

Divorcio y cambio normativo en la jurisprudencia española

PALOMA ABARCA

Una vez aprobado por las Cortes Españolas, el Proyecto de Ley denominado popularmente «Ley del divorcio», es interesante, aunque sólo sea por curiosidad, esperemos que histórica, el hacer una breve recapitulación de los avatares que el tema del divorcio internacional ha sufrido en nuestro país. Y aunque el centro de este comentario va a ser la actitud jurisprudencial en el momento de la transición entre la derogación de las Leyes Fundamentales y la proyectada «Ley del divorcio», vamos a referirnos también de manera breve a las distintas fases por las que ha pasado la noción de Orden Público en España en relación a este tema.

I. LA ACCION DEL ORDEN PUBLICO HASTA EL FIN DEL REGIMEN POLITICO FRANQUISTA

La defensa de la indisolubilidad del vínculo matrimonial, como es sabido, no fue patrimonio de la época franquista, sino que proviene de épocas muy anteriores (1). Recordemos, en efecto, cómo este principio se mantuvo incluso en la Ley Provisional de Matrimonio Civil de 1870, y así, en la *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 13 de enero de 1885* aparece limitada la aplicación de la Ley nacional a la capacidad y cuestiones de familia en virtud del orden público, un orden público concebido como excepción a la aplicación de la ley extranjera, concepción que era admitida por la doctrina de entonces. Sin embargo, en esta época, como iba a suceder a menudo en épocas posteriores, la Dirección General de los Registros hizo gala de un planteamiento más liberal al no considerar se oponía al orden público el matrimonio de español y extranjera divorciada en su, *Resolución de 13 de octubre de 1930*.

Parece lógico que, finalizado el período republicano, con el advenimiento del régimen franquista, confesional católico, este principio cobrara inusitada importancia. En efecto, el orden público fue en este

(1) Ver sobre esta época MIAJA DE LA MUELA, *Indicios de atenuación del Orden Público en el Derecho internacional privado español*. Homénaje a Wengler, pp. 573 y ss.

período utilizado insistentemente por los Tribunales españoles en materia de estatuto personal, protegiendo una concepción retrógrada, abandonada ya por el resto de Europa, del matrimonio, el divorcio y la discriminación entre los diferentes tipos de hijos. El orden público en esta materia actuaba en su doble dimensión de territorial (actuando cuando las partes, fueran éstas nacionales o extranjeras, celebraran algún acto posterior en España, o tuvieran aquí su domicilio o simplemente hubieran acudido a los Tribunales españoles) y personal, cuando cualquiera de las partes ostentara la nacionalidad española. Así, en relación al divorcio, el orden público se proyectaba en una doble esfera: respecto al eventual divorcio de los españoles en el extranjero y, en territorio español, respecto de españoles y extranjeros. En efecto, en esta primera época, época de la que quizá es una sentencia clave la del *Tribunal Supremo de 5 de abril de 1966* (Benedicto c/ Barquero), la norma de indisolubilidad del vínculo matrimonial marcó a partir de 1939, como ha puesto de manifiesto el profesor González Campos en el comentario a la sentencia citada (2), un cambio no sólo en las normas materiales del Derecho español (estamos haciendo referencia a la Ley de Divorcio de 1932), sino, a estos efectos más importante, el propio sistema de Derecho internacional privado español al pasar del típico sistema conflictual a un sistema de normas de aplicación inmediata.

En toda esta época, pues, la excepción de orden público aparece más como orden público positivo que negativo; es decir, la remisión al derecho extranjero y su negativa a aplicarlo por dañar principios básicos del Foro desaparece o al menos se diluye bajo la concepción positiva del mismo que conduce a la aplicación del Derecho propio. Ahora bien, como hemos observado ya, no sólo el Tribunal Supremo ha venido confundiendo ambos planos del orden público, sino lo que aún es más grave, ha confundido la noción de orden público como excepción a la norma aplicable, con la aplicación inmediata de sus propias normas, con lo que la remisión al Derecho extranjero ni siquiera se presentaba al Tribunal. Evidentemente, esta consideración de norma de aplicación inmediata impidió algo que es y ha sido posible frente a la noción de orden público como excepción: la atenuación del mismo en relación con algunos de sus efectos.

Y aquí pasamos a la segunda época, no necesariamente cronológica, en relación con este tema, época en que tanto el Tribunal Supremo como la Dirección General de los Registros, admiten ciertos efectos derivados de un divorcio obtenido en el extranjero. Así, el reconocimiento del divorcio de la mujer española casada con extranjero a los efectos de que ésta pueda recobrar la nacionalidad española, o en el régimen de la filiación, bien consideración de legítimos a los hijos del posterior matrimonio o consideración de natural a la hija de extranjera divorciada de matrimonio canónico, nacida de padre español y soltero, y de una manera más contradictoria en el régimen de sucesiones. Sin embargo, el efecto principal del divorcio, disolución del

(2) REDI, 1967, pp. 308.

vínculo con posibilidad de volver a contraer nuevas nupcias sigue siendo rechazado y así lo pone de manifiesto una *Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 23 de abril de 1970*, una de las más progresivas de la época. En efecto, en la argumentación de esta Resolución deja claramente expuesta la diferencia entre orden público atenuado, en el que se reconocen los efectos «indirectos» derivados del divorcio, mientras que se niega el efecto principal (la posibilidad de ulteriores nupcias).

Más claramente aparece esta negativa a la posibilidad de contraer nuevas nupcias en la *Resolución de 9 de noviembre de 1971*:

«... Que juzgar definitivamente sobre la validez o nulidad de un matrimonio es cuestión propia de los Tribunales de Justicia y, en último término, del Tribunal Supremo, cuya doctrina ha venido dando amplio alcance al principio de indisolubilidad como integrante del orden público español en relación a la celebración de matrimonio entre extranjero divorciado y español.»

II. RESTRICCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO POR SU CONTENIDO CONFESIONAL

Pasando por encima de la *Resolución de 18 de septiembre de 1971*, ampliamente comentada (3), pasamos ya a una tercera época intermedia entre el final del régimen político franquista y la aprobación de la Constitución española, de la que es un claro exponente las *Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 23 de marzo y 5 de abril de 1976* y la *Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1977*.

A partir de esa primera Resolución citada, la posibilidad de contraer un nuevo matrimonio se abre para los españoles que deseen hacerlo con extranjeros divorciados de matrimonio civil. La Resolución, basándose en la Ley de 23 de septiembre de 1939, derogatoria de la Ley de Divorcio, afirma el distinto tratamiento otorgado respecto del reconocimiento del divorcio, al matrimonio según éste sea canónico o civil. Así como la citada ley aparece por primera vez en nuestra más amplia jurisprudencia sobre este tema como base de esta distinción a los efectos de la posibilidad de contraer un nuevo matrimonio, la distinción en sí había aparecido, según la misma Resolución cita, en varias Resoluciones anteriores (25 de marzo de 1950; 27 de junio de 1969 y 9 de noviembre de 1971). Así, en la segunda de las citadas se afirma la posibilidad de que un español contraiga nuevas nupcias con extranjero divorciado conforme a su ley personal.

«... excepto por razones de orden público derivadas de la recepción

(3) Ver CORRIENTE CÓRDOBA, *Ordenamientos plurilegislativos, conflictos interpersonales y orden público en una Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado*, "Revista General del Derecho", núm. 361 y 362; y TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, *A propósito de la Resolución de 18 de septiembre de 1971*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", diciembre 1972, págs. 882 y ss., etc.

que del Derecho canónico matrimonial hace el artículo 75 del Código civil cuando el divorcio vincular se refiere a un matrimonio canónico, en cuyo caso no podrá contraerse válidamente.»

La inscripción en el Registro del nuevo matrimonio procede, según se deduce de esta Resolución citada, porque se trata de «matrimonio que, por la nacionalidad de los cónyuges, ha de regirse, según las normas españolas de conflicto, por leyes extranjeras, si según éstas se admite el divorcio vincular» (aunque también deja una puerta abierta a la posibilidad de «inflexiones» en el orden público «incluso cuando de la propia familia española se trate») y porque el matrimonio anterior es civil.

En efecto, en la *Resolución de 5 de abril de 1976*, aparece de nuevo este distinto tratamiento según que el matrimonio anterior sea civil o canónico, estimando subsistente el impedimento de ligamen de la extranjera divorciada en base a la actuación del orden público al ser canónico el anterior matrimonio (4).

Finalmente, la *Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1977*, en su 9.º considerando, se hace eco de esta distinción y desestima el recurso interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia que estimaba válido el matrimonio contraído por española soltera y extranjero divorciado en su país de anterior matrimonio no canónico.

III. CAMBIO EN EL CONTENIDO DEL ORDEN PUBLICO POR IMPERATIVO CONSTITUCIONAL

Tras este pequeño resumen de la jurisprudencia anterior a la Constitución, entramos en la época que nos ocupa y de la que por el momento sólo tenemos como muestra dos Resoluciones (6 de abril y 19 de octubre de 1979) y un Auto del Tribunal Supremo de 24 de octubre de ese mismo año. Los supuestos de hecho, tanto de las Resoluciones como del Auto son distintos, lo que nos permite conocer la posición de la jurisprudencia española ante distintos problemas en un momento en el que, una vez aprobada la Constitución, todavía no se habían comenzado a llevar a cabo los necesarios cambios en el resto del ordenamiento jurídico. En efecto, en la primera de las Resoluciones citadas, se trata de la posibilidad de contraer matrimonio española viuda con extranjero divorciado de anterior matrimonio canónico. En la segunda de las Resoluciones es un español divorciado de matrimonio canónico el que pretende contraer nuevas nupcias con española sol-

(4) Sobre estas dos Resoluciones ver el comentario de GUTIÉRREZ ESPADAS, *Matrimonio civil de español con divorciada extranjera: inscripción, celebración en España*, en "Anales de Derecho", Universidad de Murcia, núm. 1, 1977. Para una crítica al planteamiento de estas Resoluciones ver La Laguna *Matrimonio indisoluble y divorcio vincular en el orden jurídico español*, en "Revista de Derecho Privado", tomo LVI, 1972, págs. 485-529. Y ESPINAR, Vicente *Algunas reflexiones sobre el Derecho matrimonial español. En torno a dos recientes Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado*, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1978, págs. 57 y ss.

tera. Y, finalmente, el Auto examina la posibilidad de dar ejecución en España a una Sentencia de divorcio obtenida en Francia de un matrimonio civil contraído en ese mismo país entre española y extranjero.

Las dos diferencias fundamentales entre los supuestos anteriormente considerados radican, en primer lugar, en que en dos de ellos el previo matrimonio era canónico, y en segundo lugar, en la nacionalidad española o no del cónyuge divorciado. Como a continuación vamos a ver, la primera de las diferencias no ofrecía muchos problemas una vez aprobada la Constitución de 1978, aunque es, por supuesto, necesario un pequeño comentario al respecto. Es en la segunda de ellas donde surgían o podían surgir mayores discrepancias al ser el divorcio todavía una institución no reconocida en nuestro país, en torno a la posibilidad o no, de una parte, del reconocimiento de un divorcio obtenido en el extranjero por un español, y de otra en lo que se refiere a la consiguiente aptitud de éste para contraer posteriores nupcias.

Es evidente que la aprobación de la Constitución española de 1978, dio un nuevo giro a la concepción del orden público tal como hasta ahora venía entendiéndolo la doctrina y la jurisprudencia española, pero sobre todo, en lo que ahora nos interesa, ha dejado obsoleta la distinción entre previo matrimonio civil o canónico a los efectos de una aplicación o no de la excepción de orden público, con el resultado de que dependiendo de la «clase» de matrimonio, éste era o no indisoluble.

En primer lugar, el Estado español ha dejado de ser confesional, pasando a garantizar, el artículo 16 de la Constitución, la libertad de cultos y terminando según el nuevo Acuerdo con la Santa Sede, la competencia de Iglesia en relación con los matrimonios de los católicos. El artículo 32 de la Constitución: «La Ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos», consagra el fin de esa competencia exclusiva y de nuevo se refiere a «formas» de matrimonio frente a las «clases» que introdujo la Reforma del Código civil de 1958, con lo que quedaba patente la consagración de un solo matrimonio sometido a la legislación civil, que puede contraerse de diferentes formas (5).

Este cambio introducido con la aprobación de la Constitución española se reflejó en la jurisprudencia posterior a la misma y así ha sucedido en las dos Resoluciones antes citadas por cuanto, al tratarse de la posibilidad de un ulterior matrimonio tras divorcios obtenidos de previos matrimonios canónicos, tuvieron que pronunciarse sobre este tema.

(5) En el mismo sentido ESPINAR, Vicente, en *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, Elisa Pérez Vera, Madrid 1980, y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El sistema matrimonial según la Constitución y los Acuerdos con la Santa Sede*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, Madrid, 1980, págs. 571 y ss. Ver art. 49 del Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil.

En efecto, la primera de estas dos *Resoluciones*, de 6 de abril de 1979, en la que se trataba de determinar si procedía autorizar el matrimonio civil que querían celebrar una española, viuda, y un súbdito francés divorciado vincularmente de previo matrimonio contraído tanto en forma civil como canónica, resuelve la consulta en el sentido favorable a dicha celebración. Para la cuestión que aquí nos interesa dilucidar, la relevancia o no del carácter civil o canónico del previo matrimonio, interesa transcribir alguno de sus considerandos:

«Cdo. Que la última doctrina sobre la cuestión planteada, contenida en las Resoluciones de 23 de marzo, 5 de abril y 24 de agosto de 1976, y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1977, ha consistido en distinguir según que el matrimonio anterior del extranjero, disuelto por el divorcio vincular, merezca para el Derecho español la calificación de simple unión civil o de matrimonio canónico, puesto que sólo en este último caso se estimaba que la excepción de orden público recogida en el artículo 12-3 del Código civil, impedía conceder eficacia directa a la sentencia extranjera de divorcio, 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 (cfr. art. 9-1 del Código), gozaba, en principio, de la capacidad necesaria para acceder a nuevas nupcias.»

«Cdo.... y 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 de la Constitución) impiden tales discriminaciones civiles por razones religiosas.»

«Cdo. Que, de otro lado, los artículos XXIII y XXIV del Concordato, todavía formalmente vigentes, entre la Santa Sede y el Estado español, conforme a sus normas de colisión, se estima competente y no pueden alcanzar a los matrimonios extranjeros excluidos de la competencia de las autoridades de España y regidos por la ley o leyes nacionales de los contrayentes (art. 9-1 del Código civil) (6).

Desaparece, pues, como vemos, la competencia exclusiva de la Iglesia católica en lo referente a la disolución de matrimonios canónicos, desapareciendo la discriminación entre ambas formas de matrimonio a estos efectos, bien se hayan contraído éstos en territorio español o fuera del mismo. Por otro lado, hay que considerar que el Acuerdo del Estado español con la Santa Sede, firmado el 3 de enero de 1979 (7), expresamente deroga, entre otros muchos, los artículos

(6) Tomado de GONZÁLEZ CAMPOS y FERNÁNDEZ ROZAS, *Prácticas de Derecho Internacional Privado*, Universidad de Oviedo, 1979, pág. 98.

(7) Ratificado el 4 de diciembre de 1979.

XXIII y XXIV del Concordato anteriormente vigente, limitándose el artículo 6 del acuerdo sobre Asuntos Jurídicos al reconocimiento por parte del Estado de los efectos civiles del matrimonio celebrado conforme a las normas canónicas y de las resoluciones eclesiásticas de nulidad «si se declaran ajustadas al derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal civil competente». Queda por ver si las causas que pertenecen únicamente al campo religioso se considerarán ajustadas al Derecho del Estado, lo que sin lugar a dudas supondría una discriminación, en el caso de una «estricta» ley de divorcio, respecto al resto de los ciudadanos (8). Discriminación por motivos religiosos que vulneraría el artículo 14 de la Constitución.

La *Resolución de 19 de octubre de 1979*, aun tratándose también de la posibilidad de un nuevo matrimonio de, en este caso súbdito español, divorciado de anterior matrimonio canónico, no entra en el asunto de la posible discriminación entre ambas clases de matrimonio, no sólo porque el problema aquí planteado (nacionalidad española del divorciado) es previo, sino seguramente también por dar por supuesta la inexistencia de tal discriminación.

Y ahora entramos en el segundo problema que planteaba la Constitución española de 1978, y que a mi entender quedaba reducida a la posibilidad o no del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras de divorcio en el caso de que una de sus partes tenga la nacionalidad española —ya que, por supuesto, la obtención de un divorcio en nuestro país por un nacional es por el momento imposible—, y a la posibilidad o no de contraer ulteriores nupcias para el español divorciado (9). Y así como en la irrelevancia de la forma del matrimonio de cara a la posibilidad del divorciado extranjero a contraer nuevas nupcias se muestra de acuerdo la pequeña jurisprudencia de que hasta el momento disponemos, aparentemente no sucede lo mismo respecto de los otros problemas.

1. La actual concepción del orden público no alcanza a impedir el nuevo matrimonio de divorciado extranjero y parece, que, igualmente, la indisolubilidad del matrimonio no puede considerarse materia incluida en el mismo, bien sean los cónyuges españoles o extranjeros. En efecto, el artículo 30, apartado 2 de la Constitución, al disponer que «La ley regulará... las causas de disolución y sus efectos», dejaba evidentemente una puerta abierta a la futura regulación del divorcio en nuestro país (10). Parece lícito considerar que la indisolubilidad

(8) En el mismo sentido, ver PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, página 583; ver art. 80 del Proyecto citado.

(9) El supuesto de obtención de un divorcio por extranjeros, en el caso de que se hubiera planteado en ese momento, habría sido posible ya que no afectaría al orden público español.

(10) La interpretación de este artículo fue enormemente discutida en las Cortes y si bien se levantaron voces que clamaron que éste significaba la constitucionalización del divorcio, otros afirmaron que este apartado únicamente abría posibilidades pero no opciones de futuro. En realidad, como afirmó el señor Solé en esa discusión, el artículo es el equilibrio que el consenso requería en un tema tan conflictivo como es el del divorcio. Sobre estas discusiones ver PÉREZ-LLANTADA, *Matrimonio*

del matrimonio no sólo no tenía ya rango constitucional, sino que tampoco podía considerarse materia incluida en el orden público. Pero éste no es el punto de discrepancia entre las Resoluciones y el Auto antes citado. Así, en la Resolución de 6 de abril de 1979 se afirma, sin remisión alguna a la nacionalidad de los cónyuges:

«Cdo. Que no hay que olvidar que la excepción de orden público es, por su propia naturaleza, de carácter variable, elástico y flexible, puesto que si, según la jurisprudencia, el orden público está constituido por «aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos y económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente indispensables para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1966), es indudable su carácter relativo, ligado a la concepción social y política de cada momento histórico; aparte de que, en todo caso, en el campo internacional la excepción de orden público, por suponer una quiebra a la comunidad jurídica universal, ha de ser interpretada y aplicada restrictivamente.»

«Cdo. Que es innecesario resaltar el profundo cambio político-social y también jurídico, que refleja y precisa la promulgación de la Constitución española, concretamente en el régimen del matrimonio, la indisolubilidad de éste —que ya tenía flexiones y matizaciones en el propio derecho interno, a pesar de la declaración del artículo 52 del Código— ya no tiene rango constitucional y basta a estos efectos comparar el antiguo artículo 22 del Fuero de los españoles con el artículo 32-2 de la nueva Constitución...»

Igualmente, en la Resolución de 19 de octubre de 1979 se afirma:

«Cdo. Que conviene tener presente que si la promulgación de la Constitución española puede haber supuesto (como en efecto lo ha hecho) un cambio en la conceptualización del orden público matrimonial...»

Finalmente, en el Auto de 24 de octubre del mismo año se expone:

«Cdo. Que tocante a la excepción de orden público, aducida por el Ministerio público, conviene puntualizar: a) Que su noción, en extremo sutil, imprecisa e indeterminada, escapa a toda definición —*omnia definitio periculosa est*— por ser su contenido móvil, fluctuante y flexible; b) Que del orden público podría darse una noción *hic et nunc*, aquí y ahora, de su sentido y alcance, siempre provisional, porque,

distinto del pasado, puede ser otro su sentido en el futuro o en otra circunstancia; c) Que por ello es noción sujeta a variación y cambio, tal como del mismo modo varían las leyes, las costumbres y la misma moral social o ética colectiva; d) Que integrado el orden público, según el ensayo de definición que dio la Sentencia de este Tribunal de 5 de abril de 1966, por los «principios jurídicos públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos necesarios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada» habrá que estar, para su aplicación, al tiempo en que se vive o, como mejor dice el artículo 3-1 del Código civil, «a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» las normas, justamente por ese carácter relativo, dependiente de las concepciones sociales y políticas de cada momento histórico...»

«Cdo. Que la consecuencia natural que se deriva de las anteriores observaciones es que no pueda afirmarse hoy que una Sentencia de divorcio extranjera, respecto de un matrimonio civil contraído fuera de España, contradiga o atente al orden público español...»

«Cdo. Que no es necesario insistir en el profundo cambio social, jurídico y político 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 confesionalidad del Estado— y 32, que permite la disolución del vínculo matrimonial y que priva de rango constitucional al principio de indisolubilidad del matrimonio, y por 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 resolución judicial extranjera que decreta la disolución del vínculo conyugal y, consecuentemente, que su ejecución es lícita en España, como exige que así sea el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil... (11).»

(11) Hay, sin embargo, una cuestión que no queda clara respecto de la situación del orden público actual. El Auto se refiere, en concreto, a que el orden público no puede afectar una "sentencia de divorcio extranjera, respecto de un matrimonio civil contraído fuera de España", insistiendo más adelante en el mismo tema al afirmar que el carácter restrictivo del orden público ha obligado a afirmar desaparecido el impedimento de ligamen "cuando de matrimonio contraído en el extranjero se trate". ¿Quiere esto decir que si el matrimonio se hubiera celebrado en España no sería posible su disolución por chocar con el orden público español? Más bien parece que el Tribunal, en parte preocupado por el significado de este Auto, ha querido resaltar la falta de conexiones del supuesto con el Foro, subrayando desgraciadamente una que no sería suficiente, pues aun en el caso de que el matrimonio se hubiera contraído en España, el resultado hubiera sido el mismo.

2. Pero, sin embargo, y a pesar de esta coincidencia en el cambio sufrido en la concepción del orden público por efecto de la Constitución, la Resolución de 19 de octubre de 1979 y el Auto del 24 del mismo mes conducen a resultados opuestos.

En efecto, en la Resolución se trata de la autorización a contraer matrimonio civil entre un súbdito español divorciado en Inglaterra con española soltera, negándose tal autorización no en base al orden público, sino a que:

«el estado civil de un español se rige por la ley española (art. 9-1 del Código civil), de modo que según ésta, el pretendido contrayente sigue estando casado y las nuevas nupcias aparecen impedidas por la existencia de un ligamen anterior (art. 83-5 del Código civil) 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 jurídico» y «... puesto que no se trata de que la Ley extranjera normalmente competente deje de ser aplicada y sea sustituida por la española, por resultar aquélla abiertamente contraria a principios esenciales del derecho patrio, sino que aquí, según nuestras normas de conflicto, la ley española se aplica directamente y no por excepción, y la inglesa es incompetente para regular la relación jurídica en disputa.»

En el Auto, sin embargo, después del análisis de la nueva concepción del orden público anteriormente transcrita, se afirma que «no choca con él la resolución judicial extranjera que decreta la disolución del vínculo conyugal y, consecuentemente, que su ejecución es lícita en España, como exige que así sea el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (12).

Dos cuestiones surgen de inmediato una vez leídos los párrafos citados. La primera de ellas sería considerar que el error de los que pretendían contraer nuevo matrimonio ha estado precisamente en tratar de hacerlo sin previamente solicitar el reconocimiento y ejecución de dicha sentencia en España, pues si así lo hubieran hecho, como demuestra el Auto citado, les hubiera sido concedido.

La segunda cuestión que se nos plantea sería si la declaración de ejecutabilidad de la sentencia extranjera de divorcio conlleva o no la posibilidad de celebración de un nuevo matrimonio o si únicamente se refiere a los derechos de guarda y custodia o de visita, etc., en cuyo caso la posibilidad de contraer nuevo matrimonio, seguiría absolutamente prohibida para el español divorciado, sin que por tanto hubiera contradicción entre la Resolución y el Auto.

Pero estos dos problemas planteados nos llevan de manera inmediata a un planteamiento previo. A subrayar el hecho de que estamos moviéndonos en dos planos diferentes. Por un lado, en el plano del conflicto de leyes; por otro, en el del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. En efecto, la Resolución se mueve dentro del

(12) Al tratarse de un supuesto de reciprocidad convencional, es superfluo referirse al art. 954. La referencia obligada hubiera sido a los requisitos especificados en el Convenio que más adelante veremos.

ámbito del conflicto de leyes, de la ley aplicable y aunque en principio aparece perfectamente ajustada a derecho ya que es evidente que el estado civil de un español se determina por las leyes españolas, es claro que el hecho de que este estado civil venga afectado por una sentencia de divorcio hace necesario que la Autoridad ante la que se plantea el tema se pronuncie respecto de ella. Y en un momento de transición como es el actual, a mi entender, no basta con afirmar como hace la Resolución citada que «sin que el divorcio dictado en el extranjero deba influir para nada en esta conclusión (existencia de un ligamen anterior), ya que se trata de una forma de disolución no reconocida, hoy por hoy, en nuestro ordenamiento jurídico». Pues no se trata aquí de la obtención de un divorcio en España por un nacional, ni de la elección de la norma aplicable, sino de la aceptación o no de una sentencia extranjera de divorcio dictada por un Tribunal competente según sus propias normas de conflicto y que además no infringe, como hemos visto toda la jurisprudencia existente así lo admite, el orden público español.

Por otro lado es evidente, como afirma la Resolución citada, que el artículo 83-5 del Código civil sigue vigente en nuestra legislación pero el problema, insisto, es precisamente precisar qué papel debe jugar en el estatuto personal tal sentencia de divorcio. Pues de ese papel dependerá en definitiva la posible aplicación o no del artículo 83-5, es decir, la existencia o no del impedimento de ligamen.

Si seguimos esta interpretación la Resolución debía haberse limitado a exigir el «exequatur» de dicha sentencia como paso previo a la celebración del nuevo matrimonio, al igual que se exige en las sentencias de separación civil, al seguir siendo España un país en que se otorga protección al vínculo matrimonial.

3. El Auto del Supremo citado concede el «exequatur» a una sentencia de divorcio dictada por el Tribunal de Gran Instancia de París de un matrimonio civil contraído entre un súbdito francés y súbdita española (13).

La concesión del «exequatur» podía haberse arbitrado por la vía de la «reciprocidad convencional» del artículo 951 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, aunque el Tribunal Supremo no entra expresamente en los artículos del Convenio entre España y Francia de 1969, relativos a la competencia indirecta (arts. 7, 8 y 9) ni al artículo 5 (control de ley aplicable), el resultado es correcto. Por un lado porque los Tribunales franceses son competentes ya que uno de los esposos ostenta la nacionalidad francesa (art. 14 y 15 C. civil francés). Por otro lado, al disponer el artículo 5 del Convenio que «No podrá denegarse el reconocimiento por el solo motivo de que el Tribunal de origen haya aplicado una ley distinta a la que correspondía según las reglas de Derecho internacional privado del Estado requerido, excepto en lo que se refiere al estado o capacidad de las personas. Aun en estos casos, no se denegará el reconocimiento cuando la aplicación de

(13) En contra de las opiniones aquí expuestas, Tomás ORTIZ DE LA TORRE, en R.G.L.J., 1979, págs. 539 y ss.

la ley que corresponda, según dichas reglas, hubiera producido el mismo resultado» si el Tribunal Supremo se hubiera pronunciado respecto de la ley aplicable según las normas de conflicto españolas, puede presumirse que, o bien considerando el divorcio un efecto personal del matrimonio hubiera considerado aplicable la ley nacional del marido en el momento de la celebración del matrimonio, o bien se hubiera decidido, sentando un precedente, confirmado luego por el Proyecto, por la del domicilio común (14). En ambos casos no sólo el resultado sería el mismo, sino que sería la propia ley francesa la aplicada.

En cuanto al resto de los requisitos para el reconocimiento (artículos 3 y 4) del Convenio, la Sentencia los cumple todos. El Tribunal Supremo no tenía, en efecto, ningún motivo para denegar el reconocimiento. Y por supuesto, la concesión del «exequatur» lleva consigo la absoluta disolución del vínculo. En primer lugar, porque el Auto no hace referencia a ninguna limitación en cuanto al carácter de esta disolución, sino que se limita a declarar que «... el artículo 32 (de la Constitución) permite la disolución del vínculo matrimonial» referencia a la Constitución que no hubiera sido necesaria si se estuviera refiriendo a las formas de disolución admitidas por el Código civil, lo que significa que se está refiriendo claramente al divorcio.

En segundo lugar, porque si la intención del Auto hubiera sido autorizar únicamente algunos de los efectos de la disolución del vínculo, hubiera acudido al artículo 13 del Convenio entre España y Francia (ratificado por España el 15 de enero de 1970, en que se basa la concesión de «exequatur») que dispone: «Si la decisión contiene pronunciamientos sobre diferentes peticiones separables, contenidas en la demanda, la ejecución podrá ser concedida parcialmente», lo que supone que el Auto no ha pretendido otorgar la ejecución a las peticiones concretas contenidas en la demanda (en este caso, guardia y custodia de los hijos, derecho de visita), sino que ha concedido la ejecución a toda ella.

El estado civil del español quedó, pues, modificado por efecto de la Sentencia extranjera cuyo «exequatur» se otorga. El matrimonio está disuelto. Ahora bien, el problema de la posibilidad de un nuevo matrimonio desborda el ámbito de esta ejecución y entra en el del conflicto de leyes. En definitiva, se plantearía aquí el siguiente problema. Por un lado, el vínculo matrimonial está roto por la sentencia de divorcio. Ahora bien, ¿es posible un nuevo matrimonio según la ley nacional del contrayente (española en este caso)? Únicamente no sería posible si hubiera una norma en España que prohibiera el matrimonio a divorciados, supuesto que no se da en nuestro país.

La importancia de este Auto es, pues, fundamental, ya que no sólo se hace eco de la nueva concepción de orden público, común por

(14) Es posible se hubiera decidido por la segunda de las soluciones, ya que la ley nacional del marido implica un principio de discriminación contrario a la Constitución española. El Proyecto ya citado, art. 107, consagra la conexión domicilio en ausencia de nacionalidad común.

otra parte a toda la jurisprudencia posterior a la Constitución, en una materia tan controvertida como la del divorcio, sino porque es la primera vez que esta nueva concepción se reconoce en la práctica. Pues si bien las Resoluciones de octubre del mismo año comparten esa misma concepción del cambio operado en el orden público, bien sea por tratarse de la capacidad matrimonial de un divorciado extranjero, bien por transformar el problema en un conflicto de leyes, ninguna de ellas había llegado a este resultado. De ahí que en este Auto quede clara la postura del Tribunal Supremo, que considera la Constitución como cúspide del orden jurídico y por tanto propicia una interpretación de las leyes conforme a la misma; pues en definitiva, el problema planteado en esta jurisprudencia posterior a la Constitución no se limita al Derecho internacional privado, sino a algo mucho más amplio: determinar si, en ausencia de un desarrollo legislativo posterior en supuestos, como el de este caso, en que sea necesario, implica que se consideren vigentes las leyes anteriores a la Constitución (15), aun en los casos en que aparezcan como contrarias a los principios generales que inspiran nuestra norma fundamental. Si, en efecto, el miedo a la inseguridad jurídica que suponen estas lagunas legales transitorias es el motivo principal de que muchos juristas apoyen la aplicación de las «leyes viejas», la superación de tal miedo y el respeto a la fuerza vinculante de la Constitución, no sólo de sus concretos preceptos, sino también de sus principios generales, es el sentido ejemplar del Auto que hemos comentado (16).

(15) Sobre este tema, ver DE ESTEBAN Y VARELA, *La Constitución un año después*, en "El País", 3 de enero 1980.

(16) Sobre este tema ver el artículo de Santiago VARELA y Miguel SATRÚSTEGUI, *Constitución nueva, leyes viejas*, "Revista del Departamento de Derecho Político de la UNED", núm. 4, otoño 1979, págs. 59 y ss.

