pues, manifiestamente contraria al orden público español, que ha de permitir que los extranjeros, lo mismo que los españoles, contraigan matrimonio civil en España sin indagación alguna sobre su religión, ideología o creencias.

Por lo demás, en cuanto a la libertad matrimonial de la contrayente marroquí, se ha acreditado que ésta ha obtenido en Holanda el divorcio de su primer matrimonio con un marroquí. Teniendo en cuenta que en Holanda la única causa de divorcio es simplemente la desunión duradera de los cónyuges y la amplitud con que el Derecho musulmán marroquí regula las causas de divorcio y de repudiación, no hay motivos para entender que ese divorcio no se haya ajustado a la legislación marroquí común de los consortes, aparte de que, si la nacionalidad de éstos no hubiera sido la misma, se hubiera aplicado la ley de la residencia habitual del matrimonio (cf. art. 107, I, Cc). En todo caso es evidente que la exigencia del exequátur (cf. art. 107, II, Cc) ha de entenderse limitada a los supuestos de matrimonio de un español o de aquéllos que estén inscritos en nuestro Registro Civil.

APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA CONOCER DE UN SUPUESTO DE SEPARACIÓN MATRIMONIAL.

2001/268.- Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6ª, Sentencia de 29 de junio de 1999. Ponente Ilmo. Sr. D. José Javier Díez Núñez. *Aranzadi Civil*, 1999, nº 6955.

Preceptos aplicados: Arts. 9.2º, 12.6º.II y 197 Cc.

Los antecedentes del recurso de apelación resuelto por la AP Málaga son los siguientes. Primero. Doña Isabella W. formuló demanda de juicio de separación matrimonial contra D. Thomas W. ante el JPI nº 1 de Torrox. Segundo. La Sentencia dictada en primera instancia fue impugnada por la parte demandada al entender que al amparo de los arts. 9.2º y 107 Cc la separación matrimonial habría de regirse por "la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda" que no era otra que la alemana y que, concretamente, en el Código Civil de este país – BGB- *no se contempla la posibilidad de la separación matrimonial sino, tan sólo, la disolución matrimonial por divorcio, conforme a los arts. 1564, 1565 y 1566 del referido texto legal.*

La AP de Málaga desestimó el recurso de apelación de D. Thomas W. al entender que no es posible fundamentar con seguridad absoluta la aplicación de la normativa sustantiva alemana, en la medida en que no debe olvidarse que la cita aislada de artículos del Código extranjero no es suficiente para justificar lo que en ellos se determina, cuya exégesis no incumbe a los Tribunales españoles, ya que es necesario probar no sólo la exacta entidad de tales normas vigentes, sino su alcance e interpretación por los respectivos Tribunales, acreditación que habrá de llevarse a efecto con certificación legalizada del Consulado.

Observaciones: 1. La AP de Málaga se pronuncia en esta sentencia sobre un problema de DIPr habitual para los Tribunales españoles: la aplicación del Derecho extranjero. Los hechos son los siguientes: Doña Isabella W. formuló demanda de juicio de separación matrimonial contra D. Thomas W. ante el JPI nº 1 de Torrox. El Juzgado dictó Sentencia de fecha 31 de julio de 1998, estimando la demanda y desestimando las excepciones y reconvención formuladas. La Sección Sexta de la AP de Málaga declara no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada. En esta sentencia la Audiencia Provincial de Málaga reitera que, al amparo de lo dispuesto en los arts. 9.2º y 107 Cc, "la separación matrimonial habría de regirse por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio, y, si los esposos tuvieran su residencia habitual en diferentes Estados, por la ley española, siempre que los Tribunales españoles resulten competentes". Así, "la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda" no era otra que la alemana

y, concretamente, el Código Civil de este país -*BGB*- que no contempla la posibilidad de la separación matrimonial sino, tan sólo, la disolución matrimonial por divorcio, conforme a los artículos 1564, 1565 y 1566 del referido texto legal (F.J. 1º). En este sentido, la aplicación de la ley de la nacionalidad común es consecuente con la nacionalidad que rige el estado civil y el Derecho de familia en nuestro sistema conflictual (art. 9.1º Cc). En defecto de nacionalidad común, también resulta justificado el recurso a la ley de la residencia habitual común, tanto por ser esta conexión la solución subsidiaria genérica, como por justificarse en sí misma, al designar el medio social de vida del matrimonio. Además, el precepto evita el conflicto móvil, al precisar temporalmente la conexión en el momento de presentación de la demanda de separación judicial y divorcio (*vid.* J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *DIPr*, Madrid, Civitas, 1999, p. 441).

