

# EL TRATAMIENTO DE LA INDISOLUBILIDAD MATRIMONIAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El tratamiento de la indisolubilidad matrimonial en el derecho familiar español: 1851-1978; 1º Divorcio de extranjeros ante tribunales españoles; 2º Valoración de las sentencias extranjeras de divorcio: A. Celebración en España de matrimonio por español o extranjero divorciado fuera de nuestras fronteras: \* Matrimonio de extranjeros, \* Matrimonio de españoles. B. Celebración de matrimonio en el extranjero por español con extranjero divorciado*. III. *El nuevo marco constitucional*. IV. *Conclusiones*.

## LISTA DE ABREVIATURAS USADAS

### A. Revistas

AAMN . . . . .	Anales de la Academia Matritense del Notariado
ACA . . . . .	Anales del Centro Asociado de la UNED de Alzira (Valencia)
ADI . . . . .	Anuario de Derecho Internacional
BIMJ . . . . .	Boletín Informativo del Ministerio de Justicia
R. des C. . . . .	Recueil des Cours (La Haya)
RCR . . . . .	Revue Critique de Droit International
RDEA . . . . .	Revista de Derecho Español y Americano
RDP <sub>r</sub> . . . . .	Revista de Derecho Privado
REDC . . . . .	Revista española de Derecho Canónico
REDI . . . . .	Revista española de Derecho Internacional
RFDM . . . . .	Revista de la Facultad de Derecho de Madrid
RGLJ . . . . .	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RIDC. . . . .	Revue International de Droit Comparé

### B. Otras

Art. . . . .	Artículo
C. c. . . . .	Código civil
C. L. . . . .	Colección legislativa de España
LEC. . . . .	Ley de Enjuiciamiento civil
R. . . . .	Resolución
RA. . . . .	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
STC. . . . .	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS. . . . .	Sentencia del Tribunal Supremo
Tb. . . . .	También

## I. Introducción

1. La indisolubilidad matrimonial ha sido, desde siempre, un tema controvertido tanto desde una perspectiva interna como en su proyección internacional. El presente trabajo aborda esta segunda faceta, examinando el tratamiento que ha recibido la institución del divorcio en el derecho internacional privado español y haciendo referencia expresa a las diferentes etapas que se han sucedido, pero sin renunciar a establecer las coordenadas actuales del problema y sus expectativas de futuro.

## II. *El tratamiento de la indisolubilidad matrimonial en el derecho familiar español: 1851 - 1978*

2. La defensa de la indisolubilidad matrimonial aparece como pieza fundamental del derecho familiar español. El modelo recogido en nuestras leyes responde tanto en su fundamentación como en su regulación y objetivos a unos planteamientos muy tradicionales, donde la concepción de la familia está muy afectada por la religión católica.<sup>1</sup> El núcleo familiar, configurado como la base de la sociedad, por medio del cual el individuo adquiere la plenitud de su formación y participa en la comunidad, está dotado de una personalidad propia, distinta a la de sus miembros, entendiéndose como "ética, natural, fundada en la relación conyugal de los sexos cuyos individuos se hallan ligados por lazos de amor, respeto, autoridad y obediencia; institución necesaria para la conservación, propagación y desarrollo de todas las esferas de la vida humana".<sup>2</sup>

Junto a esto, la institución familiar se presenta vinculada decisivamente al matrimonio, de tal suerte que una y otro son, no ya términos interdependientes, sino casi sinónimos; sólo del vínculo legítimo del matrimonio puede surgir una familia y, únicamente éste dota de sentido a la unión conyugal y le da significado, poniendo a su alcance los medios necesarios para obtener sus objetivos.

...el matrimonio que para los católicos es un sacramento y para todos los demás cualquiera que sean sus confesiones religiosas y aun para aque-

<sup>1</sup> Al respecto *vide* "Conflicto entre la potestad civil y la eclesiástica" (Dictamen fiscal en el expediente formado para evacuar el informe pedido de Real Orden al Tribunal Supremo acerca de los medios de evitar los frecuentes conflictos que ocurren entre la autoridad temporal del Estado y la puramente espiritual de la Iglesia y de dilucidar los límites de ambas jurisdicciones), por M. Seijas y Lozano, fiscal general del Tribunal Supremo, RGLJ, 1859, pp. 97 y ss. También *vide* B. Gutiérrez Fernández, *Código o estudios fundamentales sobre derecho civil español*, t. I, Madrid, 1868, pp. 218 y 219. Para un análisis del periodo posterior a 1889, Castan Tobefías, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. V, "Derecho de familia", Madrid, Reus, 1976, pp. 29 y ss.; también, L. Díez Picazo, *Sistema de derecho civil*, t. IV, "Derecho de familia", Madrid, Tecnos, 1978, pp. 38 y ss.

<sup>2</sup> Sánchez Román, J., *Estudios de derecho civil*, t. V, vol. I, Madrid, 1910, p. 14.

llos que no profesen ninguna religión positiva constituye algo importante y esencial en la vida de quienes lo contraen, no sólo en el orden puramente particular sino también en el público e institucional en relación con la sociedad y el Estado, por lo cual tal institución ha sido siempre atendida por el poder público y en todos los tiempos se ha considerado como acto trascendental y público, de orden social, *base y fundamento de la familia*, el conjunto de las cuales integra la nación...<sup>3</sup>

3. La idea de la indisolubilidad del vínculo matrimonial —al margen de las tensiones a que se ha visto sometido el derecho de familia en las diferentes etapas históricas— es asumida en forma constante en la legislación y en la práctica española hasta nuestros días. Exceptuando el corto lapso de la II República y el periodo actual, en todo momento nuestro ordenamiento se ha declarado abiertamente a favor de la misma, entendiéndola como básica dentro del derecho familiar y elevándola consecuentemente a la consideración de materia de orden público.<sup>4</sup>

4. Ya en 1951 García Goyena, en su proyecto de Código Civil, señalaba en el artículo 89 que, "el matrimonio válido no se disuelve sino por la muerte de uno de los cónyuges".

Años después, en 1870, una ley aparentemente tan progresista como la de matrimonio civil reiteraba tal consideración: "la perpetuidad e indisolubilidad del vínculo matrimonial —afirma su exposición de motivos— descansa como base necesaria, la moralidad del hogar doméstico. . . , destruidas aquéllas se dificultará e imposibilitará la realización de los fines racionales del matrimonio."<sup>5</sup>

Este cuadro no sufrirá modificación con la promulgación del Código Civil de 1889. El matrimonio, según el artículo 59, se disuelve "por la muerte de uno de los cónyuges", el divorcio es rechazado y únicamente se admite el llamado "impropio", aquel reducido exclusivamente a interrumpir la vida en común —"separación y apartamiento de los casados en cuanto cohabitación y lecho"—<sup>6</sup> sin que el vínculo se vea afectado.

5. La II República conlleva una profunda alteración en los fundamentos del derecho de familia español que, desde 1932, responde a actitudes opues-

<sup>3</sup> S. T. S. de 26 de abril de 1929, C. L. 1929, n.º 245, p. 1290.

<sup>4</sup> Santarem, N., "Reseña histórica de la institución del divorcio", *RGLJ*, 1864, pp. 455 y ss.

<sup>5</sup> Para un análisis de la misma, *vide* Lalaguna, E., "Matrimonio indisoluble y divorcio vincular en el orden jurídico español", en *RDP*, 1972, p. 517; también *vide* Trias de Bes, J. M., "Conception du Droit International Privé d'après la Doctrine et la pratique en Espagne", *R. des C.*, 1930, p. 671.

La exposición de motivos de la ley del 70 se puede encontrar íntegra en M. Martínez Alcubilla, *Diccionario de la administración española. Compilación de la novísima legislación de España peninsular y ultramar en todas las ramas de la administración pública*, voz "Matrimonio civil", Madrid, 1883.

<sup>6</sup> Alcubilla, M. Mtz., *op. cit.*, n.º 5, p. 637 (art. 29 de la Ley de matrimonio civil de 1870).

tas a aquellas mantenidas hasta la fecha. El régimen matrimonial se ve lógicamente afectado por la nueva situación y así, durante la República, se incorpora por primera vez a nuestro ordenamiento la institución del divorcio vincular.

La Constitución de 1931 era clara al respecto; su artículo 43 establecía: "la familia está bajo la salvaguardia especial del Estado, el matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos y podrá disolverse por mutuo disenso o petición de cualquiera de los cónyuges...";<sup>7</sup> incluía un mandato imperativo para el legislador que se cumple con la ley de 2 de marzo de 1932 a partir de la cual, la disolubilidad aparece efectivamente incluida en nuestra legislación.<sup>8</sup>

6. La introducción del divorcio, trascendental en sí misma, supera en su importancia los estrictos límites materiales del hecho. Enmarcada en un proceso de reforma del derecho familiar, refleja una actitud más profunda, el intento por parte del legislador republicano de modificar las coordenadas ideológicas de nuestro derecho de familia, abandonando los tradicionales esquemas confesionales del mismo y procediendo a sustituirlos por un modelo civil y laico en el que la institución sigue gozando de protección, en este caso, constitucional.<sup>9</sup>

7. El *statu quo* republicano se quiebra bruscamente —en palabras del profesor González Campos— por el régimen surgido de la contienda civil. La disolubilidad, en cuanto "sus efectos son incompatibles con las directrices del Nuevo Régimen",<sup>10</sup> se rechaza, volviéndose a un modelo matrimonial basado en la confesionalidad y la indisolubilidad matrimonial.

