



Matrimonios informes en Derecho alemán

Rudolf Schunck

SUMARIO: *Introducción.* I. DESARROLLO HISTORICO DEL DERECHO MATRIMONIAL CIVIL EN ALEMANIA. TERMINOLOGIA EN TORNO AL CONCEPTO DE «MATRIMONIO INFORME». 1. Desarrollo histórico del Derecho Matrimonial civil en la legislación alemana. 1.1. Anterior a la Segunda Guerra Mundial. 1.2. Situación posterior a la Segunda Guerra Mundial. 1.3. Las leyes matrimoniales de 1976. 2. Los «matrimonios informes». 2.1. Introducción. 2.2. Terminología. 2.3. Distinción esencial entre «matrimonio informe» y concubinato. 2.3.1. La situación en Alemania. 2.3.2. El concubinato en la legislación alemana. 2.4. Distinción entre «matrimonios informes» y «matrimonios de hecho». II. FORMAS DE CELEBRAR EL MATRIMONIO Y TEXTOS LEGALES QUE SE REFIEREN AL «MATRIMONIO INFORME». 1. Necesidad de manifestar el consentimiento mutuo ante el funcionario civil competente. 1.1. Las disposiciones de la *EheG* que regulan la manifestación del consentimiento. 1.2. Formas de urgencia individual que dispensan de las formalidades normales. 2. Posibilidades legales para una sanación de defectos en la forma establecida para contraer matrimonio. 3. Legislación particular sobre las formas extraordinarias para contraer matrimonio y leyes para reconocer algunos efectos de los «matrimonios informes». 3.1. El matrimonio contraído a distancia (Ley del Tercer *Reich* del 17.10.1942). 3.2. *AHK-Gesetz* n.º 23 sobre los matrimonios de las personas secuestradas y de los refugiados. 3.3. Ley Federal del 23.6.1950 sobre el reconocimiento de «matrimonios libres» de los perseguidos por razones raciales y políticas. 3.4. Ley Federal del 29.3.1951 sobre el reconocimiento de matrimonios posteriores a la muerte de un cónyuge. 3.4.1. Un caso reciente. 3.4.2. El ordenamiento español. 3.4.3. El divorcio posterior a la muerte de un cónyuge. III. EL MATRIMONIO CONTRAIDO EN FORMA RELIGIOSA ANTE EL DERECHO CIVIL ALEMÁN. 1. Introducción. 1.1. La historia y la problemática del discutido párrafo 67 PStG. 1.2. Valoración crítica del § 67 PStG. 2. ¿Existen casos de reconocimiento por parte del Estado de los matrimonios contraídos solamente en forma religiosa? 2.1. Clasificación de los matrimonios contraídos en forma religiosa. 2.2. Casos concretos de reconocimiento por parte del Estado.



INTRODUCCIÓN *

El presente trabajo aborda un tema de indudable interés internacional, aunque limitado solamente a una nación, Alemania; con él pretendemos averiguar y dar a conocer la situación jurídica de los «matrimonios informes» en la Alemania de los últimos cincuenta años.

(*) Para facilitar el conocimiento de las fuentes a los lectores no familiarizados con el Derecho alemán, proponemos un elenco de las principales abreviaturas empleadas en este trabajo:

- ABGB:** *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, Oesterreich* (Código civil de Austria) del 1.6.1811;
- AcP:** *Archiv für die civilistische Praxis*;
- AfkKR:** *Archiv für katholisches Kirchenrecht*;
- AVO:** *Ausführungsverordnung* (decreto de ejecución);
- BayObLG:** *Bayerisches Oberstes Landesgericht* (tribunal territorial superior de Baviera);
- BGB:** *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código civil alemán) del 18.8.1896 (RGL. 195);
- BGBI:** *Bundesgesetzblatt* (Recopilación de Leyes Estatales; modo de citarlo: tomo, página 12, 122).
- BGH:** *Bundesgerichtshof, in Karlsruhe* (Tribunal Supremo Federal, en Karlsruhe).
- BGHZ:** *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* (resoluciones del Tribunal Supremo Federal);
- BVerwG:** *Bundesverwaltungsgericht* (Tribunal Administrativo Supremo Federal);
- DVBl:** *Deutsches Verwaltungsblatt* (Boletín administrativo alemán);
- DVO:** *Durchführungsverordnung* (decreto de aplicación);
- EGBGB:** *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Ley de Introducción al BGB) del 18.8.1896 (RGL.604);
- EGVG:** *Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz* (Ley de Introducción a la Ley orgánica del poder judicial) del 21.1.1960 (BGBI. I, 38);
- EheG:** *Ehegesetz* (Ley de Matrimonio);
- EheG 38:** *Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschliessung und der Ehescheidung im Land Oesterreich und im übrigen Reichsgebiet* (Ley de Matrimonio del año 1938) del 6.7.1936 (RGL. I, 807);
- EheG 46:** *Ehegesetz, Kontrollratgesetz Nr. 16* (Ley de Matrimonio, Ley del Consejo de Control n.º 16) del 20.2.1946 (Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland p. 77);
- FamRZ:** *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht. Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht*;
- GBl:** *Gesetzblatt* (Boletín legislativo);



