

La jurisprudencia sustituyó también la regla inconstitucional (ley nacional del marido al tiempo de la celebración) por la conexión «residencia habitual común de los cónyuges», por aplicación analógica del art. 107 Cc y teniendo en cuenta el carácter subsidiario que el art. 9.10 Cc otorga a esta conexión, como se aprecia en la S TS 6 de octubre de 1986 (RAJ, 1986, núm. 5327). A falta de voluntad declarada, el criterio seguido por los Tribunales para averiguar el Derecho aplicable es la intención de las partes de establecer su primer domicilio matrimonial en un Estado dado.

En el caso presente el recurso a la autonomía no está demostrado fehacientemente y está justificado tradicionalmente por el razonamiento, muy conocido en Derecho interno, que consiste en decir que al no hacer contrato los esposos han entendido someterse al régimen legal (P. MAYER, *Droit international privé*, 4.<sup>a</sup> ed., París, 1991, p. 475), sistema aplicable a la regulación interna de este matrimonio. Sin embargo se ha estimado que existe un cierto declinar de la autonomía que se ha puesto de relieve en la mayor parte de los países por la existencia de reglas imperativas en cuestión de régimen matrimonial (P. GANNAGÉ, «La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille», *Rev. crit. dr. int. pr.*, vol. LXXXI, 1992, pp. 425-454; I. VIARENGO, *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Padua, 1996), que se aplicarían a los supuestos interno e internacional.

Por otra parte el actor, en su momento extranjero, no ha acreditado su Derecho, cuando es abundante la jurisprudencia española sobre la obligación de alegarlo y probarlo. El Cc exige que la persona que invoque el Derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española (art. 12.6) (SS TS de 7 de septiembre de 1990 y 23 de octubre de 1992). La situación sería diferente si se aplicara el Derecho español vigente, pues al ser el marido ya español, se aplica este Derecho y no hay necesidad de alegación y prueba del Derecho extranjero.

D) Esto lleva a la Aud. Prov. a desestimar la demanda y a no entrar en la excepción de cosa juzgada que el demandado, don E. J., opuso en su escrito de contestación a la demanda, cuando ninguna de las partes discute la inadmisión de la excepción.

Antonio MARÍN LÓPEZ

### 3. Filiación

#### A) Filiación por naturaleza

1999-32-Pr

**FILIACIÓN Y ALIMENTOS.—Acción de reclamación de filiación paterna.—Legislación aplicable.—Reclamación de alimentos.—Desconocimiento de la autonomía de la prestación de alimentos.—Desconocimiento de la normativa aplicable.**

Preceptos aplicados: Art. 39 CE; art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989; arts. 1 y 3 de la Ley Orgánica 1/96 de 15 de enero sobre Protección Jurídica del Menor; arts. 9.4, 127, 142 Cc.

*Ha de hacerse constar que el Cc en el citado art. 9.4 guarda silencio acerca de la ley aplicable a la determinación de la mera filiación biológica, esto es, para la acreditación del hecho generativo y la descendencia del sujeto de derecho de una persona determinada [...] Cosa distinta será determinar la disciplina de las relaciones de familia o el contenido y extensión de la*

*patria potestad o adopción, a los que sí se refiere el citado precepto conflictual, los cuales han de ser contemplados en todo caso conforme a la ley resultante de la nacionalidad del hijo, ley que, en cuanto sea extranjera, ha de ser objeto de alegación y prueba [...] Igual consecuencia jurídica habría de predicarse de la reclamación de alimentos, que igualmente habría de disciplinarse por la ley nacional del hijo al pertenecer al «contenido» de la relación paterno-filial.*

**Auto Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 1.ª) de 20 de enero de 1998.** Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel de la Hera Oca.

F.: *Revista Jurídica de Andalucía*, núm. 24, 1998, pp. 212-215.

**Nota:** 1. El presente Auto merece ser comentado por el erróneo íter argumentativo que sigue la Aud. Prov. de Cádiz para acordar las pretensiones solicitadas. Las reiteradas equivocaciones en que incurre la Audiencia justifican, a nuestro juicio, una relectura de todo su razonamiento jurídico. Los hechos que dan lugar al presente Auto son los siguientes: Denegada en primera instancia la demanda de reclamación de filiación y alimentos interpuesta por una madre —de nacionalidad estadounidense— a favor de su hijo (nacido en Rota e inscrito en el Registro Civil de dicha localidad), recurre a la Aud. Prov. de Cádiz solicitando el reconocimiento de la filiación respecto de un extranjero (cuya nacionalidad suponemos estadounidense, a la vista del relato de los hechos), así como la reclamación de alimentos.

