ha de ser alegada y probada, siendo necesario acreditar no solamente la exacta entidad del derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los Tribunales españoles, todo ello mediante la pertinente documentación fehaciente, no considerándose suficiente para justificar la obligación en ellos determinada la cita aislada de artículos de códigos extranjeros, pues hay que acreditar la existencia y el sentido de la ley que se invoca, normalmente, por medio de un dictamen de dos jurisconsultos T.S. 1ªS.S. de 30 de junio de 1962, 28 de octubre de 1968, 4 de octubre de 1982, 15 de marzo de 1984, 12 de enero y 11 de mayo de 1989 y 7 de septiembre de 1990."

Consta acreditado en autos que ambos litigantes de nacionalidad iraní pese a los esfuerzos realizados por los mismos, dada su nada buena situación económica, no han podido acreditar el derecho extranjero de aplicación en virtud de su ley nacional, habiendo resultado fallidos incluso el auxilio impetrado a través de la embajada correspondiente. Nos encontramos pues con que el derecho extranjero no ha sido probado.

Las sentencias del T.S. 11/05/1989 y 21/06/1989, 23/05/1992, establecen que la falta de prueba del derecho invocado, debe llevar según doctrina jurisprudencial consolidada y pacífica en la materia a aplicar el derecho patrio.

El art. 107 C.C. establece que, a falta de Ley nacional común, (supuesto que debe equipararse al de la falta de prueba, y aportación) el derecho aplicable será el de la residencia habitual común, esto es Castellón, y por tanto el Derecho español.

Ciertamente dijimos en nuestra sentencia de 7 de abril de 2005 lo siguiente: "El artículo 107 CC, en su redacción dada por LO 11/2003, de 29 de septiembre, en su número 2 establece, con carácter general y en lo que aquí interesa, que la separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda. No obstante el párrafo 2º de dicho precepto determina, también en cuanto ahora interesa, que "en todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges .... resida habitualmente en España: b) si en la demanda presentada ante el tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro". Por lo tanto, conforme a dicho precepto resultará aplicable a la separación (que es el caso) o el divorcio la ley española cuando cumulativamente concurren dos requisitos: primero, que uno de los cónyuges resida habitualmente en España; y segundo, que la separación (o el divorcio) se pida por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro."

Y en el caso que nos ocupa concurren ambos requisitos, la residencia habitual en España de ambos cónyuges litigantes, y ambos solicitaron la separación y posteriormente el divorcio en virtud de la aplicación de lo dispuesto en la Disposición Transitoria única primero de la Ley 15/2005 de 8 de julio, petición que reiteraron en sus respectivos escritos de apelación.

La cuestión aquí planteada difiere del caso resuelto en la sentencia citada, ya que se trató por todos los medios por las partes probar el derecho extranjero, lo que no consiguieron por causa independiente de su voluntad, y el juzgado en virtud de lo dispuesto en el art. 281.2 de la LEC no procedió a averiguar por todos los medios a su alcance y que considerara necesario el derecho extranjero aplicable, por lo que el derecho a la tutela judicial efectiva en este caso si resultaría vulnerado de no aplicar la *lex fori*.

De lo referido se deriva la aplicación sustitutiva del Derecho material español por ser la *lex fori* aplicable por los Tribunales españoles, porque así lo exige la necesidad de dar una respuesta a la cuestión planteada, consustancial con el principio de tutela judicial efectiva consagrada en la C.E. art. 24, doctrina coincidente con la tradicionalmente seguida por el T.S., ejemplo de cuyas resoluciones cabe señalar en SS de 13 diciembre 2000, 17 julio 2001, 5 marzo 2002, 2 diciembre 2003, entre otras muchas. Debemos agregar que la L. 8/00 de 22 diciembre sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España dispone que le son aplicables los derechos del Título 1 de la C.E. en los términos establecidos en los Tratados Internacionales, en la propia ley y en las que regulan el ejercicio de cada uno de ellos, ejercitando los derechos que se reconocen en la Ley en condiciones de igualdad con los españoles, y siendo que el art. 32 C.E. establece que la Ley regulará las causas de separación y disolución y sus efectos, tales derechos son ejercitables por los extranjeros en España en igualdad con los españoles.

Entrando pues en el fondo del asunto, sobre el divorcio interesado, es de hacer constar que conforme a la nueva legislación, Ley 15/2005 no es necesario argumentar, ni demostrar la concurrencia de causa alguna, por cuanto según la exposición de motivos de la Ley "el respecto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado en el art. 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desee seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no seguir casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de la voluntad expresada en la solicitud, ni desde luego, de una previa e ineludible situación de separación".

En el caso de autos hace más de tres meses que los litigantes no conviven juntos por lo que procede la concesión del divorcio interesado.

TERCERO.- La segunda cuestión a determinar es la procedencia o no de la privación de la patria potestad al padre de los menores Felipe, así como la privación del régimen de visitas que fundamenta la representación procesal de D<sup>a</sup>. Natalia en los malos tratos de los que han sido objeto los menores y su madre, lo que ha dado lugar a algún procedimiento penal, estando otro pendiente de la celebración del juicio, obrando incorporado a las actuaciones escrito de acusación por tres delitos del art. 153 y tres delitos del art. 173, y en donde se interesa entre las penas solicitadas la privación de la patria potestad por la vía de la inhabilitación especial.