Los acontecimientos históricos de cierto relieve, como pueden calificarse los desórdenes políticos, sociales y morales de la Primera y de la Segunda Guerra Mundial, habían llevado a los países afectados por tales circunstancias a no pocas dificultades en materia de derecho matrimonial. La situación creada después de la Segunda Guerra Mundial obligó moralmente a algunos países a dictar leyes particulares sobre la regulación de la forma del matrimonio y sobre el reconocimiento de los enlaces contraídos jurídicamente en forma viciosa. Al mismo tiempo, como los tribunales de distintos niveles tenían que juzgar sobre esta materia, se produjo a la vez una abundante literatura jurídica, aunque bastante divergente.

De nuevo, en los últimos quince años, a causa de la gran movilidad de nuestra generación —sobre todo de los trabajadores euro-

- GG: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Constitución —Leyes Fundamentales— de la República Federal de Alemania) del 23.5.1949 (BGBl 1);
- GVBl: *Gesetz-und Verordnungsblatt* (Boletín de leyes y decretos);
- JZ: *Juristenzeitung*;
- MDR: *Monatsschrift für deutsches Recht*;
- NJW, NW: *Neue Juristische Wochenschrift*;
- OEAKR: *Oesterreichisches Archiv für Kirchenrecht*;
- OGH: *Oberster Gerichtshof, Wien* (Tribunal Supremo, Viena);
- OLG: *Oberlandesgericht* (Tribunal territorial superior);
- PStG: *Personenstandsgesetz = Reichsstandsgesetz* (Ley del estado civil de las personas) del 6.2.1875;
- Reg. Bl: *Regierungsblatt* (Boletín gubernativo);
- RGBl: *Reichsgesetzblatt* (Recopilación de Leyes del Reich);
- StAZ: *Das Standesamt. Zeitschrift für Standesamtswesen*;
- StGB: *Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich* (Código penal del Reich alemán) del 15.5.1871 (RGBl., 127);
- VGH: *Verwaltungsgerichtshof* (Tribunal Administrativo Supremo);
- VGO: *Verwaltungsgerichtsordnung* (reglamento de la administración judicial);
- VO: *Verordnung* (ordenanza, decreto);
- VOBl: *Verordnungsblatt* (Boletín de ordenanzas);
- WPStVO = *Personenstandsverordnung der Wehrmacht* (disposiciones sobre el estado civil de las personas pertenecientes al ejército, del 17.10.1942 (RGBl. I, 597);
- WStVO: *el estado civil de las personas pertenecientes al ejército, del 17.10.1942 (RGBl. I, 597);*
- ZPO: *Zivilprozessordnung* (Ley de Enjuiciamiento civil);
- § *Párrafo, Parágrafo.*

peos—, se ha vuelto a presentar en estos países el tema de la regulación de la forma jurídica exigida para la validez de la celebración conyugal. Por estos y otros motivos estimamos que el estudio de los *matrimonios informes* es uno de los problemas jurídico-prácticos más candentes que tiene planteada la sociedad nacional y universal; quizá el más grande de la práctica jurídica internacional de nuestros días.

Es de todos sabido —por Derecho Canónico o por Derecho comparado— que existían (por ejemplo en el ámbito del Derecho Canónico hasta el Concilio de Trento) y existen, admitidos por algunos ordenamientos estatales, matrimonios válidos sin forma jurídica. Las nociones de «uniones contraídas por el mero consentimiento» (*nudo consensu*), «uniones de hecho» y «matrimonios rusos de hecho», son instituciones reglamentadas por los ordenamientos civiles del Common-law (sobre todo en los Estados Unidos), de Hispano-América y de Rusia, respectivamente. Sin embargo, es conocido de pocos que la institución del *matrimonio informe* —con la enorme problemática que conlleva y que cada vez agita emocionalmente a los interesados— tenía y tiene también relevancia en el Derecho alemán.