2. Respecto a la acción de reclamación de la filiación, la Audiencia afirma que el art. 9.4 Cc se limita a señalar que la ley personal del hijo regirá el carácter y contenido de la filiación y el contenido de las relaciones paterno-filiales, no haciendo referencia a la ley aplicable a la determinación de dicha filiación. Sentada esta premisa, considera el citado órgano jurisdiccional que la determinación de la filiación puede ser declarada por los Tribunales españoles aplicando la *lex fori*, ley que reconoce la posibilidad de investigación de la paternidad por todos los medios, incluso por las pruebas biológicas. Razonando de este modo, la Aud. Prov. de Cádiz se hace eco del problema interpretativo que suscita el art. 9.4 Cc, prescinde de un tratamiento unitario de los diferentes aspectos relativos a la filiación y desconoce la solución mayoritariamente admitida de que la ley aplicable al establecimiento de la filiación es la ley personal del hijo (vide J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Filiación», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *DIPr. Parte especial*, 6.ª ed., 995, pp. 361 y ss.; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Art. 9, apartado 4», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo I, vol. 2.º, 1995, pp. 207 y ss.; A. RODRÍGUEZ BENOT, «La filiación y los alimentos», en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y otros, *Lecciones de Derecho civil internacional*, 1996, pp. 177 y ss.; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Filiación», en A. L. CALVO CARAVACA y otros, *DIPr.*, vol. II, 1998, pp. 155 y ss.). Del mismo modo, la práctica registral de la DGRN —desde su resolución de 3 de noviembre de 1989, *REDI*, 1990, núm. 2, pp. 633 y ss., hasta nuestros días— y la jurisprudencia —entre otras, S de la Aud. Prov. de Ávila de 4 de mayo de 1995, *REDI*, 1996-1, pp. 359 y ss., nota de M. Guzmán Zapater— han considerado que la ley personal del hijo es la aplicable a la determinación de la filiación.

La primera objeción que se puede hacer al Auto que comentamos es que «es artificial e injustificado fraccionar el carácter y contenido de la filiación (sometiéndolo al art. 9.4) de su atribución y establecimiento, cuando aquellas cuestiones sólo son aspectos particulares e inseparablemente unidos a esta última más general» (J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Filiación», *op. cit.* p. 363). Por tanto, la Audiencia debería haber afirmado que la ley estadounidense —ley personal del hijo— era la aplicable a la determinación, carácter y contenido de la filiación y que correspondía a dicha ley, rectora del fondo del litigio, regular —como afirma la doctrina— las cuestiones que se planteasen respecto a la prueba, títulos de legitimación del *status filii* y acciones de filiación.

3. Mas la Aud. Prov. de Cádiz deslinda los diferentes aspectos jurídicos de la filiación y, ante el silencio de la norma, aplica la *lex fori* a la cuestión relativa a la determinación de la filiación. Como el Derecho español reconoce la posibilidad de investigación de la paternidad por todos los medios (art. 127 Cc), corresponde al juzgador determinar si las pruebas obrantes en Autos son o no suficientes para fundar el convencimiento del Tribunal acerca de la paternidad del demandado. En función de las pruebas practicadas, la documental (cartas cruzadas entre las dos partes), la confesión judicial del demandado y su negativa a someterse a la prueba biológica de determinación de la paternidad (como recuerda la Audiencia, tal negativa no constituye de por sí una *facta confessio* y sólo es un dato a valorar por el Juez en relación con las demás aportaciones, según una reiterada jurisprudencia —vide, entre otras, SS TS 14 de noviembre de 1987, *RAJ*, 1987, 8401, 20 de julio de 1990, *RAJ*, 1990, 6121, y 8 de marzo de 1995, *RAJ*, 1995, 2153—), concluye que el demandado es el padre del menor David Aaron, realidad que debe constar en el Registro Civil de Rota.

Queda patente, pues, el gran error cometido por la Aud. Prov. de Cádiz al ignorar el ámbito de aplicación de la ley personal del menor *ex art.* 9.4 Cc y hacer caso omiso de la abundante jurisprudencia y doctrina en la materia —para un estudio genérico de los problemas que puede plantear la prueba practicada conforme a la ley personal del hijo, y especialmente en materia de pruebas biológicas de investigación de la paternidad, vide M. GUZMÁN ZAPATER, *El derecho a la investigación de la paternidad (En el proceso con elemento extranjero)*, Madrid, 1996.

4. Pero los errores que comete el citado órgano jurisdiccional no quedan aquí sino que acto seguido, y tras considerar que el demandado es el padre del menor, afirma que respecto de la reclamación de alimentos procede aplicar la ley personal del hijo —ley estadounidense— al pertenecer al «contenido» de la relación paterno-filial. Con otras palabras, la Aud. Prov. de Cádiz incluye la prestación de alimentos en el ámbito de la ley aplicable a la relación jurídica de la que nace el deber de prestarlos. Es cierto que uno de los efectos de la filiación es el derecho a los alimentos, pero una cosa es esto, y otra muy distinta negar el carácter autónomo de la prestación de alimentos (vide J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, «Las obligaciones alimenticias en el DIPr español», *REDI*, 1985-1, pp. 77 y ss.; P. DOMÍNGUEZ LOZANO, «Art. 9, apartado 7», *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 2, Madrid, 1995, pp. 296 y ss.; ídem, «La determinación de la ley aplicable a las obligaciones de alimentos en el DIPr español», *REDI*, 1989-1, pp. 433 y ss.). Hoy día se han superado etapas pasadas, en las que parece estar anclada la Aud. Prov. de Cádiz, en que la regulación de los alimentos se sometía a la ley aplicable a la respectiva institución de la que derivaba, gozando de autonomía en DIPr, autonomía que la hace merecedora de una regulación propia (A. RODRÍGUEZ BENOT, «La filiación y los alimentos», *op. cit.*, p. 201).

