

¿RECONOCIMIENTO EN MARRUECOS DE LAS DECISIONES ESPAÑOLAS DE DIVORCIO?: SENTENCIA DEL JPI DE NULES DE 30 DE DICIEMBRE DE 2005

G. ESTEBAN DE LA ROSA * , K. OUALD ALI y T. SAGHIR **

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Nules, de 30 de diciembre de 2005 (procedimiento núm. 419/2004) es una de las primeras decisiones españolas que aplica el art. 107 del Código civil (en adelante, CC) tras su reforma por la LO 11/2003, de 29 de septiembre¹. Su análisis tiene interés no sólo por este motivo, sino, en particular, porque permite poner en relación los resultados de la citada modificación con la importante reforma que también tuvo lugar en Marruecos prácticamente en el mismo momento, a raíz de la aprobación por el Parlamento de este país del Código de la Familia (en adelante, CF), cuya entrada en vigor tuvo lugar en febrero de 2004². De otro lado, el Juzgado aplica la nueva Ley 15/2005, de 8 de

* Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Jaén.

** Ldas. en Derecho por la Universidad de Uxda. Doctoradas en inmigración.

¹ Se trata de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (*BOE* núm. 234, de 30 de septiembre de 2003). Véase el texto de la decisión en, *Aranzadi Civil*, mayo de 2006, núm. 3, número 197, pp. 435 y ss.; y en *Revista Jurídica La Ley*, de 22 de marzo de 2006. La brevedad de este comentario no permite abarcar todas las cuestiones que plantea la referida sentencia, entre ellas, por su particular trascendencia, la custodia de los hijos y la determinación de la prestación de alimentos, sino sólo el aspecto relativo a la extinción de la relación personal de la pareja en el matrimonio.

² El 23 de enero el Parlamento de Marruecos aprobó por unanimidad el nuevo Código. El 5 de febrero de 2004 se publicó en el *Boletín Oficial de Marruecos* (núm. 5184). También se ha publicado la versión oficial en lengua francesa en el *Bulletin Officiel* número 5358, de 2 ramadam 1426 (6 de octubre de 2005). Para su mejor comprensión en el extranjero, el Ministerio de Justicia ha editado un libro con el texto del Código en francés acompañado de un comentario de sus disposiciones. Véase, *Guide pratique du Code de la famille*, Publication de l'Association de Diffusion de l'Information Juridique et Judiciaire, Rabat, Ministerio de Justicia, 1 de enero de 2005.

julio, por la que se modifica el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y de divorcio a un supuesto en el que los dos cónyuges ostentan la nacionalidad marroquí, que también tiene trascendencia para la resolución de este asunto³.

Como se sabe, un amplio sector de la doctrina ha criticado la reforma del art. 107 del CC, al considerar que no favorece el reconocimiento extraterritorial en el lugar de origen de la persona extranjera de las decisiones de extinción del matrimonio que se pronuncien en España de conformidad con el Derecho español⁴. Sin embargo, aún es más grave la situación si esta disposición se interpreta como lo hace en este caso el Juzgado de Primera Instancia de Nules, pretiriendo por completo la aplicación de la legislación nacional común de los cónyuges que reclama el pár. 1º del citado art. 107 del CC (véase *infra*). En el supuesto que se planteó ante el citado Juzgado, ambos cónyuges eran marroquíes e inicialmente la esposa había presentado demanda de separación, que se transformó en divorcio de conformidad con el pár. 2º de la Disp. Trans. Única de la Ley 15/2005, a solicitud de ésta.

El Juzgado de Primera Instancia aplicó el nuevo art. 86 del CC, de conformidad con el cual se decretará judicialmente el divorcio cuando lo solicite uno sólo de los cónyuges, entendiendo que la finalidad de la citada ley —en relación con la anterior reforma del art. 107 del CC— ha sido “*ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la separación o disolución de su relación matrimonial (...)*”. Sin embargo, el actual art. 107 del CC prevé el recurso a la ley española “*en todo caso*” sólo si se dan determinadas circunstancias, que no concurren en el presente asunto, en el que los cónyuges tenían la misma nacionalidad, el divorcio no se había promovido de mutuo acuerdo ni por la esposa con el consentimiento del marido y, por último, la legislación marroquí prevé el divorcio como causa de disolución del matrimonio.

La incorrecta aplicación del art. 107 del CC va a ir acompañada probablemente de la falta de reconocimiento de esta decisión en el país de origen de ambos cónyuges (véase *infra*), que, además, tienen hijos comunes. La falta de homologación de esta decisión causará graves perjuicios para mantener sus relaciones personales y familiares a ambos lados —tan cercanos— del Mediterráneo, habiendo sido posible conseguir un resultado distinto. La adecuada información del contenido del Derecho marroquí en materia de disolución del matrimonio hubiese permitido en este caso declarar el divorcio

³ Véase, *BOE* núm. 163, de 9 de julio de 2005.

⁴ No obstante, hay que tomar en consideración la gravedad de la situación que se estaba planteando en España a las mujeres marroquíes, que no podían separarse ni divorciarse en nuestro país. Véase extensamente, M^a DOLORES ADAM MUÑOZ: “La modificación del art. 107 del Código civil y su incidencia en cuanto a la protección del derecho a la no discriminación por razón de sexo”, *Ámbitos. Revista de Estudios de Ciencias Sociales y Humanidades*, 2004, 2ª época, núm. 11, esp. pp. 81 y ss.

de conformidad con la citada legislación, por desacuerdo entre los cónyuges (*Achikaq*), como se verá *infra*⁵.

Y es que el actual art. 107 del CC va a propiciar que los operadores jurídicos acudan a la legislación sustantiva española en más casos de los queridos inicialmente por el legislador, al haber abierto una vía (indirecta) que utilizarán para preterir la aplicación de la legislación nacional común de los cónyuges (de nacionalidad extranjera), sin haber verificado realmente su contenido. No obstante, esta interpretación del art. 107 del CC no sólo es contraria a su sentido literal, sino también a la voluntad del legislador, claramente indicada en la Exposición de Motivos de la LO 11/2003⁶.

Por ello, en el momento actual, para dar respuesta adecuada a las nuevas situaciones privadas internacionales vinculadas con la inmigración, es absolutamente imprescindible conocer las legislaciones extranjeras, en particular, en el ámbito del Derecho de familia, precisamente, con la finalidad de conseguir la ansiada integración de las personas inmigrantes o inmigradas que se encuentran en territorio español, tanto en su país de origen como en nuestro territorio.

II. CAUSAS DE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO EN EL NUEVO CÓDIGO DE FAMILIA MARROQUÍ

Como se sabe, el nuevo CF marroquí es fruto de las demandas de las mujeres que, desde hacía décadas, denunciaban las injusticias sufridas como consecuencia de la regulación de las relaciones de familia en el Código del Estatuto Personal y de las Sucesiones (*Mudáwana*) de 1957-1958⁷. Si bien la *Mudáwana* respondió a la necesidad de aprobar una ley que regulara las

⁵ En este sentido, P. DIAGO DIAGO indica en este mismo sentido que ha de tomarse buena nota de los tipos de divorcio que recoge el nuevo Código, precisamente, de cara al ulterior reconocimiento de la decisión española en Maruecos (véase, “La nueva Mudawana marroquí y el Derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2004-2, p. 1081).

⁶ Si bien los criterios hermenéuticos han de ser utilizados de forma conjunta para hallar el significado de la ley, la interpretación literal “*en cierto modo amojona el campo en el que se lleva a cabo la ulterior actividad del intérprete*” (véase, K. LARENZ: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 1994, p. 320). En este sentido, la expresión “*en todo caso, se aplicará la ley española cuando...*”, que utiliza el pár. 2º del art. 107 del CC significa que la separación o el divorcio sólo se regularán por el Derecho sustantivo español si se dan los requisitos o condiciones que indica el citado precepto. De otro lado, la EM de la ley señala claramente que: “*se reforma el art. 107 del Código civil, estableciendo que se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o residente en España con preferencia a la ley que fuera aplicable si esta última no reconociera la separación o el divorcio o lo hiciera de forma discriminatoria o contraria al orden público*”.

⁷ Véase el texto en francés y en árabe en, F-P. BLANC-R. ZEIDGUY: *Moudawana. Code de Statut Personnel et des Successions*. Édition synoptique franco-arabe, Sochepress Université, 1996.

relaciones de familia de conformidad con los preceptos del Corán, sobre todo, para acabar con la “ley del Urf” (costumbres y prácticas locales), recogió la situación de discriminación que vivía la mujer en los años 50⁸.

El actual CF constituye, sin duda, un paso adelante hacia el progresivo reconocimiento de la igualdad (jurídica y de hecho) entre hombre y mujer, al menos, en el seno de la familia en Marruecos. En particular, en lo que respecta a la regulación de la disolución del matrimonio, las modificaciones son significativas⁹. Una de las novedades más relevantes en cuanto al divorcio judicial consiste en la introducción de dos nuevas causas: el divorcio por mutuo acuerdo (*Atalaq bilitifaq*) y el divorcio por desacuerdo (*Achikaq*)¹⁰. La mujer puede solicitar el divorcio judicial en estos dos supuestos y también cuando concurra alguna de las causas previstas en el art. 98 del CF¹¹.

De otro lado, el repudio consiste en la disolución de forma unilateral que declara uno de los cónyuges, en particular, el marido. Para que la mujer pueda pronunciar el repudio es preciso que exista previamente un acuerdo entre ambos en este sentido (arts. 78, 79 y 89)¹²: bien porque el esposo le

⁸ Véase, P. BALTA: “Prólogo” a, M^a A. Roque (ed.): *Las culturas del Magreb. Antropología, historia y sociedad*, Icaria, Barcelona, 1996, p. 8. Para una valoración global de la reforma de la *Mudawana* véase, M.C. FERIA GARCÍA: “Reflexiones en torno a las últimas reformas del Derecho de familia en Marruecos”, en prensa.

⁹ El divorcio y el repudio son dos modalidades de extinción del matrimonio, junto al fallecimiento (o su declaración judicial cuando no haya certeza del mismo), la existencia de algún vicio —en el momento de la celebración del matrimonio— u otras causas previstas en el Código (art. 71).

¹⁰ En el primero, los cónyuges tienen derecho a pedir el divorcio (con o sin condiciones), siempre que no contravengan lo dispuesto en el Código y no perjudiquen a los hijos (art. 114). El segundo (divorcio por desacuerdo) permite a cualquier de los cónyuges dirigirse al Juez solicitando el divorcio como consecuencia de la existencia de grandes conflictos, graves y duraderos (p.ej., insultos, malos tratos, etc.), que hacen insostenible la vida matrimonial (arts. 94 y 95). El Juez de Familia, tras intentar sin éxito la reconciliación, declarará el divorcio y determinará la cuantía económica correspondiente en concepto de indemnización al cónyuge perjudicado.

¹¹ Dichas causas con las siguientes (art. 98 del CF): incumplimiento por el esposo de alguna de las condiciones estipuladas en el acta del matrimonio, causación de un perjuicio, incumplimiento de la obligación de manutención (que incumbe al marido), ausencia, existencia de un vicio resolutorio y juramento de continencia realizado por el esposo. Se trata este último de un castigo que el hombre imponía a la mujer en la época preislámica, que el Islam intentó erradicar sancionándolo (véase, H. ZEKRI: “El nuevo Código de familia marroquí a la luz de las relaciones bilaterales hispano-marroquíes”, *Revista Española de Derecho internacional*, 2004-1, p. 308, nota 47). El divorcio también puede ser declarado judicialmente a solicitud del marido cuando pone en tela de juicio la paternidad del hijo (art. 159). Véase, J. SCHACHT: *Introduction au Droit musulman. Islam d’hier et d’aujourd’hui*, Maisonneuve and Larose, París, 1983, p. 140.

¹² El citado art. 78 prevé que “*el repudio es la disolución del matrimonio, lo ejercerá el esposo y la esposa cada uno según sus condiciones, bajo el control judicial y de conformidad con las disposiciones de este Código*” (traducción propia). El Ministerio de Justicia marroquí no utiliza las expresiones repudio ni “*talaq*” en la traducción oficial del Código, sino divorcio (*divorce*), lo que puede interpretarse como un intento de mejorar la imagen exterior del país, al transmitir la idea de que ha desaparecido el denostado repudio.

haya concedido esta facultad en el momento de celebración del matrimonio (*tamlik*), bien a cambio de una indemnización (*kho'l*) o de la parte de la dote que aún no le ha entregado¹³. Se requiere, en todo caso, la autorización del juez¹⁴.

Con carácter general, el divorcio judicial es irrevocable, salvo cuando se ha declarado por la existencia de una promesa de continencia o por incumplimiento de la obligación de manutención a la esposa (art. 122). Por el contrario, el repudio es revocable como regla general, salvo en los siguientes casos: cuando se trata del tercer repudio realizado por el marido, del repudio que ha tenido lugar antes de que se haya consumado el matrimonio, del repudio solicitado por ambos cónyuges (*tamlik* y tipo *kho'l*) y el divorcio (judicial) por mutuo consentimiento (art. 123)¹⁵. En estos casos, el marido puede solicitar la reanudación de la vida conyugal ante el adul, que debe informar al juez. Es necesario el consentimiento de la esposa (art. 124). De otra parte, dicho período se corresponde con la “*idda*” (retirada legal), que es de tres meses menstruales¹⁶.

Sin embargo, en contraste con estas nuevas modalidades de disolución judicial del matrimonio, que reflejan una mentalidad aperturista del legislador marroquí, se mantiene la posibilidad de condena judicial a la mujer para que regrese al domicilio conyugal (art. 195), rememorando la posición autoritaria del marido en la relación de pareja¹⁷.

III. SISTEMA Y CONDICIONES PARA RECONOCER EN MARRUECOS LAS DECISIONES ESPAÑOLAS DE DIVORCIO

El CF también ha introducido disposiciones novedosas en el sistema marroquí de Derecho internacional privado, en particular, relativas al sector

¹³ El art. 115 del CF se refiere en este último caso expresamente al mutuo acuerdo (*Al jul'a*), que ahora considera —de otra parte— una forma de divorcio (art. 72). Como ha declarado el Tribunal Supremo marroquí, en Sentencia de 13 de enero de 1998, esta modalidad de repudio es inválida si no está presente la mujer. En este caso, la mujer no asistió al acto de *Al jul'a*.

¹⁴ El art. 79 del CF señala que: «El que quiera repudiar tiene que solicitar una autorización judicial al Tribunal de familia que corresponda *al domicilio conyugal o al domicilio de la esposa, o al tribunal del lugar en donde se hubiere celebrado el matrimonio*».

¹⁵ Plantea ciertas dudas la posibilidad de revocar esta última modalidad de divorcio, introducida por el CF (art. 114), dado que no se trata propiamente de un divorcio de hecho (esto es, de un repudio), al que se refiere el art. 123.

¹⁶ No obstante, hay una pluralidad de excepciones, en atención a si se trata de una mujer que está en cinta en el momento en que se declara el repudio o el divorcio, o bien se trata de una mujer que tiene ciclos menstruales regulares, irregulares, o se trata de una mujer que tiene la menopausia. La prolija regulación de estos casos (art. 136 del CF) tiene la finalidad de evitar cualquier confusión en la filiación, tal y como reveló Alá al Profeta. Véase, *Guide pratique du Code...*, *op. cit.*, pp. 88-89.

¹⁷ Además, si la mujer no cumple esta orden, pierde el derecho a la pensión de alimentos debida por el esposo (traducción propia).

del reconocimiento de decisiones. Se trata no sólo de los arts. 14 y 15 relativos a la celebración del matrimonio en el extranjero, sino también el art. 128. Sus apartados segundo y tercero prevén que las decisiones de los tribunales extranjeros concernientes al repudio, divorcio judicial, divorcio tipo *kho'l* (mediante compensación) o a la disolución del contrato de matrimonio serán reconocidas en Marruecos si han sido pronunciadas por un tribunal competente y no son incompatibles con las causas previstas en el Código.

La existencia entre España y Marruecos de un convenio bilateral, que comprende en su ámbito de aplicación el Derecho de familia, ha de facilitar inicialmente el reconocimiento de las decisiones españolas de divorcio, pero siempre que reúnan las condiciones previstas en el mismo¹⁸. Una de ellas es el orden público, que está integrado por las disposiciones del CF y de la Constitución. Por tanto, no se reconocerán en Marruecos las decisiones españolas de divorcio pronunciadas de conformidad con la legislación española cuando las causas del mismo no coincidan con las previstas por el nuevo Código. Puede aportarse en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo marroquí, de 2 de marzo de 2005, que homologa la decisión extranjera, tras verificar la causa del divorcio obtenido en el extranjero, que se han cumplido los requisitos que prevé el CF para esta modalidad de divorcio (en particular, la conciliación previa) y que la decisión no es contraria al orden público ni incompatible con lo dispuesto en el Código¹⁹.

Si bien el art. 128 del CF puede ser considerado una disposición novedosa, sólo recoge en el texto legal la jurisprudencia del Tribunal Supremo marroquí, que casaba —casi de forma sistemática— las decisiones marroquíes que denegaban el reconocimiento de sentencias extranjeras de disolución del matrimonio por el sólo hecho de que no habían aplicado la legislación marroquí, a pesar de que los arts. 430 y ss del Código de Procedimiento civil de este país, aprobado por Dahir, de 28 de septiembre de 1974, no prevé esta condición (control de la ley aplicada) para el reconocimiento²⁰.

El actual art. 128 del CF facilita, sin duda, el reconocimiento de las decisiones extranjeras de extinción del matrimonio pronunciadas de conformidad con una ley que no sea la marroquí, pero siempre que las causas de divorcio sean compatibles con las previstas por el nuevo Código. Por este motivo, no se homologarán en Marruecos las decisiones (españolas) de divorcio que se hayan pronunciado a instancia de la exclusiva voluntad de uno de los cónyuges (salvo cuando concurra alguna de las condiciones

¹⁸ Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Madrid, el 30 de mayo de 1997 (*BOE* núm. 151, de 25 de junio de 1997).

¹⁹ Véase, Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de marzo de 2005 (número 576/2004) publicada en, *majalatu al qadau al majlisi alaala* volumen 36, p. 103.

²⁰ *Boletín Oficial* de Marruecos, de 30 de septiembre.

que prevé el citado Código), porque no se trata de una causa de divorcio recogida actualmente en el CF ni, por tanto, la decisión pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia de Nules, objeto de este comentario²¹.

Por último, en cuanto al sistema para reconocer las decisiones extranjeras en Marruecos, se requiere un procedimiento específico de conformidad con los arts. 430, 431 y 432 del Código de Procedimiento civil, en virtud del cual la competencia corresponde al Tribunal de Primera Instancia. El Tribunal Supremo marroquí sólo conoce de estos casos cuando se le plantea recurso de casación²².

²¹ Véase en este mismo sentido, A. QUIÑONES ESCÁMEZ: “La reception du nouveau Code de la famille marocain (Moudawana, 2004) en Europe”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2004, núm. 3, pp. 887-888.

²² Véase, J. DEPREZ: “La réforme de l’organisation judiciaire et de la procédure au Maroc (Dahirs des 15 juillet et 28 septembre 1974) et le Droit international privé”, *Revue juridique, politique et économique du Maroc*, 1977, vol. 3, pp. 45 y ss.