El concepto de *matrimonio informe* (o, lo que es lo mismo, un enlace contraído sin forma) surge a partir del Concilio de Trento, que exige una *forma jurídica sustancial* para los matrimonios canónicos.

Hasta el Concilio de Trento existían y eran válidos los matrimonios contraídos por el mero consentimiento de los contrayentes, sin la participación de ningún órgano ni autoridad eclesiástica. Durante el Concilio Ecuménico (1545-1563), los Padres Conciliares regularon la forma de la celebración del matrimonio. Así el Concilio Tridentino estableció en 1563 —por medio del Decreto *Tametsi*— como forma necesaria para la validez de la celebración matrimonial la declaración del consentimiento por parte de los contrayentes *ante el párroco y dos o tres testigos*. Toda unión conyugal que no se celebre en dicha forma se considera como unión clandestina, y se trata —a partir de ese momento— de una unión inválida. El Concilio de Trento había con ello introducido en la legislación canónica una *forma sustancial*, es decir, una forma —la de la declaración y recepción del consentimiento de los prometidos— que constituye un elemento esencial para que se perfeccione el contrato y el sacramento del matrimonio, de tal modo que, si falta esta forma, faltará una pieza clave para su constitución y, en consecuencia, no surgirá el vínculo conyugal.

La celebración del matrimonio —no solamente para el orde-



namiento canónico, sino también para el secular¹— había sufrido un cambio fundamental; el mero acto consensual (*consensus facit nuptias*) se había convertido en un acto formal «*sui generis*», en cuanto que su eficacia depende de unas circunstancias que están sustraídas de la esfera de la voluntad de los contrayentes, es decir, depende ahora de la colaboración del párroco y los testigos.

El objetivo principal, que intentamos conseguir en el presente trabajo, es facilitar la información sobre el régimen de los *matrimonios informes* en el Derecho alemán.

Se trata de un estudio jurídico. Pero las normas jurídicas se entrecruzan y enlazan con los acontecimientos político-sociales de la época en que se producen. Y por esta razón, también hemos intentado recordar al lector, el contexto socio-político que acompaña a la normativa estudiada.

La transcripción de fuentes o textos originales se hace utilizando el doble entrecomillado («...»); cuando, al citar, se ofrece la traducción castellana del texto o la fuente original, se transcribe entre comillas simples ('...').

I. DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO MATRIMONIAL CIVIL EN ALEMANIA. TERMINOLOGÍA EN TORNO AL CONCEPTO DE «MATRIMONIO INFORME».

1. *Desarrollo histórico del Derecho Matrimonial Civil en la legislación alemana.*

1.1. *Anterior a la Segunda Guerra Mundial.*

Acabada la guerra de los 30 años y establecida la Paz de Westfalia en 1648², Alemania se convirtió en Imperio («Reich») de una federación de Estados soberanos, que reglamentaba su cooperación a través de la llamada «Dieta imperial permanente» de Ratisbona. Su principal interés era mantener la paz religiosa y los poderes del control central del emperador. Los distintos estados soberanos

1. Según G. F. JOYCE, *Christliche Ehe*, Leipzig, 1934, p. 122, 'las dudas sobre la validez del vínculo conyugal (también del civil) se resolvieron en sede de tribunales eclesiásticos'.

2. Cfr., para la situación anterior a la paz de Westfalia, H. BRUNNER y C. v. SCHWERIN, *Historia del Derecho Germánico*, Barcelona, 1936, pp. 224-229.



(«Länder») gozaban de plena libertad e independencia en el ámbito legislativo y jurisdiccional. Así se entiende que algunos de estos «Länder» redactaran códigos propios, en los cuales se regulaba el Derecho privado; en Baviera se publicó, en 1756, el *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*; en Prusia, en 1794, el «Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten» (derecho federal general para los Estados de Prusia); y ya muy tarde, para Sajonia, en 1863, el «Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen» (Código Civil para el reino de Sajonia).

En 1871, el Rey de Prusia fue proclamado en Versalles emperador de todo el imperio alemán. Con ello empieza el período de la unificación de las diversas legislaciones de los «Länder». Debido a un cambio de la Constitución, el Imperio asumió en 1873 la competencia exclusiva de todo el Derecho Civil; es entonces cuando se sustituyen las codificaciones existentes en cada uno de los estados, territorialmente reducidos, por regulaciones unitarias más ricas, con mayores ámbitos jurídicos. Así surgen para todo el *Reich* alemán, por ejemplo, el Código Penal y en 1877 la Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales.