En 1938, inmerso en el proceso de revisión de todas las actuaciones desa-

<sup>7</sup> Para un análisis de la misma *vide* Lasala, J. M., *Sistema de derecho civil e inter-regional*, Madrid, Edersa, 1933, pp. 134-135.

<sup>8</sup> El artículo 43 de la Constitución del 31 suponía la introducción de toda una serie de principios que, de entrar en vigor, implicarían un vuelco en los planteamientos del derecho familiar. Sin embargo, de estas innovaciones, sólo la que afecta al régimen matrimonial se desarrolla en leyes posteriores. Este hecho da lugar a la aparición de situaciones controvertidas acerca de la eficacia de las disposiciones constitucionales que, tanto el Tribunal Supremo como la Dirección de los Registros y del Notariado intentarían clarificar con resultados contradictorios. (Al respecto *vide R. de 8 de abril de 1932*, ADGRN 1932, p. 469 y *R. de 28 de abril de 1932*, ADGRN 1932, p. 470, también *STS de 22 de noviembre de 1934*, RA 878.) Asimismo *vide* Castro, F. de, "La ley del divorcio y el derecho internacional privado", *RDP*, 1933, p. 132, negando eficacia directa al texto constitucional; tb. González Palomino, J., "Valor civil actual de las normas constitucionales", *RDP*, 1933, pp. 393 y ss.; tb. Miaja A., "Indicios de atenuación del orden público en el derecho internacional privado español", *Multitudo Legum ius unum, Festschrift für W. Wengler*, Berlin, 1973, p. 585.

<sup>9</sup> Al respecto *vide* Aguilar Benítez de Lugo, M., "Estatuto personal y orden público en el derecho internacional privado español", *REDI*, 1967, p. 234; del mismo autor, "A propósito de la Resolución de 6 de abril de 1979: el supuesto de matrimonio de divorciado", *RFDM*, 1980, p. 179. En ambos artículos se mantiene una postura radicalmente contraria a las reformas constitucionales.

<sup>10</sup> *STS de 17 de enero de 1962*, RA 445.

rrolladas en la zona republicana y "con objeto de evitar que al amparo de preceptos revisables puedan seguir creándose situaciones jurídicas inalterables. . . se suspende la sustanciación de los pleitos de separación y de divorcio y las actuaciones para obtener aquélla o ésta por mutuo disenso iniciadas con arreglo a lo dispuesto en la ley de 2 de marzo de 1932".<sup>11</sup> Un año más tarde, el 23 de septiembre de 1939 se completa el ciclo al quedar derogada en su totalidad la ley de divorcio y volviendo a estar vigentes las disposiciones del Código Civil.<sup>12</sup>

La norma derogatoria, en un intento por soslayar los múltiples problemas que se derivaban de su aplicación, reconoció eficacia a las sentencias de divorcio vincular dictadas al amparo de la normativa del 32 aun cuando las mismas, tanto las de divorcio como las de separación, eran declaradas anulables a instancia de parte, admitiéndose como fundamento de la petición:

el deseo de cualquiera de los interesados de reconstruir el hogar legítimo, o simplemente, el de tranquilizar su conciencia de creyente. . . dos causas —prosigue— o más propiamente motivos, de carácter psíquico y espiritual para el ejercicio de la acción.

8. La actuación del nuevo régimen es perfectamente congruente con sus líneas de pensamiento conservadoras y confesionales que suponen, en el campo del derecho de familia, la defensa de unos principios y valores muy diferentes a los mantenidos en el periodo anterior. El matrimonio se entenderá a partir de 1939 como indisoluble en su propia naturaleza implicando cualquier postura en contra "un atentado contra los principios religiosos y morales que informan el orden público español"<sup>13</sup> y entendiéndose en consecuencia "sin valor ni efecto alguno cuanto se oponga a dicho principio".<sup>14</sup>

El régimen del 39 restablece —si cabe, agudizado— el principio de indisolubilidad que adquirirá la consideración de "pilar del nuevo orden público establecido".<sup>15</sup> La referencia al divorcio, una vez más, debe entenderse realizada al divorcio impropio por cuanto sólo éste<sup>16</sup> no está en pugna con los principios básicos del modelo matrimonial vigente, "...lejos de estar en contra de los principios y sentimientos tradicionales de nuestra patria en

<sup>11</sup> Para un análisis de la justificación de tal actuación, *vide*: STS de 12 de noviembre de 1959, RA 443; tb. STS de 6 de junio de 1949, RA 726.

<sup>12</sup> Sobre la gestación de la ley, *vide* Miaja, A., art. cit., n° 8, p. 588; tb. León del Amo, *Los matrimonios civiles durante la República*, Madrid, Edersa, 1954, pp. 51 y ss.; Navarro Valls, Rafael, *Divorcio, orden público y matrimonio canónico. (Eficacia en España de las sentencias extranjeras de divorcio)*, Madrid, Montecorvo, 1972, p. 102.

<sup>13</sup> STS de 12 de mayo de 1944, RA 661; *vide* tb. STS de 12 de abril de 1945, RA 557 y 17 de marzo de 1951, RA 1000.

<sup>14</sup> STS de 23 de octubre de 1965, RA 4626.

<sup>15</sup> STS de 12 de mayo de 1944, *vide* n° 13.

<sup>16</sup> Incompleto, según la STS de 11 de noviembre de 1954, RA 3157, tb. *vide* STS de 13 de octubre de 1953, RA 3337.

materia de matrimonio —dice el Tribunal Supremo— está acorde con ellos. . .”<sup>17</sup>

9. Esta especial consideración de la indisolubilidad como principio básico de nuestro ordenamiento, es defendida reiteradamente por los tribunales españoles<sup>18</sup> que consagran durante varias décadas una traumática proyección internacional del derecho de familia español, fruto de las constantes tensiones creadas al entrar en contacto nuestro sistema con elementos de otros modelos en los que la disolución del vínculo está admitida. La conexión con estos ordenamientos, dados los diferentes planteamientos de base, se caracteriza por una constante quiebra del sistema conflictual y una intervención generalizada de la excepción del orden público internacional.

En las próximas páginas realizaremos un análisis de este fenómeno diferenciando, en aras de una mayor claridad, dos supuestos:

1º Divorcio de extranjeros ante tribunales españoles,

2º Eficacia de las sentencias extranjeras de divorcio en el ordenamiento español.

### 1º *Divorcio de extranjeros ante tribunales españoles*

10. El artículo 9º C.c. referente al estatuto personal, establece la regulación del matrimonio por la ley nacional de los cónyuges. Una interpretación estricta de este principio implica la obligación de los jueces españoles de responder afirmativamente a todas las demandas de divorcio presentadas ante ellos por extranjeros cuya ley nacional admite tal institución. Sin embargo, la calificación de esta materia como de orden público impidió materializar tal solución, exceptuándose la intervención del sistema conflictual y regulándose la relación por el derecho español, pues

...si bien en materia de derechos y deberes de familias y estado de las personas son en general de aplicación las leyes del país de origen —criterio reflejado en el artículo 9º de nuestro Código civil— ello se entiende en cuanto dichas leyes no se opongan a las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, según expresa el artículo 11 del mismo Código, y si se toma en cuenta la indiscutible trascendencia que en materia de buenas costumbres ofrece cuanto afecta a los caracteres de unidad e indisolubilidad del vínculo conyugal, se impone la consecuencia de someter su regulación a nuestras leyes y con mayor razón si el matrimonio se celebró en nuestro país, y los cónyuges —cualquiera que sea su nacionalidad— tienen en él su domicilio.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> STS de 31 de mayo de 1954, RA 1989.

<sup>18</sup> STS de 23 de octubre de 1965, vide nº 14, tb. STS de 5 de abril de 1966, RA 1684, STS de 22 de noviembre de 1977, RA 4248. La Dirección General de los Registros y del Notariado, también se hace eco de estos postulados; al respecto vide, R. de 15 de febrero de 1941, ADGRN 1941, p. 420; R. de 10 de enero de 1949, ADGRN 1941, p. 285; R. de 26 de marzo de 1951, ADGRN 1951, p. 338.

