

SAP Toledo 1 septiembre 2006

(= divorcio entre cónyuges marroquíes)

Cuestiones:

1º) Enumere una lista de los errores y dislates contenidos en esta resolución (= máximo dos páginas).

2º) ¿Qué tesis sigue el tribunal en torno al alcance de la prueba del Derecho extranjero?

3º) ¿Qué papel desarrolla el art. 107.2 Cc. en este caso?

SAP Toledo 1 septiembre 2006

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1º CONSIDERANDO: Que se recurre la sentencia de instancia por violación del art. 107 del C.C. en relación al art. 12.2 del mismo texto legal, 21 y 22 de la LOPJ y 3 de la C.E.

Formulada por la demandante acción de divorcio contra su esposo, la sentencia de instancia desestima la demanda y archiva las actuaciones por falta de prueba de la Ley extranjera que resulta aplicable según el art. 107 del C.C.

La demandante, marroquí residente en España desde hace varios años, y su esposo, marroquí también con residencia en España desde hace años, habiendo fijado el domicilio conyugal en Talavera de la Reina, solicita el divorcio amparándose en el art. 86 del Código Civil español, según redacción dada por la Ley 15/05, oponiéndose el demandado, que expone una cuestión procesal previa de aplicación del derecho marroquí.

La sentencia de instancia, interpretado el art. 107 del Código Civil, entiende que al ser ambos litigantes marroquíes y haber contraído matrimonio conforme a la legislación del Islam, no habiéndose acreditado el derecho marroquí, y en aplicación del art. 281.2 de la L.E.C., procede el archivo de las actuaciones.

Las partes propusieron pruebas y se practicaron en juicio verbal.

La demandante alega y aporta documentación al respecto, la existencia de cuatro hijos del matrimonio, que son menores de edad, solicitando una serie de medidas provisionales en orden a los alimentos de los hijos comunes.

Interesa la parte actora, con carácter genérico, el divorcio exprés del art. 86 C.C., pero relata en los hechos y aporta un principio de prueba (denuncia y medidas cautelares judiciales adoptadas en D. Previas 532/05 del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 1 de Talavera de la Reina), actos de violencia doméstica y conyugal.

La cuestión se reduce a determinar si debe rechazarse a limine la demanda o debe admitirse y resolver sobre el fondo del asunto (Divorcio solicitado).

La parte actora se acoge al derecho español, que es también el derecho aplicable según la residencia común de los esposos.

La parte demanda invoca el derecho marroquí, por ser la nacionalidad común de los esposos.

2º CONSIDERANDO: Que para que el derecho extranjero pueda ser aplicable en el proceso, su vigencia y contenido han de quedar probados (SSTS 11 de mayo de 1997, 7 de septiembre de 1999, 23 marzo de 1994, 25 de enero de 1999, 10 de junio de 2005). Se trata de una consecuencia que al Tribunal y a las partes no se les puede exigir conocer, a diferencia de lo que ocurre en el derecho español ---- "iura novit curia" (art. 1.7 y 6.1 del C.C.)

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 jurisprudencias -T.S. 1ª SS. de 30 de junio de 1962, 28 de octubre de 1968, 4 de octubre de 1982, 15 de marzo de 1984, 12 de enero 11 de mayo de 1989 y 7 de septiembre de 1990.

Consta acreditado que los cónyuges contrajeron matrimonio en Marruecos el 12 de mayo de 1986, siendo los dos de nacionalidad marroquí. La actora invoca la Ley española, por ser la residencia común de los cónyuges y el demandado se opone argumentando la aplicación de la Ley nacional común conforme al art. 107 del, pero ni prueba, ni aporta esa Ley que pretende aplicar, ni solicita tampoco comisión rogatoria alguna, sin dar motivo de la oposición, con lo que el Tribunal ignora si es por causa prohibida en la legislación marroquí o por defecto de forma. La falta de prueba del derecho invocado por el demandado debe llevar, según doctrina jurisprudencial consolidada y pacífica en la materia, a juzgar y fallar según el derecho patrio (T.S. 11 mayo 1989, 21 de junio de 1989, 23 de mayo de 1992).

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, Talavera de la Reina, y por tanto el Derecho español.

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. Además, en este caso, ya se han dictado medidas provisionales (438/05), en cuyo seno se desestimó la oposición por la causa que ahora se invoca.

Procede por tanto entrar a conocer del fondo del asunto.

3º CONSIDERANDO: Que solicitado, conforme a la nueva legislación, Ley 15/2005, que entró en vigor al día siguiente de su publicación (9 de julio de 2005), el divorcio, no es preciso argumentar ni demostrar causa alguna, porque de acuerdo a la Exposición de Motivos de la nueva Ley, "el respeto 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".

Con todo, en el presente caso, los cónyuges ya no viven juntos desde hace meses, y la oposición que manifiesta el demandado tiene más que ver con las medidas a adoptar por el Juez o Tribunal, que con la petición de fondo.

Y en este estado de cosas, la cuestión se reduce a determinar qué medidas deben adoptarse respecto de las previstas en los arts. 91 y ss. del Código Civil. (..... *ommissis*))

F A L L A M O S: Que ESTIMANDO el recurso de formulado por Rosario contra la sentencia del Juzgado de 1º Instancia e Instrucción nº 5 de Talavera de la Reina, dictado en juicio de Divorcio nº 490/05, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS dicha resolución y ESTIMANDO la demanda formulada por Dª. Rosario contra D. Imanol DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS LA DISOLUCIÓN POR DIVORCIO DEL MATRIMONIO formado por las partes, y con las