La resolución de la cuestión planteada ha de partir de que la patria potestad, como dice la sentencia de 24 de abril de 2000, "es en el derecho moderno, y concretamente en nuestro derecho positivo, una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el artículo 39.2 y 3 de la Constitución; de tal manera que todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño como dispone el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, incorporada a nuestro derecho". Tal y como señala la sentencia de 11 de octubre de 1991, "el derecho de los padres a la patria potestad con relación a sus hijos menores y dentro del mismo, el específico a la guarda y tutela de los mismos, viene incluido entre los que la doctrina dominante denomina derechos-función en los que, la especial naturaleza que les otorga su carácter social, que trasciende del ámbito meramente

privado, hace que su ejercicio se constituya, no en meramente facultativo para su titular -como sucede en la generalidad de los derechos subjetivos- sino en obligatorio para quien lo ostenta, toda vez que adecuado cumplimiento llena unas finalidades sociales - en este caso de interés familiar- que le hacen especialmentepreciado para el ordenamiento jurídico".

Así concebida, como un derecho-deber o como un "derecho-función" (STS de 30 de abril de 1991, 12 de febrero de 1992 y 31 de diciembre de 1996, entre otras), puede, en determinados casos, y por causa de esta moderna concepción, restringirse o suspenderse, e incluso cabe privarse de la misma por ministerio de la ley, cuando sus titulares, por unas u otras razones, no asumen las funciones inherentes a ella o las ejercen con desacierto y perjuicio para sus hijos, llegando a la solución más radical en el supuesto de incumplimiento de los deberes que configuran tal institución jurídica conforme prescribe el artículo 170 del Código Civil, que a diferencia de la redacción originaria contemplada en dicho Texto sustantivo, no requiere sustentar la indignidad del progenitor, ni localizar a toda costa, una culpabilidad en el incumplimiento de los deberes, y que, según interpretación doctrinal y jurisprudencial, más que una sanción al progenitor incumplidor, implica una medida de protección del niño, que debe ser adoptada, por ende, en beneficio del mismo, en tanto que la conducta de aquél, que ha de calificarse como gravemente lesiva de los intereses prioritarios del menor, no se revele precisamente como la más adecuada para la futura formación y educación del mismo.

Por último, la reciente STS de 10 noviembre de 2005 considera restrictiva la interpretación del precepto (Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio y 18 de octubre de 1996, entre otras), sea desde la exigencia de una interpretación que atienda prioritariamente al interés del menor, (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1992 y 31 de diciembre de 1996, entre otras), postulados ambos no incompatibles, añadiendo que la privación total o parcial de la patria potestad requiere la realidad de un efectivo incumplimiento de los deberes de cuidado y asistencia(Sentencia del Tribunal supremo de 24 de abril de 2000) imputable de alguna forma relevante al titular o titulares de la patria potestad, juicio de imputación basados en datos contrastados y suficientemente significativos de los que pueda inducirse la realidad de aquel incumplimiento con daño o peligro grave y actual para los menores derivados del mismo.

Partiendo de la anterior doctrina, y tras el examen de las actuaciones comparte la Sala los razonamientos y conclusión alcanzados por el juez de instancia, el cual tras valorar la prueba practicada, concluye que efectivamente tal y como ha sugerido la perito Sra. D<sup>a</sup>.Marí Juanano es aconsejable en interés de los menores ni siquiera privar a los hijos de relacionarse con su padre.

En este orden de cosas expone la sentencia de instancia: "De la documental aportada, tanto de particulares del procedimiento penal como los múltiples informes de psiquiatras, psicólogos, asistentes sociales, educadores y mediadores familiares, se despenden datos contradictorios. De un lado, parecen estar más acreditados (y así lo reconoció el propio Sr.Felipea algunos de los profesionales que lo trataron) episodios de malos tratos hacia su esposa; sin embargo, los malos tratos hacia los hijos aparecen más controvertidos y los indicios de dichos malos tratos contra los menores, aunque existen, no parecen tan concluyentes como los cometidos contra la cónyuge. En este procedimiento civil no constan tantas pruebas como a buen seguro obrarán en el procedimiento penal, acerca de la comisión de los hechos delictivos; de la prueba

obrante no se desprende la concurrencia de hechos de entidad suficiente como para privar de la patria potestad al padre. Efectivamente, aunque se aprecia un incumplimiento o cumplimiento inadecuado de los deberes derivados de la patria potestad en el Sr.Felipe, que muestra un comportamiento excesivamente autoritario hacia sus hijos, no consta aquí acreditado que su conducta haya sido de una entidad tal (por la gravedad de algún hecho concreto o por la reiteración de actos inadecuados) como para adoptar una medida tan drástica como la solicitada, habida cuenta el criterio restrictivo que rige en su adopción(STS de 6 de julio y 18 de octubre de 1996). Por ello, la patria potestad seguirá siendo compartida por ambos progenitores. Todo ello sin perjuicio de lo que pueda acordarse al respecto en el procedimiento penal de conformidad con lo dispuesto en el Código Penal".