<sup>19</sup> STS de 12 de febrero de 1944, RA 239 (interesa ver el comentario del profesor

Se pone así de manifiesto la inviabilidad de cualquier demanda de divorcio "frontalmente" planteada ante la jurisdicción española, con independencia de que la totalidad de los elementos presentes fuesen extranjeros.<sup>20</sup> En el periodo 1931-1978 tal situación se da en una ocasión ante el Tribunal Supremo siendo desestimada en S. de 12 de marzo de 1970 alegándose su oposición al orden público español,

...el proceso no tiene otra finalidad que la de regular el ejercicio ante los tribunales de las acciones derivadas de una ley que atribuye derechos subjetivos cuya eficacia se trata de proteger; en su virtud no puede ponerse en marcha la actividad judicial para reclamar supuestos derechos sin fuente legal del que puedan derivarse ni mucho menos para pretensiones cuyo objeto sea civilmente ilícito como ocurre con todos aquellos que son contrarios a la moral y al orden público entre los que se encuentra España el divorcio vincular aunque se trate de extranjeros sometidos a su estatuto personal y éste lo permita.<sup>21</sup>

## 2º Valoración de las sentencias extranjeras de divorcio

11. En consonancia con los principios de nuestro sistema, la petición de exequátur para las sentencias extranjeras de divorcio —afectasen o no a españoles— fueron rechazadas sistemáticamente por nuestros tribunales al entender que se producía sobre ellas la automática incidencia de la excepción de orden público internacional;

la jurisprudencia española es intransigente en esta materia; el art. 11.3 prohíbe la aplicación de la ley personal y el reconocimiento de sentencias extranjeras de divorcio en nombre del orden público y este último punto se ve confirmado por el artículo 954.3 de la Ley de enjuiciamiento civil que exige para que éstos tengan fuerza en España que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España.<sup>22</sup>

Ya en 1911, en un célebre auto de 31 de marzo, el Tribunal Supremo denegó el exequátur alegando que "los tribunales españoles no pueden aplicar el divorcio a extranjeros no católicos aun cuando lo autorice y justifique

Pecourt a la STS de 21 de septiembre de 1963 con abundante bibliografía al respecto en, RDEA, 1965, pp. 201 y ss.).

<sup>20</sup> Medina Ortega, M., "Reconsideración del divorcio en el derecho español de conflictos", REDI, 1963, p. 445.

<sup>21</sup> STS de 12 de marzo de 1970, RA 1467, es muy significativo que —recuérdese la fecha— ni el juez de primera instancia, ni la Audiencia Provincial de Las Palmas desestimasen la pretensión por el mismo motivo que el Tribunal Supremo, ser contrario al orden público. (Al respecto vide Pecourt, E., "Jurisprudencia de derecho internacional privado", ADI, 1975, p. 601.)

<sup>22</sup> González Campos, J., "El matrimonio en el derecho civil internacional", en *Derecho civil internacional*, obra dirigida por M. Aguilar Navarro, Madrid, Secretariado de Publicaciones de la Universidad Complutense, 4ª ed., 1975, pp. 363-364.

su Ley personal, ni concederá el exequátur a las sentencias extranjeras dictadas en estas circunstancias. . ." <sup>23</sup> Esta posición fue mantenida de manera constante —salvo en el periodo republicano <sup>24</sup> hasta nuestros días. Buen

<sup>23</sup> Citado por Orue, J. R. y Trias de Bes, J. M., *Derecho internacional público y privado*, Madrid, Reus, 1927, p. 222. No obstante la STS de 13 de abril de 1915 admite tal posibilidad. (Al respecto *vide*, Lasala, J. M. *op. cit.*, n° 7, p. 139.)

<sup>24</sup> La Ley de Divorcio del 32 no incorporaba normas de conflicto en relación con "pretensiones de disolución respecto de extranjeros o entre extranjeros" (Miaja, A. art. cit. n° 8, p. 585). Sin embargo el contenido de la ley y los nuevos planteamientos del derecho de familia en general, apoyaban la creencia en la ausencia de cualquier tipo de problemas para acceder a la disolución de matrimonios celebrados por españoles o extranjeros en el extranjero. Los tribunales consideraban de orden público, ya no la indisolubilidad matrimonial sino, al contrario, la disolubilidad apoyando decididamente esta postura. (STS de 10 de julio de 1934, RA 1353; STS de 1 de febrero de 1934, RA 227; STS de 9 de enero de 1936, RA 49.)

Se quejan algunos autores ("...parecía lógico pensar en que no defendiendo ya el orden público el criterio de indisolubilidad cobrase en esta materia pleno vigor el estatuto personal de las partes regido por sus leyes nacionales —dice el Prof. Miaja— el Tribunal Supremo aplicó la ley española en todos los casos que se le presentaron y alguna vez alegando motivos de orden público". Miaja, A. art. cit. n° 8, p. 585), de una aplicación extensiva de la legislación española por parte de los tribunales con independencia de que éstos reconozcan que todo lo referente al estado y capacidad de las personas se rige por la ley nacional del sujeto, y así, Aguilar Benitez de Lugo señala que no conteniendo ninguna cláusula "ad hoc" la referida ley debía entenderse subsistente el art. 9° del Código civil que reclamaba la competencia, en principio, de la ley nacional de los esposos, si bien en la práctica se procedió a justificar la aplicación del derecho español acudiendo a veces complementariamente a diferentes argumentos: 1. falta de alegación y prueba del derecho extranjero designado competente por la norma de colisión del foro (STS de 17 de enero de 1933, 18 de julio de 1934, 4 de diciembre de 1935, 9 de enero de 1936 y 21 de febrero de 1936); 2. reciprocidad (STS de 27 de enero de 1933); 3. domicilio en España de los esposos (STS de 21 de febrero de 1935); 4. sumisión voluntaria a la ley española (STS de 18 de julio de 1934). Se aplicó la ley extranjera cuando su contenido coincidía con el de la española" (Aguilar Benítez de Lugo M., "A propósito... art. cit. n° 9, pp. 200-201).

A nuestro modo de entender no deben dirigirse tanto al hecho en si de la aplicación de la ley española como al sistema que permite se produzca tal hecho. Un modelo conflictual profundamente nacionalista que consiente el imperialismo jurisdiccional ("...por lo que es imposible declinar la jurisdicción en favor de los tribunales portugueses...", STS de 21 de febrero de 1936, RA 480) y que exige para la aplicación del derecho extranjero su alegación y prueba, ("porque de oficio no pueden los juzgadores fundar sus fallos en razonamientos que implicando verdaderas excepciones no hayan sido alegadas por litigantes; porque si bien el estatuto personal sigue a la persona, o en tanto esta persona interesada lo invoque o reclame ante los tribunales", STS de 9 de enero de 1936, *ud supra* y STS de 1 de febrero de 1934, *ud supra* y 27 de enero de 1933, RA 1455) considerándolo como un elemento de hecho ("...que declarado como ha sido repetidamente por este Supremo Tribunal ser una cuestión de hecho la vigencia de las leyes extranjeras invocadas por los litigantes..." STS de 1 de febrero de 1934, *ud supra*).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, al compás de los nuevos tiempos, protege principios diferentes pero, enmarcándolo todo en una muy concreta línea de conducta que le lleva a primar la aplicación de la legislación española haciéndola intervenir en cuantas ocasiones puede, bien sea excepcionando orden público o alegando cualquier otra razón. En esta situación no hay realmente tarea de defensa sino aplicación sin más del derecho español por parte de un órgano, el Tribunal Supremo, cuya actuación responde a una concepción radicalmente estatalista, fundada en la plenitud de la soberanía estatal. Con

ejemplo de ello son los autos de 25 de septiembre de 1941, 16 de mayo de 1947, 28 de septiembre de 1959, 20 de febrero de 1962 o 4 de julio de 1967, donde, alegando ser "un principio básico de nuestra legislación que el divorcio en el matrimonio civil no produce la disolución del vínculo. . ." <sup>25</sup> y porque "como esta materia es de orden público debe denegarse la ejecución". <sup>26</sup>

12. A pesar de ello, esta consideración no impidió que con el paso del tiempo las sentencias extranjeras de divorcio adquiriesen relevancia en nuestro ordenamiento. Los tribunales españoles podían no disolver el vínculo matrimonial o, llegado el caso, denegarles el exequátur "con el fin de evitar que su admisión socave los cimientos mismos de la familia en cuanto institución humana, no ya sólo en cuanto institución española" <sup>27</sup> pero esto, en modo alguno era óbice para tomarlas en consideración.

Se produce lo que se ha venido en llamar una atenuación en la rigidez de la intervención de la excepción de orden público que supondrá admitir que sentencias extranjeras de divorcio tengan fuerza en España, <sup>28</sup> sin necesidad de superar el requisito del exequátur.

Ante este hecho, vamos a centrarnos en el estudio de los efectos directos: "aquellos que hacen referencia al primordial constitutivo del estado civil que inciden fundamentalmente en el impedimento de ligamen y su posible remoción de la causa dirimente de un matrimonio posterior entre el divorciado y una tercera persona", <sup>29</sup> y examinando cómo la pérdida parcial de la firmeza en la defensa de la indisolubilidad permitirá la celebración de nuevas nupcias en España, de divorciados en el extranjero.

Varias son las situaciones planteadas:

estos precedentes son explicables muchas posiciones posteriores. (Miaja, A., art. cit., n.º 8, p. 585, tb, Angulo Rodríguez, M., "El derecho extranjero y su tratamiento procesal", *Homenaje al Prof. Sela*, Oviedo, 1970, pp. 967 y ss.; Corriente Córdoba, J. A., "En torno a la aplicación de la ley extranjera en el derecho español", *RGLJ*, 1974, pp. 9 y ss.; Carrillo Salcedo, J. A., "¿La alegación del derecho extranjero por las partes o aplicación de oficio por el juez español de la norma de conflicto española?", *REDI*, 1961, pp. 585 y ss., del mismo autor, "Nacionalismo e internacionalismo en derecho internacional privado", en *Homenaje al Prof. Sela*, Oviedo, 1970, pp. 814 y ss.; por último, Gutiérrez de Cabiedes, E., "Tratamiento procesal del derecho extranjero en el título preliminar del Código Civil", *ADI*, 1975, pp. 43 y ss.)