6. Tras constatar que en el caso concreto era aplicable a la reclamación de alimentos la ley estadounidense y que dicha ley no fue alegada ni probada —y no lo fue porque no era la aplicable al caso—, la Audiencia considera que junto a las normas conflictuales existen en el ordenamiento jurídico normas que vienen a resolver el supuesto controvertido y alude a las normas internas de aplicación directa —que erróneamente considera que son aplicables por la cláusula de orden público—, a las normas materiales y a las convencionales.

Descartada, a juicio de la Audiencia, la aplicación del Convenio de La Haya de 24 de octubre de 1956 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a menores, que la actora citaba, por no ser parte los Estados Unidos de Norteamérica, acude, sin más, a la Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, sobre Protección Jurídica del Menor, que afirma que los menores de dieciocho años que se hallen en territorio español gozarán de los derechos garantizados por el ordenamiento jurídico. Como entre dichos derechos se halla el de alimentos (art. 142 Cc, contemplado además por el art. 7 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre

de 1989), concluye que resulta forzoso atender a la demanda de alimentos formulada conde- nando al padre a pagar la cantidad de 250 dólares USA mensuales.

En las líneas que siguen nos hacemos eco de los desaciertos en que incurre la Aud. Prov. de Cádiz a la hora de acceder a la prestación de alimentos.

7. En primer lugar, hay que dejar constancia de que la Audiencia debería haber razonado conforme a la normativa existente en materia de alimentos. Es cierto que en el caso concreto no era aplicable el Convenio de La Haya sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a menores, que la actora invocó, porque los Estados Unidos no son parte del mismo (Convenio de eficacia *inter partes*). Pero en defecto de dicho Convenio existe una regulación autónoma *ad hoc* para la institución de los alimentos contenida en el art. 9.7 Cc que, como se sabe, ha sido sustituido por la regulación del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias al tratarse de un Convenio de eficacia *erga omnes* o de carácter univ- ersal (vide P. DOMÍNGUEZ LOZANO, «Art. 9.7», *op. cit.*, pp. 305 y ss.; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, 1996, pp. 140 y ss.).

Por tanto, para determinar la ley aplicable a la prestación de alimentos se debería haber re- mitido a la regulación contenida en dicho instrumento convencional, que establece en su art. 4.1 que la ley aplicable es la ley interna del Estado de la residencia habitual del acreedor de los ali- mentos, es decir, la ley española (ley que ciertamente aplicó la Aud. Prov. de Cádiz, pero con un razonamiento jurídico desacertado), conforme a la que el menor puede obtener alimentos (arts. 142 y ss. Cc).

8. Por otra parte, no entendemos muy bien por qué la Aud. Prov. de Cádiz acude a la Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, para acceder a la prestación de alimentos, cuando el objetivo de dicha Ley no es establecer el derecho a los alimentos de los menores sino «construir un amplio marco jurídico de protección que vincula a todos los Pode- res Públicos, a las instituciones específicamente relacionadas con los menores, a los padres y fa- miliares y a los ciudadanos en general», como afirma en su Exposición de Motivos (vide F. MATA RIVAS, *Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor*, 1997; F. PANTOJA GARCÍA, *Al- gunas notas y comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y su aplicación práctica*, 1997). Excede del objetivo de esta nota hacer una amplia referencia a di- cha ley, únicamente queremos dejar constancia de la desafortunada referencia a la misma en el contexto de este Auto.

9. Aunque el resultado final alcanzado es favorable a la pretensión de la madre y al inte- rés del menor (reconocimiento de la paternidad y derecho a alimentos), en modo alguno puede compartirse el razonamiento seguido por la Aud. Prov. de Cádiz. Lamentamos que muchos Jue- ces no apliquen correctamente las disposiciones vigentes y desconozcan cuestiones que son im- prescindibles para el desarrollo de una sociedad en la que las relaciones privadas internacionales están, día a día, *in crescendo*.

M.<sup>a</sup> Ángeles RODRÍGUEZ VÁZQUEZ

1999-33-Pr

**FILIACIÓN.—Filiación no matrimonial.—Reconocimiento de paternidad de un extran- jero.—Menor nacida durante la vigencia de un matrimonio de conveniencia.**

Preceptos aplicados: Arts. 9.4, 113.II, 115.1 y 116 Cc.

*El art. 116 Cc presume legalmente que son hijos del marido de la madre «los nacidos des- pués de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución*