

Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 5ª, S 25-1-2006, rec.8062/2002. Pte: Fernández Valverde, Rafael

RESUMEN

El TS casa la STSJ y anula la resolución del cónsul de España en Tánger por la que se denegó a la segunda esposa del recurrente la solicitud de visado de residencia para reagrupación familiar. La Sala, examinados los supuestos de separación previstos en el ordenamiento marroquí, entiende que el repudio mediante compensación económica seguido por la primera esposa es de carácter irrevocable y cumple el canon impuesto por el art. 17, 1 LO 4/2000 y en consecuencia procede reconocer el derecho de la segunda esposa al visado de residencia por reagrupación.

? **-NORMATIVA ESTUDIADA**

? Ley 1/2000 de 7 enero 2000. De Enjuiciamiento Civil

art.323

? LO 4/2000 de 11 enero 2000. Derechos y Libertades de Extranjeros en España y su Integración Social

art.17

? Conv. de 30 mayo 1997. Cooperación Judicial en materia civil, mercantil y administrativa, con Marruecos

? RD 155/1996 de 2 febrero 1996. Rgto. Ejecución LO 7/1985, Derechos y Libertades de los Extranjeros en España

art.27.2

? **+ÍNDICE**

? **+CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS**

? **+FICHA TÉCNICA**

En la Villa de Madrid, a veinticinco de enero de dos mil seis.

Visto por la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo el Recurso de Casación 8062/2002 interpuesto por D. Jorge, representado por el Procurador D. Eusebio Ruiz Esteban y asistido de Letrado, siendo parte recurrida la

Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado; promovido contra la sentencia dictada el 21 de marzo de 2002 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Recurso Contencioso-Administrativo núm. 832/2000, sobre denegación de solicitud de visado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se ha seguido el recurso núm. 832/2000, promovido por D. Jorge, y en el que ha sido parte demandada la Administración General del Estado, sobre denegación de solicitud de visado.

SEGUNDO.- Dicho Tribunal dictó sentencia con fecha 21 de marzo de 2002, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

“Fallamos.- Que con desestimación del recurso interpuesto por el Procurador D. Eusebio Ruiz Esteban, en representación de D. Jorge, debemos declarar y declaramos ajustado a derecho el acto recurrido, sin costas”.

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación de D. Jorge, se presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 25 de noviembre de 2002, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

CUARTO.- Emplazadas las partes, la recurrente compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, al tiempo que formuló en fecha 8 de enero de 2003 el escrito de interposición del recurso de casación, en el cual, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, solicitó se dictara sentencia “que declare haber lugar al recurso de casación interpuesto, casando y anulando la Sentencia recurrida y, en su lugar, estimando el recurso contencioso administrativo deducido, anule y deje sin efecto las resoluciones administrativas impugnadas y declare el derecho de mi mandante a la concesión del visado de reagrupación familiar solicitado por su esposa D^a Inmaculada, con imposición a la administración demandada de las costas procesales”.

QUINTO.- El recurso de casación fue admitido por providencia de fecha 4 de mayo de 2004, ordenándose también, por providencia de 29 de junio de 2004, entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (Administración General del Estado) a fin de que en el plazo de treinta días pudiera oponerse al recurso, lo que hizo en escrito presentado en fecha de 22 de julio de 2004, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y solicitó se dictara sentencia por la que “se declare no haber lugar al recurso y se impongan las costas al recurrente”.

SEXTO.- Por providencia de 12 de diciembre de 2005 se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día 11 de diciembre de 2006, en que tuvo lugar.

SÉPTIMO.- En la sustanciación del juicio no se han infringido las formalidades legales esenciales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde, Magistrado de Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este recurso de casación la sentencia que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 1ª) dictó en fecha de 21 de marzo de 2002, en su recurso contencioso administrativo núm. 830/2000, por medio de la cual se desestimó el formulado por D. Jorge contra la Resolución, de fecha 11 de abril de 2000, del Cónsul General de España en Tánger (Marruecos) por medio de la cual fue denegada a Dª Inmaculada, segunda esposa del recurrente, ciudadano de nacionalidad marroquí, la solicitud de Visado de Residencia para Reagrupación Familiar.

SEGUNDO.- Como decimos, la Sala de instancia desestimó el recurso contencioso administrativo confirmando la Resolución impugnada basándose para ello en la siguiente argumentación:

a) Que “el art. 17-a de la L.O. 4/00 de 11 de enero prohíbe el reagrupamiento de más de un cónyuge aún cuando la ley personal del extranjero permita esa situación. No obstante, sigue el precepto, se puede reagrupar a un posterior cónyuge cuando la separación anterior ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión del cónyuge y los alimentos para los menores descendientes”.

b) Tras resumir lo acontecido con el primer matrimonio del recurrente y reconocer las peculiaridades en la organización y estructura de la familia, que exigen “un límite razonable para evitar no solo situaciones de fraude de ley, sino contrarias al orden público interno español”, concluye señalando que “por eso exige imperativamente que el matrimonio anterior haya sido disuelto con todas las garantías, mediante un proceso judicial y no un simple acuerdo, y respetando los intereses de los ex-cónyuges y su posible descendencia. En el presente caso falta el presupuesto de formalidad judicial del divorcio, con independencia del valor que conforme a la legislación personal de los que lo conciertan tenga el acuerdo notarial en su país”.

TERCERO.- Contra esa sentencia ha interpuesto la representación de D. Jorge, recurso de casación, en el cual esgrime dos motivos de impugnación, articulados, el primero al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA), por quebrantamiento de las normas reguladoras de la sentencia y de las que rigen las normas y garantías procesales, con indefensión, en este caso; y, el segundo, al amparo del artículo 88.1.d) de la misma LRJCA, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable para la resolución de las cuestiones objeto de debate.

En concreto, en el primer motivo, se consideran infringidos por la parte recurrente los artículos 33.1 y 2 de la citada LRJCA, así como 24 de la Constitución, alegando, en síntesis indefensión y ausencia de contradicción al entender que la cuestión relativa al carácter -judicial o notarial- del divorcio del recurrente se trata de una cuestión nueva de la que, según expresa, no tuvo conocimiento y ni siquiera sospecha de que pudiera ser el fundamento de la denegación judicial, como no lo fue en la resolución administrativa del Cónsul General de Tánger.

Pues bien este primer motivo debe ser rechazado pues la indefensión y ausencia de contradicción en la sentencia de instancia no aparece, siendo así que el motivo que en la misma fundamenta la desestimación del recurso no es otro que la falta del presupuesto de la formalidad judicial del divorcio para entender disuelto el primer motivo del actor; disolución obligada conforme dispone el artículo 17 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su Integración Social (LOE 4/00), para permitir el otorgamiento de visado por reagrupación familiar a favor de un segundo cónyuge, como relaciona de forma sucinta pero completa el fundamento quinto de la sentencia combatida que antes parcialmente hemos transcrito.

Por ello, la no disolución del anterior matrimonio del recurrente, con las garantías que el ordenamiento sectorial que ahora nos ocupa, ha sido la ratio de la sentencia combatida y dicha cuestión se encontraba en el orden de motivación de la resolución administrativa impugnada que decía:

“incumplimiento del artículo 27.2 del RD 155/1996 de 2 de febrero. Interesada segunda esposa reagrupada”. Y si bien la referencia al primero de los motivos de denegación, esto es, el incumplimiento del artículo 27.2 del RD 155/1996, puede parecer ajena al debate seguido en sede jurisdiccional, el segundo orden de motivación, -esto es, la condición de segunda esposa reagrupada-, es el núcleo de dicho debate procesal, que gira naturalmente tanto sobre la validez del segundo matrimonio celebrado, como sobre la subsistencia o extinción del anterior vínculo matrimonial; por ello se refiere dicho motivo por la Administración, siendo de notar que el propio recurrente le dedica un esfuerzo relevante ya en su escrito de demanda.

Y como el propio recurrente señala en su escrito de interposición del recurso de casación, ya en su escrito de demanda el actor sostenía que “la exigencia de determinada forma jurídica a la disolución del primer matrimonio puede generar problemas de aplicación, ante las especificidades de los ordenamientos jurídicos de determinados países, en especial del tercer mundo, de donde son parte importante de los inmigrantes residentes en España”.

Por ello podemos concluir que la forma jurídica y las garantías anejas, tanto en orden a evitar el fraude de ley como a garantizar los derechos de las partes (esto es, la forma que debía revestir el divorcio del primer matrimonio en que se había fundado la anterior reagrupación en orden a permitir nueva solicitud de reagrupación), se habían integrado con normalidad en aquel debate procesal y desde luego no se aprecia en la sentencia combatida en casación ni vulneración del principio de contradicción ni menos aún indefensión, pues el recurrente pudo y así lo hizo realizar las alegaciones que en derecho estimara necesarias no sólo sobre la validez jurídica del divorcio sino también sobre el cumplimiento de las previsiones legales que el artículo 17 de la LOE 4/00 contempla.

CUARTO.- El segundo motivo de casación articulado por el recurrente y al amparo del artículo 88.1.d) de la LRJCA tiene su apoyo en la denuncia de la infracción de un extenso cuerpo de normas, así se citan por el recurrente los artículos 16 y 17 de la LOE 4/00; artículos 9.1 y 107 del Código Civil en relación con el Convenio entre el Reino de España y Marruecos sobre cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa de 30 de mayo de 1997; infracción de los artículos 44, 61, 67, 68 y 70 del mismo Código civil, así como de los artículos 18, 32 y 39 de la Constitución, 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. En síntesis, tal infracción puede contraerse a una única alegación, que no es otra que la plena validez, a los efectos contemplados en el artículo 17.2 de la LOE 4/00, del divorcio del primer matrimonio que aparece documentado en el expediente administrativo, ya que el argumentario restante, sin dicho soporte, carece de consistencia alguna.

Pues bien, obra en el expediente administrativo Acta de divorcio solicitado por la primera esposa, de fecha de 15 de febrero de 1999, y la propia Sala de instancia tiene por cierto tal extremo, si bien entiende que el negocio jurídico que allí se documenta no cumple las formalidades y garantías que el artículo 17 de la LOE 4/00 contempla, llevando a cabo una interpretación más restrictiva de dicho artículo que el que surge de su interpretación literal pues debe notarse que mientras que la Sala de instancia parece entender que el procedimiento de divorcio debe ser necesariamente un procedimiento de naturaleza judicial la literalidad de la norma sólo exige un procedimiento jurídico. El artículo así dice:

“El extranjero residente que se encuentre separado de su cónyuge y casado en segundas o posteriores nupcias sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge y sus familiares si acredita que la separación de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los menores dependiente”.

A la vista de lo anterior, debe añadirse inmediatamente que no cualquier procedimiento jurídico permite entender satisfecha la exigencia que aquí se contempla, en orden tanto a la evitación del fraude de ley como a la garantía de los derechos del excónyuge y de los descendientes, pues, de un lado, ese procedimiento jurídico deberá justamente superar el canon del cumplimiento de dichas garantías, pero, además, deberá ser reconocible como una efectiva extinción del vínculo matrimonial, ya que dicha extinción es el presupuesto que la norma contempla para la efectividad del derecho a una segunda reagrupación.

Por ello, tanto en el supuesto de no encontrarnos en presencia de una extinción real y definitiva, no revocable, del vínculo matrimonial, como cuando dicha extinción, aun siendo real y definitiva, no contempla las garantías ya señaladas, no será suficiente su cobertura jurídica cualquiera que sea, su efectiva naturaleza, judicial o no, para entender satisfecha la exigencia que se contempla en el artículo 17 de la LOE 4/00 .

QUINTO.- Hemos de acoger el motivo formulado por el recurrente.

La legislación islámica ha puesto por regla general el repudio en manos del esposo, concediéndole la prerrogativa individual para pronunciar el mismo en relación con la esposa al ser considerado, por dicha legislación, como el responsable de la institución matrimonial, de las cargas que se derivan de la misma, de la manutención de los hijos así como con la obligación de correr con las cargas que derivan del divorcio.

Tradicionalmente el repudio ha sido de dos clases, según su naturaleza de revocable o irrevocable:

a) En principio todo repudio dictaminado por el marido, después de la consumación del matrimonio, es un repudio revocable, siempre que no constituya el tercer repudio consumado de forma sucesiva. Repudio revocable implica que los vínculos matrimoniales siguen vigentes, de modo que el repudiante tiene pleno derecho para reintegrar a la vida matrimonial a la repudiada, toda vez que no haya superado el período de continencia, pues superado este el repudio queda consumado de forma irrevocable y caduca su derecho para recuperar a la esposa, salvo que se levante nueva acta matrimonial.

b) Pero, además de lo anterior existen varios supuestos en los que el repudio consumado por el marido resulta irrevocable; así ocurre con:

1. El repudio anterior a la consumación del matrimonio, el cual resulta irrevocable, siempre que no constituya el tercer repudio, de modo que el esposo solo puede reintegrar a la esposa a la vida conyugal previa acta matrimonial nueva, debidamente cumplimentada, percibiendo la repudiada la mitad de la dote, pero sin tener derecho a la denominada indemnización de consuelo por parte del esposo.

2. El repudio por tercera vez, al que antes se hizo referencia (esto es, el precedido por otros dos), resulta irrevocable, de modo que los divorciados pierden la posibilidad de reconciliarse, incluso con un nuevo acta, toda vez que no se casen con otro esposo, convivan con él, y, se separen del mismo por repudio o por defunción del marido.

3. Especial interés tiene para el supuesto de autos -por lo que luego se dirá- el denominado divorcio a cambio de una compensación, de carácter también irrevocable, ya que el divorciado no puede reconciliarse con su esposa sin su consentimiento y sin levantar un nuevo acta matrimonial. Este tipo de divorcio es instado por la esposa, rompe definitivamente el vínculo matrimonial, como hemos expresado, e incluye el previo pago al marido de una compensación por la dote y por los gastos que supuso el matrimonio; sin embargo, este tipo de divorcio no puede hacerse a costa de los derechos de los hijos si la esposa tiene dificultades económicas, y para que el esposo sea merecedor de tal compensación económica, ésta debe pagarse con el consentimiento y la opción de la esposa.

4. Por último, también debe considerarse irrevocable el denominado repudio por poderes, en el que el esposo renuncia a acaparar el derecho de repudio, optando por compartirlo con la esposa que asume el derecho a divorciarse del esposo disponiendo de poderes para ello.

Desde una perspectiva procedimental el repudio, en sus distintas modalidades, con arreglo a la legislación islámica, se verifica previa autorización del juez y en presencia de dos adules para dar fe de ello. La autorización judicial solo se produce una vez agotadas todas las vías de reconciliación entre los cónyuges, tras lo cual se levanta el correspondiente acta, dejando constancia de la postura de cada una de las partes, dictaminando el juez si, efectivamente, existe razón motivadora del repudio, o si, por el contrario, la situación encubre un simple abuso de poder, evaluando de este modo la denominada indemnización de consuelo, que ha de abonar el marido por los posibles daños o perjuicios que pueda sufrir la esposa.

Fracasados todos los intentos de reconciliación, el juez está obligado a autorizar el repudio ante los dos adules, fijando las obligaciones resultantes de tal acto como son la indemnización de consuelo, la pensión alimenticia de la esposa durante el período de continencia, el remanente de la dote, la pensión alimenticia de los hijos, la contrapartida por la custodia, la regulación del derecho de visita, etc.. Consumado el repudio el juez ha de notificarlo a la esposa remitiéndole acta de divorcio en un plazo máximo de quince días, corriendo el esposo con los gastos resultantes.

Pues bien, el conflicto surge cuando de este acto -incorporado como hemos visto a actas o documentos otorgados por autoridades no españolas- se pretende su reconocimiento por las autoridades españolas para su incorporación al Registro Civil o para su eficacia en otros ámbitos administrativos o judiciales, de conformidad con las leyes españolas o los Tratados Internacionales, requiriéndose en algunos supuestos la tramitación del correspondiente exequátur, que en principio no sería preciso en el ámbito del Registro Civil, por cuanto la regla de la eficacia extraterritorial de tales documentos se despliega -justamente- con ocasión de su acceso al Registro de un Estado distinto del de la autoridad ante la que fue otorgado, siendo, por tanto, el encargado del Registro el que haya de verificar si la resolución extranjera en cuestión -en este caso otorgada por un juez marroquí ante dos adules- reúne los requisitos que se exigen para desplegar su eficacia en el Estado donde se pretende su acceso al Registro (en este caso, eventualmente, España).

La eficacia, pues, extraterritorial del documento extranjero que certifica que -al amparo de una determinada normativa extranjera- se ha constituido la situación que se pretende hacer valer (aquí, a la sazón, el repudio o divorcio del recurrente) dependerá de la valoración que habrá de efectuarse de conformidad con lo establecido en el sistema convencional existente entre los dos países (España y Marruecos, en este caso), y, en su defecto, conforme a lo dispuesto en nuestro Ordenamiento jurídico.

En el presente caso -tratándose de una resolución de repudio o divorcio- habrá de tenerse en cuenta en el mencionado ámbito convencional el Convenio -que se cita como infringido en el motivo que examinamos- de Cooperación Judicial en Materia Civil, Mercantil y Administrativa suscrito entre el Reino de España y el Reino de Marruecos el 30 de mayo de 1997 (publicado en el BOE de 25 de junio de 1997); y, por lo que al Derecho español concierne, habría de tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 323 de la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil .

SEXTO.- En el presente caso la valoración jurídica que se pretende de este orden jurisdiccional hemos de situarla, como sabemos, en el ámbito de la legislación sectorial de extranjería; ámbito en el que se aprecia una referencia indirecta al matrimonio poligámico, del que el Ordenamiento jurídico marroquí no ha sido una excepción a su admisión, permitiendo, el Código del Estatuto Personal (Mudawwanat al ahwal-achchakhsya, cuerpo legal de 297 artículos, dividido en seis libros, promulgados por sendos Dahires), un máximo de cuatro esposas por varón, de tal manera que la superación de esa cifra se considera un impedimento provisional para la celebración de un nuevo matrimonio (art. 29.2º); en cualquier caso el aludido Texto Legal -de 10 de septiembre de 1993- ha sometido la

institución a una condición de validez como es la autorización judicial el efecto (art. 41.4º), la cual deberá ser denegada si el Juez estima que puede provocarse una injusticia entre las esposas (art. 31.4º).

Pues bien, esta referencia en la legislación sectorial de extranjería es la que se contiene en el precepto de la LOE 4/00 que nos ocupa: artículo 17.1.a), que no ha sido modificado por las posteriores LOE 8/00 y LOE 14/03:

“El extranjero residente tiene derecho a que se conceda permiso de residencia en España para reagruparse con él a los siguientes parientes:

a) El cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho o que el matrimonio se haya celebrado en fraude de ley. En ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial. El extranjero residente que se encuentre separado de su cónyuge y casado en segundas o posteriores nupcias sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge y sus familiares si acredita que la separación de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los menores dependientes”.

En consecuencia, el extranjero residente en España -como el recurrente- casado en segundas nupcias, que pretenda reagrupar en nuestro país a su segundo cónyuge, deberá acreditar:

a) La separación de su o sus anteriores matrimonios.

b) Acordada en un “procedimiento jurídico”.

c) Procedimiento en el que, además de la separación, se haya resuelto sobre (1) la situación personal del anterior cónyuge, (2) la pensión que pudiera corresponderle, (3) el destino de la vivienda común y (4) los alimentos para los hijos menores dependientes.

La separación matrimonial -como antes ya hemos señalado- es una institución desconocida en el Ordenamiento marroquí musulmán y hebreo, por lo que habremos de situarnos -por ser lo único existente- ante los supuestos de disolución matrimonial, consagrando el Derecho marroquí diversas fórmulas al efecto, que antes hemos expuesto: Existen, pues, (1) vías unilaterales como el talaq o repudio, (2) vías bilaterales como el tatiq o divorcio judicial, y (3) vías intermedias como el kohl o repudio mediante compensación económica de la esposa.

Pues bien, del examen del Acta de Divorcio del recurrente con su primera esposa (Dª Marina), de fecha 27 de enero de 1999, se deduce, con claridad absoluta, que se está ante el procedimiento denominado en el derecho marroquí como kohl, que hemos traducido como “repudio mediante compensación económica de la esposa”:

a) El mismo es solicitado por la esposa, tratándose de un matrimonio sin hijos.

b) El Acta de divorcio es suscrita por dos Notarios (adultos) adscritos al Juzgado de Primera Instancia de Chauen, Sección Notarial.

c) El Acta, a continuación, es homologada por el Juez Notario de Chauen, constanding su firma y el sello del Tribunal.

d) La esposa renuncia a cualquier derecho que le corresponda tanto dentro como fuera de Marruecos, así como a cualquier tipo de reclamación, incluidas las inherentes a su unión, deviniendo nula toda acción judicial entre ambos.

e) Renuncia igualmente a sus derechos por el período de continencia legal, reconociendo haber recibido la correspondiente compensación económica (16.000 dirhams).

f) Y también es cierto, que el padre del recurrente -que actuaba por poderes en nombre de su hijo- “pronuncia contra la mujer de su hijo, un primer y simple divorcio solicitado por ella, después de consumado el matrimonio, quedando separados como es preceptivo”.