Comparte la Sala en su integridad la valoración de la prueba que realiza el juez de instancia, ya que efectivamente existe prueba contradictoria sobre si los malos tratos afectaron a su vez a los menores, y respecto de esta concreta cuestión quedará aclarada en el proceso penal pendiente de resolución donde en su caso se procederá a la privación de la patria potestad a través de la imposición de la pena de inhabilitación especial solicitada.

Así pues no aprecia la Sala motivo alguno que justifique la revocación de dicho pronunciamiento.

En el mismo orden de cosas respecto de la supresión del régimen de visitas, la Sala comparte la sentencia de instancia ya que efectivamente al igual que acontece en torno a la patria potestad existe prueba contradictoria sobre dicho extremo, la sentencia de instancia valora correctamente el conjunto de la prueba practicada y concluye que es más relevante el informe pericial emitido por la psicóloga D<sup>a</sup>.Marí Juana, la cual ha explorado a la totalidad de los miembros de la familia desprendiéndose del contenido de su informe que es evidente el conflicto familiar; téngase en cuenta que el presente procedimiento deviene de las Diligencias nº 4398/04 del Juzgado de Instrucción nº 4 de Castellón en el que se dictaron las medidas de orden de protección a la víctima.

Se hace referencia en dicha pericial al carácter autoritario del padre que en ocasiones ha desembocado en la situación de incomunicación entre el padre y los hijos con una negativa de éstos a relacionarse con aquél. La postura más radical es la del hijo mayor, que se ha posicionado claramente a favor de su madre contra su padre, actitud que, aparte del sustrato de los malos tratos presuntamente recibidos, hay que observar desde la perspectiva de un adolescente conflictivo (con malos resultados académicos, absentismo escolar, ...) que choca mucho con un padre que pretendía imponer su autoridad. Hay que tener en cuenta también la pendencia de un procedimiento penal seguido contra el Sr.Felipepor presuntos actos de violencia doméstica. Todo lo anterior lleva a la imposibilidad de establecer un régimen de visitas normalizado entre padre e hijos, en aras a la protección de éstos, que además resultaría inviable dada la negativa de los menores a ir con su padre. Ahora bien, lo anterior no puede llevar tampoco a negar todo tipo de contacto entre ellos, por cuanto que el restablecimiento de una relación podría repercutir favorablemente en todos los miembros de la familia. La reanudación de la relación paternofamiliar deberá ser progresiva, supervisada y acompañada de las actuaciones necesarias para preparar a padres e hijos para esta relación.

En base a lo anterior no considera la Sala procedente, modificar dicho régimen de visitas, sino mantenerlo en sus propios términos, sin perjuicio de que tal y como ha manifestado el Ministerio Fiscal en el acto del juicio en su día se presente la oportuna demanda de modificación de dicho régimen. Además teniendo en cuenta que se halla

pendiente de celebración el juicio penal en el que se ha interesado la pena de inhabilitación especial de privación de la patria potestad.

No obstante lo anterior, considera la Sala que habida cuenta que resulta más penoso a la madre de los menores desplazarse junto con sus hijos a la localidad de Castellón desde Alicante donde vive, de lo cual ya tiene conocimiento el Sr.Felipe, procede acudir la petición interesada en el sentido de que los encuentros se celebren en la localidad de Alicante para lo cual el Juzgado de Familia deberá librar las ordenes oportunas, en virtud de lo cual será el padre de los menores quien únicamente deberá desplazarse.

CUARTO.- Queda por último la cuestión referente a la cuantía de la pensión alimenticia. A tales efectos considera el juez de instancia que 180 euros por hijo es adecuada en atención a las necesidades de los hijos y capacidad del obligado al pago (900 euros al mes y cuotas del préstamo hipotecario). Pretende el recurrente satisfacer 60 euros menos por hijo. No está de acuerdo la Sala con dicha petición, por cuanto la cantidad fijada por el juez de familia se puede decir que es el mínimo necesario para los alimentos de los menores, y el padre puede sufragar dicho importe con su trabajo personal siendo que se trata de una cantidad perfectamente asequible y constituye su obligación el contribuir al vestido, alimentación, y educación de sus hijos.

La Sala da por reproducidos los argumentos que contiene la sentencia de instancia en el fundamento de derecho quinto de su resolución.

Vistos los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación:

**F A L L A M O S** QUE ESTIMAMOS en parte los recursos presentados por las representaciones procesales de D<sup>a</sup>.Nataliay D.Felipe, contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 7 de Castellón, en el proceso por Divorcio nº 1280/04 de donde dimana el presente rollo, la cual **REVOCAMOS** en el particular referente a que se declara disuelto por divorcio el matrimonio contraído entre los litigantes el 15/12/1989 en Irán, y en el particular referente a que el regimen de visitas se desarrolle en el punto de encuentro de Alicante al que deberá desplazarse el Sr.Felipe, **CONFIRMAMOS** el resto de pronunciamientos que la sentencia contiene.

-----