

**SAP Barcelona 11 febrero 2009**

(= divorcio entre cónyuges marroquíes)

***Cuestiones:***

1º) ¿Qué norma de conflicto es aplicable en este caso?

2º) ¿Qué indica el tribunal en relación con la carga de la prueba del Derecho extranjero?

3º) ¿Qué indica el sentenciador en relación con la aplicación de oficio del Derecho extranjero y de la norma de conflicto?

**SAP Barcelona 11 febrero 2009**

[divorcio entre cónyuges marroquíes]

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida, a la que, además, serán de aplicación los que a continuación se expresan con ese mismo carácter, y

PRIMERO Por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Barcelona se dictó Sentencia en fecha 29 de Noviembre de 2007 mediante la que se declaró: Que estimando parcialmente la demanda de divorcio interpuesta por Patricia contra Imanol, declaro disuelto el matrimonio de los expresados por divorcio, con todos los efectos legales inherentes, y, en especial, los siguientes: 1) La atribución en exclusiva del ejercicio de la guarda y custodia y patria potestad de la menor a la madre; 2) no ha lugar al establecimiento de un régimen de visitas paterno filial subsidiario al acuerdo entre los progenitores; 3) como pensión de alimentos para la menor, se establece que el padre contribuirá con la cantidad de 180.-? mensuales, que será actualizada conforme al IPC. Frente a tal resolución, se alzaron el digno representante del Ministerio Fiscal y la madre de la menor, interesando el primero la supresión de la titularidad al padre de la potestad, y la segunda, además, que fuese incrementada la pensión alimenticia a cargo del padre a la suma de trescientos euros

mensuales. El padre, declarado en la primera instancia en situación de rebeldía procesal, tampoco ha comparecido en la presente alzada.

SEGUNDO Antes de entrar en el fondo del asunto, hemos de patentizar que en el caso enjuiciado es posible observar la nacionalidad marroquí de los litigantes, los cuales contrajeron matrimonio en Tomás (Reino de Marruecos) en fecha 6 de Diciembre de 1995, trasladándose a vivir a Cataluña, concretamente a Barcelona, y que de dicha unión en el año 1998 ha nacido una hija, Iván. El párrafo 2º del artículo 9.2 del CC, incardinado en el Capítulo IV (Normas de Derecho Internacional Privado), señala que la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107, estableciendo éste 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. La Ley de la residencia habitual queda reservada a los casos en los que no exista nacionalidad común, o a los casos en los que las leyes nacionales aplicables no reconocieran la separación o el divorcio, fuesen discriminatorias o contrarias al orden público. Pues bien, en la primera instancia por la Sra. Juez del primer grado se afirmó que al no haberse probado el derecho extranjero, se aplicará la legislación material española. Ello es así, por cuanto la demandante únicamente se limitó a enunciar la Mudawana en el FJ 5º de su escrito de demanda, sin justificar ni siquiera mínimamente su contenido, o la doctrina jurisprudencial que interpreta esta normativa.

En este sentido, las SSTs de 25 de Enero de 1999, 9 de Febrero de 1999, 31 de Diciembre de 1994 y 7 de Septiembre de 1990 señalan que quien pretenda valerse del derecho extranjero ha de acreditar en juicio, no solo la existencia de la legislación de que se trate, sino también la línea jurisprudencial mantenida en la materia; esto es, acreditar tanto la exacta entidad del derecho vigente, como su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los Tribunales españoles. Y aunque el artículo 281 de la LEC permitiría a éstos recurrir a expertos en el derecho extranjero de que se trate, no obliga a designar dichos expertos a costa del erario público, pareciendo más razonable, por tanto, que sea la parte que lo alega, la que se esfuerce en probarlo; señalando la recentísima STS de 30 de Abril de 2008 que "el derecho extranjero es una cuestión de hecho, y es necesario acreditar y probar la exacta entidad del derecho vigente, su alcance y autorizada interpretación, pues de otro modo, cuando no le sea posible al Tribunal español fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero, habrá de juzgar y fallar según el Derecho patrio, de acuerdo con el artículo 12.6 II del Código civil (texto entonces vigente), cuyo inciso final y la interpretación en base a jurisprudencia consolidada (sic). Lo que no puede ser confundido con la aplicación de oficio de la norma de conflicto, además de que la jurisprudencia ha declarado que quien invoca el Derecho extranjero ha de acreditar en juicio la existencia de la legislación que solicita, la vigencia de la misma y su aplicación al caso litigioso, y la facultad que se concede al juez en el artículo 12.6. II, inciso final (texto hoy derogado por la Ley 1/2000 de 7 de enero) no constituye una obligación".

Por tanto, es preciso concluir, que la sentencia del primer grado ha aplicado correctamente al caso la norma de conflicto y, posteriormente, lo previsto en el derecho español ante la falta de acreditación del contenido y alcance del derecho extranjero, extremos que la juzgadora de instancia no estaba obligada a investigar de oficio.