Pues bien, a pesar de hacerse referencia a “un primer y simple divorcio”, obvio es que no nos encontramos -como se desprende del contenido del Acta- en presencia de un repudio unilateral del esposo (talaq), de carácter, por tanto, revocable y que para tener efectos realmente disolutorios tendría que haber sido seguido de otros dos posteriores. Por el contrario, como hemos expresado nos encontramos en presencia de un “kohl o repudio mediante compensación económica de la esposa”, que, como antes expusimos cuanta con el carácter de irrevocable -ya que el divorciado no puede reconciliarse con su esposa sin su consentimiento y sin levantar un nuevo acta matrimonial-, siendo instando este tipo de divorcio (a diferencia del revocable) por la esposa, y que rompe definitivamente el vínculo matrimonial, sin necesidad de posterior reiteración.

En consecuencia, se trata, sin duda, de un procedimiento jurídico que supera el canon impuesto por el citado artículo 17.1.a) de la LOE 4/00, procediendo por ello el acogimiento del motivo y la correspondiente estimación del recurso, cuando, además, en el supuesto de autos la primera esposa divorciada -según certificación expedida por la Subdelegación del Gobierno en Gerona- “consultados los antecedentes que obran en el Registro Informático de extranjeros ... no resulta como residente en España”.

SÉPTIMO.- Así se ha pronunciado la Sala Primera de este Tribunal, si bien en el ámbito -diferente al de autos- de la concesión del exequatur.

Así en el ATS de 19 de junio de 1996 se expresó que “la conformidad con el orden público español -en sentido internacional- es plena: el artículo 85 del Código Civil establece, la posibilidad del divorcio cualesquiera que sean la forma y tiempo de celebración del matrimonio. No ha de ser obstáculo a lo anterior el hecho de que el divorcio se haya instado ante los Adules, quienes extienden el acta, pues, tal y como se pone de relieve en el dictamen aportado a los autos, éstos, ciertamente, parecen actuar como requisito formal traído por el ordenamiento jurídico competente, pero en seguida se advierte sobre la subsiguiente homologación del acta así extendida por el Juez Notarial-Cadí adscrito al correspondiente Tribunal, en funciones jurisdiccionales, de donde se sigue que el proceso ha contado con la intervención de una autoridad jurisdiccional que ha dotado de eficacia constitutiva al acto. Por demás, queda acreditado el carácter definitivo de la disolución del vínculo, sin que, por otro lado, pueda ser obstativo del reconocimiento solicitado el hecho de que la específica ruptura del vínculo acarree como efecto la imposibilidad de que los ex-esposos puedan contraer nuevas nupcias entre sí, conforme a la ley material aplicable, pues tal impedimento surgido a resultas del divorcio no puede considerarse contrario al orden público español que, en este campo, se encuentra en íntimo entronque con los principios y derechos constitucionales”.

A mayor abundamiento, en el Informe de los juriconsultos marroquíes aportado a las mencionadas actuaciones se expresa que “En primer lugar habría que aclarar que quien verdaderamente autoriza el acta de divorcio es el Juez, limitándose los adules a confeccionar el acta a la vista de las declaraciones de los interesados, pudiendo otorgar la fe pública en asuntos judiciales.

Así se desprende del ordenamiento jurídico general, no escrito, que exige la autorización judicial de todos los divorcios, existiendo en relación con los Adules el artículo 48 del Dahir Sagrado número 157343, de 22 noviembre 1957, sobre el Estatuto Personal marroquí, que viene a decir que el divorcio debe inscribirse ante adules que den fe sobre el mismo. Se insiste que en el caso que se nos presenta nos encontramos ante un divorcio previo a la consumación que se tramita mediante una especie de procedimiento administrativo, que se sustancia ante los Adules

y que, como todo divorcio, debe ser autorizado por el Juez. Así se aprecia en el original del acta, donde bajo el sello que aparece fechado el 21 de febrero de 1991 aparece el de Juez del Tribunal, que se denomina Cadí Notarial, aunque sus funciones son, obviamente, jurisdiccionales”.

Por su parte en el ATS de 27 de enero de 1998 se pronuncia en el sentido de que “está suficientemente acreditada la firmeza de la resolución, que es homologada por el Juez Notario ante el Juzgado de Primera Instancia de Casablanca, conforme a la legislación del Estado de origen, como también lo está el carácter personal de la acción ejercitada, tendente a obtener la disolución del vínculo matrimonial, y el respeto a las garantías procesales en el procedimiento seguido en el extranjero, habida cuenta de la intervención en él de ambos esposos.

Asimismo, se ha de afirmar la corrección del pronunciamiento contenido en la resolución que se presenta con el orden interno español, en contra de la opinión del Ministerio Fiscal.

La adecuación con el orden público -que en el plano internacional presenta un carácter netamente constitucional enlazado con los derechos fundamentales y libertades públicas definidas y garantizadas por la Constitución- deriva del tipo de divorcio pronunciado por las autoridades judiciales marroquíes, a cuya determinación se dirigió el requerimiento de esta Sala que fue cumplimentado con la aportación del informe emitido por el Consulado General de Marruecos en Madrid obrante en los autos, y del mismo examen de la legislación aplicable al negocio jurídico de que se trata, contenida en el Dahir núm. 1-57-343, de 22 noviembre 1957, regulador del Código del Estatuto Personal y de Sucesión en el Reino de Marruecos; y así resulta, de una parte, que ya se denomine divorcio ya se llame repudio al acto que produjo la disolución del vínculo matrimonial entre los esposos -y no se pierda de vista que tanto la traducción jurada aportada a los autos como en indicado informe del Consulado General de Marruecos lo denominan divorcio-, es lo cierto que el ordenamiento regulador atribuye tanto al esposo como a la esposa la facultad de promoverlo (vide arts. 44, 61 y siguientes y 66 y siguientes del referido Código), y ello se evidencia con claridad en el presente caso, en donde es la mujer la que “declara pedir divorcio de su citado esposo”; de otra parte, el tipo de divorcio o repudio es de los llamados “Khole” en la legislación marroquí, que se regula en el Capítulo III del citado Código bajo el título “Del repudio (o divorcio, según otras traducciones) mediante compensación”, y que se abre con el art. 61 que reza: “los esposos pueden convenir entre ellos el repudio -o divorcio- mediante compensación”; y, por su parte, el artículo 67 de la misma norma proclama el carácter irrevocable de este tipo de divorcio o repudio, como apunta el informe emitido por las autoridades marroquíes”.

Por último, en la misma línea el ATS de 8 de junio de 1999.

OCTAVO.- Al declararse haber lugar al recurso de casación no procede condenar en las costas del mismo (artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio), sin que existan razones para una expresa imposición de las costas en la instancia.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los de pertinente aplicación.

Por todo ello, en nombre de S. M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

FALLO

1º. Haber lugar al recurso de casación número 8062/2002, interpuesto por D. Jorge contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Madrid (Sección 1ª) en fecha de 21 de marzo de 2002, en su recurso contencioso administrativo núm. 830/2000. 2º. Revocar la mencionada sentencia.

3º. Estimar el recurso contencioso administrativo, interpuesto por D. Jorge contra la Resolución, de fecha 11 de abril de 2000, del Cónsul General de España en Tánger (Marruecos) por medio de la cual fue denegada a Dª Inmaculada, segunda esposa del recurrente, ciudadano de nacionalidad marroquí, la solicitud de Visado de Residencia para Reagrupación Familiar.

4º. Reconocer a D. Jorge el derecho a que por el Cónsul General de España en Tánger (Marruecos) le sea expedido a Dª Inmaculada, segunda esposa del recurrente, el correspondiente Visado de Residencia para Reagrupación Familiar.

5º. No hacer especial declaración sobre las costas causadas en la instancia y en el presente recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Mariano de Oro-Pulido Lopez.- Pedro José Yagüe Gil.- Jesus Ernesto Peces Morate.- Rafael Fernandez Valverde.- Enrique Cancer Lalanne.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.