2. Con respecto a la aplicación del Derecho extranjero por los Tribunales españoles, la AP de Málaga reitera la que constituye la doctrina más tradicional sobre el valor puramente fáctico del Derecho extranjero, cuya alegación y prueba corresponde a quienes sostienen su existencia y vigencia (*vid.* comentario de E. Rodríguez Pinau, *REDI*, 1997-24-Pr). En el artículo 12.6º, párrafo segundo del Código Civil, derogado por la Disposición Derogatoria única, nº 2.1º de la LEC, se establece que "la persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la Ley española". La doctrina jurisprudencial considera la legislación extranjera como "cuestión de hecho" y como tal alegada y probada por la parte que la invoque, siendo necesario acreditar la exacta entidad del derecho vigente, y también su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable en los Tribunales españoles, y todo ello mediante la pertinente documentación fehaciente, constituyendo práctica reiterada la que determina que cuando a los Tribunales españoles no les sea posible fundamentar, con seguridad absoluta, la aplicación del derecho extranjero, hayan de juzgar y fallar según el derecho patrio. De ahí que, como señalan las SS TS de 23 de octubre de 1992 (*vid.* comentario de J. Maseda Rodríguez, *REDI*, 1993-86-Pr) y de 4 de mayo de 1995 (*vid.* comentario de P.A. De Miguel Asensio, *REDI*, 1996-6-Pr), "no basta para acreditar la norma extranjera la mera dicción literal de los preceptos que refiere, si no se acredita, como es necesario, la vigencia del Derecho extranjero aplicable y la normal interpretación en el origen que del mismo se venga haciendo" (F.J. 2º).

3. La AP de Málaga, al no ser posible por parte del demandado fundamentar la aplicación de la normativa sustantiva alemana, "ya que no debe olvidarse que la cita aislada de artículos del Código extranjero no es suficiente para justificar lo que en ellos se determina, siendo insuficiente la cita aislada del Código vigente en país extranjero, cuya exégesis no incumbe a los Tribunales españoles, ya que es necesario probar no sólo la exacta entidad de tales normas vigentes, sino su alcance e interpretación por los respectivos Tribunales" (F.J. 2º), juzga y falla según el derecho español. El art. 12.6º, párrafo segundo del Cc confiere facultades al juzgador en aras a la aplicación del Derecho extranjero, aunque tradicionalmente éste no ha venido actuando de oficio, provocando la quiebra del sistema. En este sentido, La S TC 10/2000, de 17 de enero de 2000, resolviendo un recurso de amparo promovido por Doña Gaiane Charlouian por la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva al no practicar la AP de Vizcaya la prueba del derecho armenio estableció que "si bien es cierto que es doctrina de uso habitual entre los órganos judiciales ordinarios que el derecho extranjero es un "hecho" que debe ser probado por quien lo alegue, a tenor de lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 12.6º Cc, sin que semejante interpretación y aplicación del citado precepto de la legislación civil deje de ser una cuestión de mera legalidad ordinaria ajena, en principio, a la jurisdicción de amparo, no lo es menos, sin embargo, que el inciso final de ese mismo apartado sexto del art. 12 Cc se dice que para la aplicación de ese Derecho, el juzgador podrá valerse de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas". Además, "la acreditación del derecho extranjero y la intervención del órgano judicial en su prueba puede trascender de la mera valoración de la prueba de un hecho alegado por la parte en apoyo de sus pretensiones, que, indudablemente, es competencia exclusiva de los órganos judiciales ordinarios" (F.J. 3º).