TERCERO Expuesto lo anterior, basan la recurrente y el digno representante del Ministerio Fiscal su recurso de apelación en que el ignorado paradero del padre, quien no se ha ocupado de la menor desde el año 2000, en que abandonó el domicilio familiar, constituye causa bastante para que sea pronunciada la privación a este progenitor de la titularidad de la potestad, por cuanto su ejercicio ya ha sido atribuido de una manera exclusiva a la madre en la sentencia del primer grado. En orden a la resolución sobre dicha pretensión en ambos recursos de apelación, habrá de tenerse en cuenta que según la doctrina reiterada de esta Sala (por todas, la Sentencia de 12 de Octubre de 2006), conforme a lo dispuesto en el artículo 133 del Código de Familia, la potestad constituye una función inexcusable y, en el marco del interés general de la familia, se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad; disponiendo el artículo 136.1 del mismo texto legal que el padre y la madre pueden ser privados de la titularidad de la potestad sólo por sentencia firme, fundamentada en el incumplimiento grave o reiterado de sus deberes, o por sentencia dictada en causa penal o matrimonial. A este respecto, la jurisprudencia ha puesto de manifiesto que la patria potestad de la prole actúa como derecho inherente de la paternidad y maternidad, y en nuestro ámbito tiene indudable carácter de función tutelar que la configura como institución en favor de los hijos. Así lo ha declarado la jurisprudencia desde antiguo (SSTS de 28-10-1891, 25-6-1923, 3-3-1950, 18-2-1969 y 9-3-1984), así como las más recientes de 23-7-1987, 18-10-1996 y 5-3-1998. La protección a cargo de la familia, que impone la condición del menor, conforme declara el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 19 de diciembre de 1966) y que refiere el artículo 39.3 de la Constitución, en su vertiente obligatoria de derecho-función, llevó al legislador a la procura de un ejercicio correcto de la patria potestad, y evitar que pudiera resultar contrario a los intereses de los hijos. Por ello, la STS de 6/07/1996 afirma que se pueda privar total o parcialmente de su potestad a los progenitores mediante sentencia civil, que ha de fundarse en incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, lo que ha de presentarse plenamente probado.

CUARTO Aplicando dicha doctrina jurisprudencial al caso de autos, y teniendo en cuenta el contenido de los artículos 133, 136 y ss. del Código de Familia, la patria potestad constituye una función inexcusable, coligiéndose que la privación de la titularidad de la misma ha de ser objeto de interpretación restrictiva, siendo necesario para adoptar una medida tan drástica y trascendente que concurren circunstancias excepcionales <<incumplimiento grave o reiterado de sus deberes, o por sentencia dictada en causa penal o matrimonial (art. 136.1 del CF)>> que así lo aconsejen; siempre en interés y beneficio del menor que es el interés que debe resultar protegido, sin que dichas circunstancias excepcionales puedan considerarse concurrentes en el presente caso, ya que los hechos en los que basan su solicitud los ahora recurrentes son los relativos a un incumplimiento por el padre -en paradero desconocido- de toda comunicación con la menor a partir del mes de Marzo del año 2000, así como su obligación de prestarle alimentos. Tales hechos, aún resultando de por sí sumamente relevantes, son insuficientes para suprimir la titularidad al padre de la potestad, desde la óptica de la más adecuada tutela de los intereses de la menor; máxime, si se tiene presente que el ejercicio de la potestad ya ha sido atribuido en exclusiva a la madre por la sentencia del primer grado (art. 137.3 CF). Así las cosas, esta solicitud de los recurrentes debe ser desestimada.

QUINTO Impugna también la madre recurrente, no así el digno representante del Ministerio Fiscal, la pensión de alimentos a cargo del padre que en cuantía de 180.-? mensuales fue establecida por la Sra. Juez del primer grado en su resolución. Sin embargo, tal y como se razona en su recurso por el digno representante del Ministerio Público, la madre en el transcurso del procedimiento no supo decir donde se encontraba el padre ni que trabajo desempeña, o los ingresos que pudiera obtener, por lo que no existiendo ninguna prueba sobre la capacidad económica del padre(art. 267 CF), habrá de reputarse que la pensión de alimentos fijada a cargo de éste por la Sra. Juez, resulta adecuada a la capacidad económica de una persona que no posee ingresos. Por lo que este motivo del recurso asimismo debe decaer.

SEXTO En materia de costas procesales, pese a la desestimación del recurso que ahora se pronuncia, atendida la circunstancia de que el presente procedimiento ha sido seguido en situación de rebeldía procesal del padre de la menor, y, atendidas, asimismo, las serias dudas de hecho y de derecho que el enjuiciamiento del caso suscita, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 398.1 en relación con el 394.1 de la LEC, no se verifica un expreso pronunciamiento condenatorio de las costas procesales de la alzada.

VISTOS los mencionados preceptos y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que desestimando como desestimamos los recursos de apelación interpuestos por el digno representante del Ministerio Público y el Procurador de los Tribunales Sr.

....

- - - -