<sup>25</sup> *Auto de 16 de mayo de 1947* (fuente particular del autor).

<sup>26</sup> *Auto de 28 de septiembre de 1959*, citado por J. A. Tomás Ortiz de la Torre, "Formación del matrimonio y estados del vínculo en el derecho civil internacional español", en *Lecciones de derecho civil internacional español*, obra dirigida por M. Aguilar Navarro, Madrid, Sección de publicaciones de la Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 1982, pp. 179-180.

<sup>27</sup> Yanguas, J., *Derecho internacional privado* (parte especial), 3ª ed., Madrid, Reus, 1971, pp. 298-299.

<sup>28</sup> Pecourt, E., "Crónica de jurisprudencia de derecho internacional privado", *REDI*, 1965, p. 589 (Comentario a la STS de 21 de mayo de 1964), explica el significado de la expresión "tener fuerza".

<sup>29</sup> Simó Santonja, V. L., *Divorcio y separación: derecho comparado y conflictual europeo*, Madrid, Tecnos, 1973, p. 154.

A. *Celebración en España de matrimonio por español o extranjero divorciado fuera de nuestras fronteras*

13. Ya hemos dicho que nuestro orden público protege con rigor la indisolubilidad matrimonial atribuyendo a tal defensa la consideración de materia de orden público. El Código Civil en el artículo 83 recoge la prohibición de contraer nuevas nupcias a quienes se hallen ligados por matrimonio, estableciendo más adelante la sanción de nulidad para "los celebrados entre las personas a quienes se refieren los artículos 83 y 84 (salvo los casos de dispensa del artículo 101)". Con estos planteamientos, la disolución del matrimonio por el divorcio —institución desconocida en nuestro derecho—<sup>30</sup> no supone para los españoles o extranjeros casados la desaparición del impedimento de ligamen. Conviene, sin embargo, diferenciar ambos supuestos:

\* *Matrimonio de extranjeros*

14. La posibilidad de celebración en nuestro país de un matrimonio por parte de un extranjero divorciado fuera de España de acuerdo con su legislación nacional, es tratada por vez primera en 1930, en una conocida resolución de la Dirección General de los Registros de 13 de octubre, afirmándose su no contradicción con el orden público español:

La capacidad de las personas para realizar los actos jurídicos —dice la Dirección General— se rige por la ley nacional a no ser que se contradiga los principios de orden público admitidos por la nación ante la cual se desea hacer efectiva su validez; ... que no se opone al orden público español la celebración de un matrimonio entre un nacional y una súbdita norteamericana divorciada siempre que el concepto jurídico del divorcio implique la disolución del vínculo anterior, no una simple separación legal como ocurre en derecho español.<sup>31</sup>

Empero, la resolución del 30 —respetuosa con los postulados del art. 9º del Código Civil y coincidente con las posiciones mantenidas en la II República— queda como una toma de postura aislada carente de un posterior respaldo jurisprudencial. El Tribunal Supremo y la Dirección General entendieron que tal posibilidad sí afectaba al orden público español, negando

<sup>30</sup> La idea de la "Institución desconocida" aparece recogida por el Tribunal Supremo en 1964 y, a pesar de no ser muy correcta, es asumida por una gran parte de la doctrina. La consideración del divorcio dentro de esta categoría se fundamenta en un claro error de base, equiparar "presencia legislativa" con "conocimiento". Tanto el legislador español como la jurisprudencia "conocen" el divorcio, necesariamente ha de ser así por cuanto están en contacto con las sentencias extranjeras de divorcio. Cuestión aparte es que lo introduzcan en nuestra legislación o se abstengan de ello, nos encontramos por lo tanto con dos situaciones radicalmente distintas, por un lado "desconocer", por otro "reconocer".

<sup>31</sup> R. de 13 de octubre de 1930, ADGRN 1930, p. 453.

su admisibilidad, "...nuestra legislación no puede conceder validez a este efecto, al divorcio vincular decretado por autoridades extranjeras por rozar ello el principio de indisolubilidad del matrimonio que ha de considerarse de orden público".<sup>32</sup>

La idea, recogida ya en las resoluciones de 15 de febrero de 1941 y 10 de enero de 1949, es reafirmada por la Dirección General el 26 de marzo de 1951 y asumida por el Tribunal Supremo en múltiples ocasiones:

...la norma de la indisolubilidad del vínculo matrimonial tiene que ser reputada como de orden público en nuestro país, y así lo ha proclamado el Ministerio de Justicia en varias resoluciones entre las cuales son de destacar... en las que estableció que esa norma centra su fuerza en la imposibilidad de contraer nuevas nupcias... esta propia sala que en su sentencia de 12 de mayo de 1944 declaró que "es inconciliable la disolución del vínculo matrimonial con los principios religiosos, morales y jurídicos que informan el orden público del Estado español".<sup>33</sup>

15. Esta situación sufrirá una importante modificación a raíz de las resoluciones de *23 de abril de 1970* —en lo que Ortiz de la Torre llama apertura del 70— y *18 de septiembre de 1971*. La Dirección General sienta en ellas las bases de la nueva posición que supone, en definitiva, una sustancial "atenuación" en el rigor de la defensa de la indisolubilidad. Si hasta entonces se había visto como constitutiva de nuestro orden público, negándole cualquier efecto directo a las sentencias extranjeras de divorcio, a partir de 1970, tal negativa se ciñe únicamente a las recaídas sobre previas uniones canónicas.

Centrándonos en la primera resolución, el supuesto de hecho versa sobre una demanda de inscripción de filiación natural presentada por la madre, española de origen nacionalizada alemana por razón del matrimonio que, al tiempo de la concepción, estaba divorciada. Si bien el tema no afecta directamente a nuestra materia, la controversia sobre el estado civil de la madre —a efectos de admitir o no la inscripción de filiación natural— le sirve a la Dirección General para esbozar su nueva actitud. Comienza afirmando:

...para decidir si el estado civil de la madre era el de casada es fundamental lo dispuesto en el artículo 9º del C.C. según el cual —presente el sentido que le ha dado la jurisprudencia y los reglamentos— los derechos y deberes de la familia y el estado, condición y capacidad legal de las personas se rigen, cualquiera que sea el lugar de su residencia por su

<sup>32</sup> R. de 10 de agosto de 1961, ADGRN 1961, pp. 452-454.

<sup>33</sup> STS de 5 de abril de 1966, vide nº 18. Parece conveniente mencionar que, independientemente del valor que se atribuya a las resoluciones de la Dirección General (por ej. STS de 10 de junio de 1916, C. L. 1916, nº 5, p. 564), la jurisprudencia constituye por la cantidad y calidad de sus fallos, así como por el mayor contacto con la realidad frente al Tribunal Supremo, un instrumento jurídico de primera magnitud. La Dirección General, quizás por su mayor movilidad, será el inductor del proceso de atenuación del orden público al que, sólo en 1977, se unirá el Tribunal Supremo.

respectiva ley material; así pues, desde que la respectiva ley nacional considera como no casada a la madre tal consideración será la que ha de tener en el orden civil, en principio a todos los efectos. . .

no obstante, admite más tarde,

...es indudable que la regla de la aplicación de la ley nacional en materia de capacidad y estado de extranjero quiebra en numerosos supuestos —ya por razones de orden público, ya por el reconocimiento especial del ámbito legislativo canónico— cuando precisamente de contraer matrimonio canónico se trata. . .

añadiendo a continuación,

...ciertamente el juego normal de las reglas civiles, españolas y extranjeras, debe dejar paso en el orden jurídico español (porque así está concordado) a la aplicación de las normas canónicas en el ámbito del Concordato vigente y más concretamente los artículos 75 y 80 C.C. le reconoce como propio. . .

16. Dos son, pues, las objeciones que según la Dirección General de los Registros pueden plantearse a la vigencia del artículo 9º del Código Civil en esta materia: "el reconocimiento del ámbito canónico", y la excepción de orden público internacional.

Respecto a la primera, la resolución es terminante. Existe una remisión a las leyes de la Iglesia en todo lo relativo al matrimonio canónico, de tal suerte que la determinación del estado civil de los católicos se realizará de acuerdo con las leyes canónicas —legislación interpersonal de ámbito universal aplicable con independencia de la nacionalidad de los elementos participantes en la relación—, quedando anulado subsiguientemente el juego del artículo 9º del Código Civil.

En cuanto a la segunda objeción, la Dirección General, al establecer "si se aplicaran las reglas ordinarias de conflicto, es claro que el previo matrimonio de la madre, ya disuelto según su propia ley nacional, no habría de ser obstáculo para el matrimonio ulterior con un español. . .",<sup>34</sup> parece admitir la no oposición con el orden público internacional, con lo cual, el extranjero divorciado de matrimonio civil anterior podría volver a casar dentro de nuestras fronteras. Esta posición se verá ratificada un año después, en septiembre de 1971, al sentar claramente la Dirección General que: "...no se ven razones suficientes de orden público para excepcionar el régimen normalmente aplicable (art. 9º C.C.) e impedir el nuevo matrimonio

<sup>34</sup> *R. de 23 de abril de 1970*, ADGRN 1970, p. 242 (vide al respecto, Miaja, Ai, art. cit., nº 8, pp. 613 y ss.).

con española católica a quien conforme al propio estatuto religioso y jurídico, reconocido por el ordenamiento español, ha dejado de estar casado".<sup>35</sup>

17. Frente a la actitud sostenida desde 1951, admitiendo la eficacia indirecta de las sentencias extranjeras de divorcio en materia de nacionalidad, capacidad de la mujer casada o filiación, sin olvidar que "...la indisolubilidad del matrimonio centra su fuerza en lo establecido en el art. 51 C.C., o sea, en la imposibilidad de contraer nuevas nupcias..."<sup>36</sup> La posición adoptada a partir de 1970 supone un claro ataque al principio de indisolubilidad.

La atenuación implica algo más que una ruptura con la tendencia mantenida hasta el momento en nuestra jurisprudencia. La Dirección General, al admitir la eficacia de las sentencias extranjeras de divorcio como constitutivas de estado,<sup>37</sup> limitando la actuación de la excepción en razón de su contenido confesional,<sup>38</sup> está consumando la quiebra de la defensa a ultranza de la indisolubilidad del vínculo matrimonial.

La postura adoptada es altamente elogiable por lo que de progresista tuvo. La Dirección General opta por desplazar una interpretación estricta de nuestras leyes rotundamente antidivorcista, intentando con ello paliar los negativos efectos de la misma. Consciente de la realidad de nuestra sociedad en esos momentos —de los varios millones de turistas y de los centenares de miles de emigrantes españoles— y congruente con las posiciones liberalizadoras adoptadas por la Iglesia Católica a raíz del Vaticano II,<sup>39</sup> la Dirección General admite el juego del sistema conflictual en aquellos casos en que la sentencia de divorcio haya recaído sobre unión canónica.<sup>40</sup>

...a este respecto es necesario distinguir según que el previo matrimonio del cónyuge fuera canónico o civil, pues siendo canónico, una constante jurisprudencia... estima que por razones de orden público el impedimento de ligamen persiste a pesar de haberse decretado el divorcio vincular conforme a la correspondiente ley personal extranjera; y en cambio, siendo el matrimonio previo de carácter meramente civil, los principios

<sup>35</sup> *R. de 18 de septiembre de 1971*, ADGRN 1971, pp. 320-324. Para un comentario *in extenso*, vide Navarro, Valls, R., "Estatuto personal islámico y eficacia en derecho español del repudio unilateral: comentario a la resolución de 18 de septiembre de 1971", REDC, 1972, pp. 363 y ss. Tb. Tomás Ortiz de la Torre, J. A., "A propósito de la resolución de 18 de septiembre de 1971", RGLJ, 1971, pp. 882 y ss. Ambas muy críticas con la solución adoptada. Más recientemente, vide Pastor Ridruejo, J. A., "Efectos atenuados en el derecho español de institución extranjera contraria al orden público", AAMN, 1976.

<sup>36</sup> *R. de 26 de marzo de 1951* vide n° 18.

<sup>37</sup> González Campos, J., "Crónica de jurisprudencia española de derecho internacional privado" (comentario a la STS de 5 de abril de 1966), REDI, 1967, p. 313.

<sup>38</sup> Abarca, P., "Crónica de jurisprudencia española de derecho internacional privado", REDI, 1980, p. 230.

<sup>39</sup> Miaja, A., art. cit., n° 8, pp. 613 y 616.

<sup>40</sup> Remiro Brotons, A., *Ejecución de sentencias extranjeras en España*, Madrid, Tecnos, 1974, p. 172.

de comunidad jurídica universal y el carácter restrictivo con que debe hacerse uso de la excepción de orden público han obligado, cuando de matrimonio ya celebrado en el extranjero se trata, a estimar que ha desaparecido el impedimento de ligamen a consecuencia del divorcio dictado de acuerdo con la correspondiente ley nacional, y que, en consecuencia, el nuevo matrimonio es válido.<sup>41</sup>

La indisolubilidad sigue siendo principio básico en la organización de la familia e integrante del orden público español

...pero no es regla absolutamente rígida que, admite inflexiones, y con mayor razón ha de admitirlas cuando se trata de matrimonios que por la nacionalidad de los cónyuges han de regirse según las normas españolas de conflicto por leyes extranjeras si según éstas se admite el divorcio vincular.

La nueva orientación, muy positiva, está de acuerdo con las exigencias del momento,<sup>42</sup> pero hay que diferenciar dos planos: el plano de la justicia material y el de la legalidad y, si con respecto al primero, esta forma de actuar está plenamente justificada, con relación al segundo no puede negarse que carece de cualquier fundamentación legal.<sup>43</sup> La Dirección General se preocupa más de evitar tensiones que de la posible legalidad de la solución y así, concede eficacia directa a las sentencias extranjeras de divorcio sin comprender que esto implica, en definitiva "un claro ataque al principio de indisolubilidad, aplicable hoy, con todo rigor..."<sup>44</sup> La tibieza en la defensa de la indisolubilidad conlleva, en última instancia, un ataque a la misma.

18. Años más tarde, en 1976, la Dirección General, ante las críticas recibidas, busca fundamentar su actitud con una serie de argumentos que recuerdan más una justificación que la aportación de una verdadera base legal. En definitiva parece más el deseo de concluir con una situación anacrónica que la intención de regular la realidad de acuerdo con lo dispuesto en la legislación vigente:

...este distinto tratamiento del matrimonio canónico y del civil respecto del divorcio obtenido con arreglo a las normas en principio aplicables según las reglas de conflicto —dice— tiene su apoyo en la vigente ley

<sup>41</sup> STS de 18 de noviembre de 1977, vide nº 18.

<sup>42</sup> Blanque, R.: Simó Santoja, V. et al., *Los efectos del divorcio, de la separación de cuerpos y de la separación de hecho sobre las personas y los patrimonios en derecho comparado (separata)*, Madrid, 1971, p. 15.

<sup>43</sup> Recuérdesse el fuero de los españoles (redacción 1945), que en su art. 22 establecía taxativamente que el matrimonio será uno e indisoluble, sin hacer distinciones entre el civil o el canónico. Igual actitud adopta el art. 83 del código civil.

<sup>44</sup> Sancho Rebullida, J., *Comentario al Código Civil y compilaciones forales*, obra dirigida por Manuel Albaladejo, vol. II, Madrid, Edersa, 1978, p. 105.

de 23 de diciembre de 1939, derogatoria de la ley de divorcio de 9 de marzo de 1932; en efecto, los divorcios ya decretados al publicarse la ley derogatoria y recaídos sobre matrimonios canónicos no se rigen íntegramente por las normas que serían aplicables conforme a la regla ordinaria de irretroactividad de las leyes, pues por estimarse contrarias a los principios básicos de la sociedad española se establece la subsistencia del vínculo a efectos de impedir un nuevo matrimonio con tercera persona, e incluso a instancia de interesado se entenderán disueltas las nuevas nupcias ya contraídas durante la vigencia de la ley de divorcio; y, en cambio, tratándose de divorcios recaídos sobre matrimonios civiles, la ley remite tales reglas de concepción al principio de irretroactividad, y, por tanto el divorciado puede contraer matrimonio con tercera persona; otra solución implicaría que los que, según las reglas de conflicto intertemporal o internacional ordinariamente aplicables, obtuvieran el divorcio, no podrían pasar ciertamente a un nuevo matrimonio civil, pero tampoco, en su caso a matrimonio canónico, pues reconocida a efecto de nuevas nupcias con tercero, la persistencia del vínculo lo impedirá el art. 51 del C.C. aplicable a una y otra clase de matrimonio...<sup>45</sup>

\* *Matrimonio de españoles*

19. Hasta el momento se ha observado el cambio experimentado por la jurisprudencia respecto a la indisolubilidad matrimonial: atenuación importante en el rigor de su defensa aunque se siga salvaguardando como principio de orden público. Empero, esta inflexión quedaba limitada a las sentencias sobre extranjeros sin afectar a los supuestos de matrimonio en España de españoles divorciados fuera de nuestras fronteras por cuanto, de acuerdo con el artículo 9º del Código Civil, su estado y capacidad se rige por la ley española y ésta, como sabemos, es antidivorcista.<sup>46</sup>

Nuestros tribunales, en concordancia con estas premisas, mantienen una actitud de frontal oposición al reconocimiento de efectos en favor de cualquier sentencia extranjera de divorcio que afecte a un español, bien sea ésta sobre matrimonio civil o canónico,

...es indudable que a la sazón estaba sometido a la legislación de nuestro país en materia de matrimonio y divorcio, conforme a la teoría del estatuto personal recogida en el artículo 9º del C.C. y con eficacia en España no pudiendo pedir la disolución del vínculo conyugal que la legislación patria tenía por indisoluble en aquella fecha, ni por lo mismo pudo contraer válidamente segundas nupcias en el año 1918 en que se mantenía vivo el matrimonio celebrado en España con mujer española en el año 1894...

Esta posición se ve ratificada, entre otros, con los fallos de 21 de diciem-

<sup>45</sup> R. de 23 de marzo de 1976, ADGRN 1976, p. 240; vide tb. R. de 5 de abril de 1976, ADGRN 1976, p. 246.

<sup>46</sup> STS de 12 de marzo de 1942, "...afectada por el orden público...", RA 325.

bre de 1963 y 23 de octubre de 1965.<sup>47</sup> Los postulados de nuestro ordenamiento impiden reconocer cualquier tipo de eficacia del divorcio otorgado en el extranjero a favor de un español, a sus ojos, el vínculo matrimonial sigue existiendo, entendiéndose constante el impedimento de ligamen.<sup>48</sup>

#### B. *Celebración de matrimonio en el extranjero por español con extranjero divorciado*

20. La jurisprudencia al respecto se caracteriza por dos notas destacadas: el reducido volumen y su contradictorio contenido según provengan del Tribunal Supremo o de la Dirección General de los Registros.

En 1944, el Tribunal Supremo, basándose en la consideración del vínculo matrimonial como indisoluble y en el carácter universal de las normas canónicas, mantenía una rígida postura respecto a la aceptabilidad de estas uniones.

... no producirá efectos civiles el matrimonio canónico o civil cuando cualquiera de los cónyuges estuviese ya casado legítimamente y que el matrimonio sólo se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges; y el Código canónico vigente en España consigna también la indisolubilidad del matrimonio y la prohibición grave de contraerlo, con sanción de nulidad, en tanto subsista el vínculo de otro anterior aunque el impedimento afecte sólo a uno de los cónyuges —canon 1036—; y de esto es consecuencia que deba estimarse que ... no pudo válidamente contraer el matrimonio que celebró en Londres porque subsistía según su ley nacional el vínculo del canónico anteriormente llevado a efecto por...<sup>49</sup>

En la década de los 70, se sigue sosteniendo esta posición, negándose eficacia al matrimonio celebrado en el extranjero por un español y un no nacional divorciado.<sup>50</sup>

21. En contraposición a esta actitud, la Dirección General adopta —ya

<sup>47</sup> STS de 21 de diciembre de 1963, RA 5360, y STS de 23 de octubre de 1965, vide n° 14.

<sup>48</sup> Dicho párrafo se refiere a los matrimonios celebrados en nuestro país, otro supuesto distinto sería aquel en que el español hubiese contraído matrimonio en el extranjero de acuerdo con la *lex loci* sin haberlo inscrito posteriormente en el Registro consular, o que, pretendiéndolo, se le hubiese denegado tal inscripción siendo disuelto el matrimonio en el extranjero. Al ser una situación desconocida para el ordenamiento español, no existiría impedimento de ligamen, pudiendo contraer nuevas nupcias. Al contrario, si el matrimonio fuese canónico, cabrían dos posibilidades: que hubiese sido inscrito, no habría problemas, o que tal hecho no se hubiese realizado con lo que, tal disolución no sería relevante en España, cuyo ordenamiento remite a la legislación canónica. (Problema diferente sería la forma en que nuestro ordenamiento llegase a conocer la existencia de un vínculo canónico previo.) Recordar por último que el español divorciado en el extranjero tiene tal consideración ante el ordenamiento del lugar donde se obtuvo la disolución, así como en aquellos que posean legislaciones parejas.

<sup>49</sup> STS de 11 de mayo de 1944, RA 688.

<sup>50</sup> STS de 29 de mayo de 1970, RA 2501.

en 1958— posturas mucho más abiertas, como expone, con singular claridad, la resolución de 27 de junio de 1969:<sup>51</sup>

Recordar además la doctrina de la Resolución de este Centro Directivo de 25 de marzo de 1958, recaída sobre un matrimonio civil contraído en Bulgaria ante las autoridades del país, entre un español sefardita y una extranjera divorciada según la cual, siendo las cuestiones de capacidad para contraer matrimonio una de las materias que el art. 9º del C.C. incluye dentro del llamado estatuto personal, es incuestionable que las disposiciones del Código civil relativas al mismo obligan a los españoles, aunque residan en el extranjero y que la de los extranjeros se rige por la ley personal, y por ello puede contraer matrimonio válido con un español el extranjero divorciado legalmente con arreglo a dicha ley, *excepto por razones de orden público derivadas de la recepción que del derecho canónico matrimonial hace el art. 75 del C.c. cuando el divorcio vincular se refiere a un matrimonio canónico, en cuyo caso no podrá contraerse válidamente.*

En línea con esta atenuación en la consideración de la indisolubilidad como materia de orden público, la Dirección General responde en forma negativa a las solicitudes de inscripción de matrimonios celebrados fuera de España por español con extranjero divorciado de matrimonio canónico anterior, pues

...de acuerdo a una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, y cuando el matrimonio previo era canónico, debe entenderse que, a pesar de haberse dictado el divorcio vincular conforme a la correspondiente ley personal, persiste, por razones de orden público, el impedimento de ligamen.<sup>52</sup>

Mientras entiende que nada obsta a los celebrados por extranjero divorciado de matrimonio civil previo, en cuyo caso se acepta la plena intervención del artículo 9º del Código Civil, "...es indudable que, en principio ambos recurrentes conforme su estatuto personal (art. 9º del Título Preliminar del C.c.) gozan de capacidad necesaria para contraer matrimonio".<sup>53</sup>

Como en el supuesto anterior, la desaparición del impedimento de ligamen se hace depender de la clase de matrimonio afectada por el divorcio; según sea civil o canónico, se admitirá que éste produzca o no efectos en España.

<sup>51</sup> R. de 25 de marzo de 1958, ADGRN 1958, pp. 131-132 y R. de 27 de junio de 1969, ADGRN 1969, pp. 300-301.

<sup>52</sup> R. de 5 de abril de 1976, vide nº 45.

<sup>53</sup> R. de 23 de marzo de 1976, vide nº 45.

### III. *El nuevo marco constitucional*

22. En 1978, España estrena Constitución. El proceso de cambio acelerado en nuestro país queda plasmado en forma tangible en el texto promulgado el 28 de diciembre de ese año. La Constitución introduce profundos cambios y novedades en el derecho de familia, modificando en forma sensible las bases sobre las que se asienta.

En el supuesto de la familia, ésta sigue siendo objeto de protección establecida, como en ocasiones anteriores, a nivel constitucional,

1. *Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.*

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo la protección integral de los hijos iguales ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. . .<sup>54</sup>

La defensa de la institución se plantea desde una perspectiva marcadamente funcional; la familia posee sustancialidad propia diferente de la de sus miembros y es digna de protección en la medida que cumple una específica tarea en la sociedad: "satisfacer las necesidades más elementales del individuo y asistir y educar a los hijos a su cargo".<sup>55</sup> De esta suerte, a pesar del "profundo cambio político-social y también jurídico que refleja y precisa la Constitución española. . .",<sup>56</sup> el núcleo familiar no ve realmente alterado su *status* de institución básica de la sociedad.

No puede decirse lo mismo de las relaciones familia-matrimonio. El antiguo encapsulamiento del hecho familiar en la unión matrimonial, si bien no quiebra, se atenúa de forma notable; tanto una como otro dejan de presentarse como dos imágenes de una misma realidad. Ambos pueden venir unidos, y generalmente así sucede, pero no debe olvidarse —y el legislador

<sup>54</sup> El art. 39 de la Constitución se incluye, "extrañamente", dentro de los principios rectores de la política social y económica. Para un análisis de todo el proceso de redacción seguido, puede verse "Comentario al artículo 39 de la Constitución", por J. Gálvez, en *Comentarios a la Constitución*, obra dirigida por F. Garrido Falla, Madrid, Civitas, 1980, p. 477.

<sup>55</sup> Gálvez, J., *art. cit.*, n° 54, p. 478; tb. Alzaga, O., *La Constitución española de 1978 (Comentario sistemático)*, Madrid, Ed. del Foro, 1978, p. 285; Ruiz Vadillo, E., "La Constitución española y el derecho civil", *RDP*, 1979, pp. 250 y ss.; Martínez, M., "La familia en la Constitución española de 1978", *RFDM*, 1978, pp. 34-36.

<sup>56</sup> Gálvez, J., *art. cit.*, n° 54, p. 478. Las dudas sobre una real voluntad constitucional de defensa de la institución provienen de la desaparición durante el debate en las cortes de un inciso que acompañando al art. 39 señalaba, "...sin perjuicio del respeto a la institución familiar".

no lo hace— que la realidad muestra a diario la existencia de situaciones en que tal vinculación no se da. La Constitución no rompe la conexión de la familia con el matrimonio pero sí concluye con la consideración de ésta como unida estructuralmente a aquél, y reconoce implícitamente que puede existir “dondequiera que exista un previo vínculo conyugal o de filiación en cuanto que éste no tenga relación con el estado matrimonial o tenga su origen en un hecho ilícito. El grupo así constituido debe estimarse familia a todos los efectos, incluido, como es obvio, el de la protección”.<sup>57</sup>

23. En el estricto plano del derecho matrimonial, la Constitución implica el abandono de los dos grandes principios básicos de nuestro modelo: la *confesionalidad*, “la Constitución se inspira entre otros en los principios de aconfesionalidad...”, dice el Tribunal Constitucional en 1981,<sup>58</sup> y la *indisolubilidad*, perdiendo ambos su carácter de pilar del orden público español, “la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges y las causas de separación y disolución y sus efectos”.

24. Esta nueva situación se recoge con prontitud en la jurisprudencia. Frente a las últimas doctrinas limitando el juego del orden público a las sentencias de divorcio vincular recaídas sobre matrimonios canónicos anteriores “con la consecuencia de deber reputarse subsistente el impedimento de ligamen derivado del primer matrimonio, y esto, a pesar de que el extranjero conforme a su ley personal (art. 9º C.c.) gozaba en principio de capacidad necesaria para acceder a nuevas nupcias”.<sup>59</sup>

La nueva posición propugna —dado el abandono del principio de indisolubilidad matrimonial— la admisibilidad de todas las sentencias extranjeras de divorcio en tanto éstas no efecten a españoles. Buen ejemplo son las resoluciones de 6 de abril de 1979 o 2 de enero y 30 de junio de 1981, donde, tras mencionar el profundo cambio que refleja la promulgación de la Constitución española, la Dirección General afirma la ausencia del principio de indisolubilidad en el texto constitucional, lo cual supone “que no es posible hoy estimar que sólo respecto del matrimonio canónico su indisolubilidad es de orden público pues los principios constitucionales de no confesionalidad del Estado y de libertad religiosa (art. 16 C.) impiden tales discriminaciones por razones religiosas”.<sup>60</sup>

El Estado no quedaba compelido a admitir el divorcio; en el artículo 32, amén de no aparecer incorporada tal institución, no existe mandato imperativo al respecto.<sup>61</sup> Se abría —eso sí— como una posibilidad ofrecida al

<sup>57</sup> R. de 6 de abril de 1979, RA 1462.

<sup>58</sup> STC de 26 de enero de 1981, *La Ley*, 1981 I, p. 1105.

<sup>59</sup> R. de 6 de abril de 1979, vide nº 57.

<sup>60</sup> R. de 6 de abril de 1979, vide nº 57.

<sup>61</sup> El Prof. Navarro Valls hace depender en última instancia la admisibilidad del divorcio vincular de un ulterior fallo del Tribunal Constitucional. Vide Navarro Valls, R., “El

legislador de la que éste podía hacer uso o no; cierto que la indisolubilidad ya no posee rango constitucional, mas tal afirmación no equivalía al divorcio vincular cuya asunción, en última instancia, iba a depender de la ulterior decisión legislativa.<sup>62</sup>

La Dirección General, en concordancia con estos esquemas, afirmó la imposibilidad de reconocer efectos directos al divorcio recaído sobre vínculo matrimonial de español por cuanto su ley nacional no admite tal posibilidad.

El estado civil español se rige por la ley española (art. 9° C.c.) de modo que, según ésta, el pretendido contrayente sigue siendo casado y las nuevas nupcias aparecen impedidas por la existencia de un ligamen anterior (art. 83 C.c.) sin que el divorcio dictado en el extranjero deba influir para nada en esta conclusión ya que se trata de una forma de disolución no reconocida hoy por hoy en nuestro ordenamiento.<sup>63</sup>

El español, a los ojos de su ordenamiento, sigue casado, por tanto la celebración de una nueva unión supondría incurrir en bigamia,<sup>63</sup>

La Constitución española puede haber supuesto —como en efecto, lo ha hecho— un cambio en la conceptualización del orden público, tal cambio no afecta en absoluto al caso consultado puesto que no se trata de que la ley extranjera normalmente competente deja de ser aplicada y sea sustituida por la española por resultar aquélla abiertamente contraria a los principios esenciales del derecho patrio, sino que aquí, según nuestras normas de conflicto, la ley española se aplica directamente y no es excepción y la inglesa es incompetente para regular la relación jurídica en disputa...<sup>64</sup>

25. Empero, esta postura se quiebra por el Tribunal Supremo en una sorprendente decisión, el auto de 24 de octubre de 1979 en el que concede el exequátur a una sentencia extranjera de divorcio recaída sobre matrimonio civil entre española y francés.

Fundándose en el "profundo cambio social, político y jurídico" que refleja la Constitución, y tras definir el orden público como "móvil, flexible y fluctuante",<sup>65</sup> el Tribunal Supremo señala:

sistema matrimonial español y la Constitución de 1978", en *El hecho religioso en la Constitución española*, trabajos de la 16ª semana de derecho canónico, Salamanca, 1979, pp. 135 y ss.; vide tb. Sanz de Alba, P., "La question de divorce en Espagne, une evolution en voie d'achievment", *RIDC*, 1981, pp. 69 y ss.; Tomás Ortiz de la Torre, J. A., "La anunciada ley de divorcio y la problemática en derecho internacional privado", *RDP*, 1979, pp. 1006 y ss.

<sup>62</sup> Alzaga, O., *op. cit.*, n° 55, p. 287.

<sup>63</sup> *R. de 19 de octubre de 1979*, RA 228.

<sup>63</sup> Aguilar Benítez de Lugo, M., "A propósito...", *art. cit.*, n° 9, pp. 223-225.

<sup>64</sup> *R. de 19 de octubre de 1979*, vide n° 63. Vide Ferrer Sanchis, P., comentario en "Nuevas perspectivas del derecho español tras la Constitución", *ACA*, 1980, pp. 119-120.

<sup>65</sup> 4º Considerando.

La consecuencia natural que se deriva de las anteriores afirmaciones es que no puede afirmarse hoy que una sentencia extranjera, respecto de un matrimonio civil contraído fuera de España, contradiga o atente al orden público español, y así, la sentencia de esta Sala de 22 de noviembre de 1977 afirmaba que la indisolubilidad del vínculo matrimonial es principio esencial del derecho español ello no quiere decir que sea principio absolutamente rígido pues admite inflexiones... por ello no es necesario insistir en el profundo cambio social, político y jurídico que, por influjo y mandato de la voluntad colectiva del pueblo español aparece reflejado en la norma básica y primera del ordenamiento jurídico patrio, es decir, en los artículos 16 atinente a la libertad religiosa y a la aconfesionalidad del Estado, y 32 que permite la disolución del vínculo matrimonial y que priva de reango constitucional al principio de indisolubilidad del matrimonio, y ello, por integrar la Constitución la cúspide del orden jurídico en el cual se subsume el orden público, es evidente la necesidad de afirmar que no choca con él la solución judicial extranjera que decreta la disolución del vínculo conyugal, y, en consecuencia que su ejecución es lícita en España...<sup>66</sup>

26. El auto del Tribunal Supremo planteó en toda su magnitud la problemática de la eficacia directa de las normas constitucionales. Atribuir al texto constitucional un mero carácter programático condicionando su eficacia a su "posterior desenvolvimiento en leyes a su tenor"<sup>67</sup> supondría, como de hecho ocurrió, considerar vigentes las leyes anteriores a la Constitución "aun en los casos en que aparezcan contrarias a los principios generales que inspiran nuestra norma fundamental",<sup>68</sup> con toda la injusticia que ello implica. De otra parte, concederle eficacia directa motivaría entender derogada cualquier disposición contraria al texto fundamental presentándose constantes situaciones de duda al desconocerse con exactitud la normativa a aplicar.<sup>69</sup> Las dos soluciones resultaban conflictivas y tanto en uno como en otro caso existían razones válidas a favor y en contra. Ambas podían conducir a situaciones de notoria injusticia.

El problema, presente —entonces y ahora— en nuestro ordenamiento adquirió matices de especial complejidad al ceñirlo al tema de la indisolubilidad. La Constitución plasmaba en su articulado una posibilidad, un poder ser, no un ser ni tan siquiera un deber ser; de igual forma que el legislador podía aprobar, como lo hizo, una "ley de divorcio", cabía que

<sup>66</sup> Vide auto y comentario en Tomás Ortiz de la Torre, J. A., "Cuestiones prácticas, primera sentencia de divorcio exequatada en España", *RGLJ*, 1979, pp. 539 y ss.

<sup>67</sup> *STS de 4 de febrero de 1960*, RA 458.

<sup>68</sup> Abarca, P., *art. cit.*, n° 38, p. 232.

<sup>69</sup> Al respecto, muy interesante *STC de 2 de febrero de 1981*, *La Ley*, 1981 - I, p. 1089 donde se expone la opinión del Tribunal Constitucional que entiende en estos supuestos la necesidad de una declaración expresa de inconstitucionalidad. Vide Lorente Hurtado, F., "Notas sobre jurisprudencia constitucional", *La Ley*, 1981 - II, pp. 980 y ss.; Rodríguez Oliver, J. M., "La inconstitucionalidad sobrevenida: el voto particular a la *STC de 2 de febrero de 1981*", *La Ley*, 1981 - II, pp. 963 y ss.

admitiese como única causa de disolución la muerte de uno de los cónyuges. La desconstitucionalización del principio no suponía en modo alguno la automática incorporación del divorcio vincular al sistema jurídico español. Por muy presumible que ésta fuese no dejaba de ser una hipótesis entre otras muchas.

El Tribunal Supremo, al conceder el exequátur a la sentencia francesa, no atribuyó —propriadamente— eficacia directa a la Constitución, sino que suplantó al legislador equiparando no defensa de la disolubilidad con aceptación del divorcio vincular y adoptando en consecuencia una actitud carente, cuanto menos, de fundamentación legal y válida.<sup>70</sup>

La solución del Tribunal Supremo, desde esta perspectiva, es radicalmente criticable; sin embargo, no puede incidirse con excesiva dureza en este hecho. El autor de 1979 debe entenderse incluido en el proceso de “desmitificación” de la indisolubilidad matrimonial iniciado en los 70, como último eslabón del proceso; a la vez final de un periodo e inicio de otro. Más reflejo de una voluntad que consecuencia directa de unas concretas coordenadas legales.

Es cierto que este proceder podía carecer de base legal “válida”, pero no es menos cierto que tanto la Dirección General como el mismo Tribunal Supremo venían forzando la interpretación del principio de indisolubilidad desde 1970, diferenciando allí donde la ley no lo hacía y atenuando el rigor de la defensa con base en razones jurídicas escasamente aceptables. Debe pues criticarse esta decisión como incorrecta y aventurada, mas siempre sin olvidar su plena justificación a tenor del momento social que aparece y sin olvidar que impugnar este fallo como incorrecto conduciría a calificar así la jurisprudencia de los diez años anteriores.

27. La situación queda resuelta a raíz de la ley de 7 de julio de 1981 —la “Ley del Divorcio”— reformadora de toda la materia matrimonial en cuyo artículo 85 se establece: “El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges o por el divorcio.”

Queda convertido en realidad positiva lo que era mera potencia. Desde este momento la posibilidad de disolver el vínculo queda admitida, culmina así el periodo de “tensa” indeterminación abierto a raíz de la promulgación de la Constitución: 1978 significa en el derecho matrimonial español el abandono de un proyecto confesional y antidivorcista, y el inicio de una etapa plagada de tensiones concluida tres años después, con la ley de 7 de julio.

28. La incorporación del divorcio al sistema español modifica la actitud mantenida hacia las sentencias extranjeras: la disolución es ahora principio

<sup>70</sup> Al respecto *vide*, S. de 10 de julio de 1979 del Tribunal Supremo de casación de Francia, RCR, 1980, pp. 91-98. Para una evaluación doctrinal, *vide* González Campos, J., “Crónica de jurisprudencia española de derecho internacional privado”, EDI, 1980, p. 210. Tb. Tomás Ortiz de la Torre, “Cuestiones...”, *art. cit.*, n° 66, pp. 540 y ss.

de orden público, ya no existe objeción a su eficacia; producirán efectos en España siempre y cuando se les conceda el exequátur: "Las sentencias de separación y divorcio dictadas por tribunales extranjeros producirán efectos en el ordenamiento español desde la fecha de su reconocimiento conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil."<sup>71</sup>

29. A primera vista, el artículo 107 C.c. parece extraño; se limita a recordar la exigencia del exequátur. Sin embargo, vista la evolución del tratamiento del divorcio en el derecho internacional privado español, parece perfectamente justificable. Ya no es necesario forzar la interpretación de las leyes para alcanzar el resultado deseado. El legislador ha optado por la solución propuesta desde hace tiempo por la Dirección General y gran parte de la doctrina y, una vez obtenida, no pueden seguir admitiéndose actitudes que, siendo legítimas en otros tiempos, son incomprensibles hoy.

Este principio se incorpora prontamente a nuestra jurisprudencia, sirvan como ejemplo las resoluciones de 30 de junio de 1981, 2 de noviembre de 1981 o 23 de diciembre de 1981:

En el expediente para la celebración de un matrimonio en forma civil es necesario presentar (*cf.* art. 224 RRC) la prueba de la disolución del vínculo anterior y, tratándose de una sentencia extranjera de divorcio que afecta a un español esta prueba ha de consistir precisamente hoy, *no ya por motivos superados de orden público, sino porque así lo exige el artículo 107, párrafo 2º del Código civil*, en el exequátur obtenido conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que hasta entonces esa sentencia, en cuanto se refiere a un español, no produce efectos en nuestro ordenamiento...<sup>72</sup>

30. A la vista de todos estos datos puede afirmarse que la clave del futuro tratamiento del divorcio en el derecho internacional privado español se encuentra en la voluntad de superar el pasado. Los últimos cien años de tensiones han sido remontados tanto en sus objetivos como en los "modos" seguidos para alcanzarlos. La nueva etapa debe ser de ruptura con el pasado y, ruptura supone, en este caso concreto, sentar las bases necesarias para impedir la repetición de situaciones similares.

Para existir el convencimiento tácito de que para concluir con la problemática del divorcio no basta con su introducción en nuestro ordenamiento, hay que modificar actitudes y posiciones mantenidas durante largo tiempo para evitar que por la inercia vuelvan a repetirse. Esta voluntad de *superación* está presente tanto en la jurisprudencia como en la legislación y se manifiesta —a nuestro modo de entender— en tres datos:

En primer lugar, en el hecho de que el Tribunal Supremo opte por el libre juego del sistema español de derecho internacional privado. El modelo

<sup>71</sup> Artículo 107 del Código civil, redacción de 7 de julio de 1981.

<sup>72</sup> R. de 23 de diciembre de 1981, BIMJ de 15 de febrero de 1982, n° 1266, p. 66.

conflictual no puede seguir siendo una posibilidad, un mero instrumento opcional del que los tribunales hagan uso según sus intereses y objetivos. A su vez, la excepción de orden público debe quedar reducida a sus justos límites, siendo un instrumento de defensa y no de imposición de nuestro derecho.<sup>73</sup>

En segundo lugar, e íntimamente ligado a lo anterior, se observa en nuestra jurisprudencia una mayor receptividad hacia el derecho extranjero. El auto de octubre de 1979 es un buen ejemplo de ello, la relación de nuestro ordenamiento con sistemas jurídicos foráneos no debe ser planteada desde premisas radicalmente nacionalistas.

Estos dos datos, ya de por sí significativos en lo que tienen de evolución sobre pasadas actitudes, se ven definitivamente asumidos y ratificados en el artículo 107 del Código Civil. La eficacia de las sentencias extranjeras de divorcio en España queda subordinada a la concesión del exequátur. La atenuación o la eficacia indirecta quedan ya, lejos. Son soluciones planteadas en unos momentos concretos que no caben en el nuevo marco del derecho familiar español porque ya no hay ninguna razón que justifique el no cumplimiento de la ley. Con esta voluntad, el legislador recuerda en el 107 la obligación de actuar de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Todas estas notas son muy esclarecedoras del futuro próximo, un futuro que, al menos en sus primeros balbucesos, responde a una clara voluntad de progreso y enmienda.

#### IV. Conclusiones

31. Las conclusiones de este trabajo se infieren del desarrollo del mismo.

1º Se ha observado cómo el tratamiento del divorcio en el derecho internacional privado español antes de 1978 —con abstracción del periodo republicano— atraviesa tres etapas distintas. Una primera en la que la indisolubilidad es defendida de forma radical, a diferencia de lo ocurrido en la segunda —a partir de 1970— en la que la defensa se va a ceñir a las sentencias afectantes a españoles o a aquellas recaídas sobre vínculo canónico de extranjeros.

La promulgación de la Constitución de 1978 supone el punto de partida de la tercera y última etapa, caracterizada por la pérdida del carácter constitucional del principio de indisolubilidad y la subsiguiente eficacia directa de las sentencias extranjeras de divorcio recaídas sobre extranjeros. Más problemáticas son las afectantes a españoles.

2º A lo largo de todo el periodo la defensa de la indisolubilidad responde más a actitudes personales de nuestros tribunales y de la Dirección Gene-

<sup>73</sup> Vide STS de 18 de noviembre de 1977, vide nº 17.

ral de los Registros que a su efectivo establecimiento en la ley. Con independencia de lo que dispone el artículo 22 del Fuero de los españoles la protección más o menos rígida se deberá, en última instancia, a factores de muy variada índole: desde la duda sobre la aplicación del derecho extranjero hasta la fidelidad de nuestro ordenamiento al modelo canónico. Según vaya cambiando la relevancia de estos factores, irá alterándose la intensidad de la defensa.

3º Como consecuencia y a la vez culminación del proceso evolutivo, se presenta la nueva situación iniciada a raíz de la ley de 8 de julio de 1981, que supone, de un lado la aparición de la disolubilidad del matrimonio por divorcio vincular como principio de orden público, y, de otro, el intento por parte del legislador y de la jurisprudencia de evitar, como en el pasado, la presencia de posturas y actitudes carentes de respaldo legal. La defensa de nuestro orden público, con independencia del factor valorativo que por su propia naturaleza le es inherente, deberá venir motivada por su consideración en nuestro ordenamiento y nunca, por criterios personales de los jueces.

Carlos ESPLUGUES MOTA