4. En DIPr español, actualmente, la cuestión de la aplicación del Derecho extranjero ha entrado en una nueva dimensión con ocasión de la regulación ofrecida sobre el tema por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (*BOE* nº 7, de 8 de enero de 2000). El art. 12.6º, párrafo segundo del Cc ha sido derogado por la Disposición Derogatoria única, nº 2.1º de la LEC. En su lugar han visto la luz los artículos 281.2º y 282 de la LEC, que dan cuerpo a un sistema de prueba del Derecho extranjero de textura abierta. El legislador no ha querido tomar partido por un sistema rígido de prueba del Derecho extranjero, de modo que sean siempre las partes o siempre el juez los que deban, en todos casos, probar el Derecho extranjero. En los casos en los que se aplica Derecho extranjero, la parte interesada en su aplicación deberá: primero, fundamentar su demanda en el Derecho extranjero y, segundo, probar el Derecho extranjero. En el caso en el que las partes argumenten en base al Derecho extranjero pero no lo prueban: el tribunal deberá realizar dos operaciones: a) En la audiencia previa al juicio, advertirá a las partes en este sentido: éstas deben proponer la práctica de la prueba del Derecho extranjero; el tribunal advertirá a las partes de las consecuencias que tendrá el no hacerlo (art. 429.1.II LEC). b) Si pese a ello, las partes no prueban el Derecho extranjero, éste no podrá aplicarse y el tribunal tampoco debe probarlo. Dictará sentencia y desestimará las pretensiones de las partes (*vid.* A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, "Aplicación del Derecho extranjero en España y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", *Tribunales de Justicia*, nº 11, noviembre 2000).

5. En conclusión, es de lamentar que la AP de Málaga no haya aprovechado está ocasión para confirmar una postura más abierta y moderna de nuestra jurisprudencia menor sobre la consideración del Derecho extranjero como Derecho, (*vid.* S AP de Oviedo de 13 de octubre de 1990 en *REDI*, 1991-111-Pr y nota de P. Rodríguez Mateos) haciendo buena la celebre máxima que recoge J. A. Carrillo Salcedo, "el Derecho extranjero es Derecho, aunque extranjero", opinión que han venido a confirmar tanto la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, como la S TC 10/2000, de 17 de enero de 2000. **Alfonso Ortega Giménez.**

NEGATIVA A INSCRIBIR UN MATRIMONIO CELEBRADO EN LA INDIA POR NO JUSTIFICARSE LA FORMA DE CELEBRACIÓN

2001/269.- Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución (5ª) 8 de octubre de 1999. *La Ley*, 2000, nº 3915; *BIMJ*, nº 1859, 1999, p. 4147.

Matrimonio.- Matrimonio celebrado en la India de acuerdo con la ley local.- Inscripción.- Competencia del Registro Civil Central.- Necesidad de acreditar debidamente la celebración en forma del matrimonio.- Justificación insuficiente.- Necesidad de acreditar elementos probatorios.

Normas aplicadas: arts. 9, 11, 12, 49 y 50 Cc; arts. 2, 15, 16, 23, 35, 38 y 69 LRC; arts. 66, 68, 85, 256, 257, 258, 271, 335, 339 y 340 RRC.

*Los hechos que afectan a españoles, aunque hayan acaecido antes de adquirir la nacionalidad española, son inscribibles en el Registro español competente (*cf. *arts. 15 LRC y 66 RRC), siempre, claro es, que se cumplan los requisitos en cada caso exigidos. Por esta razón ha de examinarse la cuestión sobre si cumple estas exigencias el matrimonio de los promotores celebrado en la India - según sus últimas alegaciones- el 25 de junio de 1957.*

*La competencia para decidir la inscripción corresponde al Registro Central por estar los promotores domiciliados en España (*cf. *art. 68, II, RRC) y la vía registral para obtener el asiento ha de consistir, bien en la calificación de la certificación del enlace del Registro extranjero expedida por autoridad o funcionario del país de celebración (*cf. *arts. 23 LRC y 85 y 256-3º RRC), bien en el*