En 1874 se produce un hecho importantísimo en el campo legislativo de Alemania: por vez primera en territorio alemán se introdujo —por causas de índole más bien políticas: estaban todavía latentes las controversias entre soberanos protestantes y católicos— en Prusia, por medio de la Ley del 9 de marzo de 1874, el matrimonio civil obligatorio³. Escasamente un año más tarde —por la *Reichstandsgesetz* (Ley del *Reich* sobre el estado de la persona) del 6 de febrero de 1875— se introdujo dicha legislación en todo el

3. Como dato de cierto interés histórico recogemos las investigaciones de S. SIMITIS, en «AcP», 159 (1960/61), p. 378 y de E. FRIEDBERG, en *Recht der Eheschliessung*, Leipzig, 1867, p. 481, que afirman que el fenómeno de contraer matrimonio civilmente se había producido por vez primera en las provincias de Holanda y de Frisia del Oeste en el año 1580. El motivo para introducir dicha forma era —siguiendo la opinión de los dos autores— conseguir para la población católica del país —que entonces era perseguida— la posibilidad de contraer matrimonio (con efectos públicos).

Cabe mencionar que la legislación en Alemania difiere un tanto de lo dispuesto en España. Como es sabido, la ley provisional del matrimonio civil del 18 de junio de 1870, se promulga en España como consecuencia de la Constitución de 1869. Esta ley estableció el sistema de matrimonio civil obligatorio, pero éste era un matrimonio indisoluble y no se admitía el divorcio. El *Reichstandsgesetz* del 6.2.1875 había unificado la legislación de los múltiples estados dentro del territorio alemán y había dispuesto que el matrimonio civil obligatorio podía ser disuelto (Cfr. H. LEHMANN-HENRICH, *Deutsches Familienrecht*, 4. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin 1967).



*Reich*⁴. Con ello se terminó la competencia de la Iglesia en materia matrimonial ejercida durante muchos siglos. El Estado sustituye de esta manera la forma jurídica prescrita para celebrar matrimonio, por una forma civil. Así, el matrimonio civil obligatorio, que para muchos es considerado como un «éxito» de la Revolución francesa⁵ consiguió entrar en la legislación alemana.

El «*Deutsche Bürgerliche Gesetzbuch*» —denominado en el lenguaje de los juristas como BGB— se promulgó justamente con la Ley Introdutoria (EGBGB) el día 18 de agosto de 1896. En el mismo EGBGB se determinó en su Artículo 1.º que el BGB tenía que entrar en vigor el día 1 de enero de 1900. Es en esta fecha, en efecto, cuando entra en vigor el BGB en todo el territorio del «*Kaiserreich*» (Imperio), por el que sigue implantado el sistema de matrimonio civil obligatorio.

El Derecho familiar del BGB es una parte autónoma del Derecho privado alemán, y está codificado como Libro IV, precedido de una parte general, del derecho de obligaciones y del derecho de cosas. Esta sistemática —desconocida por otros ordenamientos civiles—, que está influida por la doctrina jurídica de los pandectistas —entonces muy arraigada en el ámbito jurídico alemán—, adaptó la separación tajante de las diversas ramas del derecho. El autor principal del BGB es, sobre todo, el jurista Gottlieb Planck⁶.

Las normas del Derecho familiar del BGB reflejan el peculiar individualismo vigente en el tiempo de la codificación. Por ello, el famoso jurista alemán Doelle, en un análisis crítico del Derecho familiar, dice: 'En el fondo, el derecho familiar alemán no es una regulación de la familia, sino más bien un sistema, más o menos completo, de las relaciones individuales entre los componentes de la familia'⁷. Estos se tratan entre sí como personas que se encuentran en el mismo nivel jurídico.

En el año 1919, el pueblo alemán tuvo una nueva Constitución,

4. Cfr. R. RITTER VON SCHERER, *Handbuch des Kirchenrechts*, tomo I, Graz, 1885, p. 97.

5. La idea del matrimonio civil obligatorio como forma adecuada para todos los ciudadanos —sin ninguna excepción— fue, por primera vez, puesta en práctica por Francia en 1792: «Le mariage será célébré publiquement devant l'officier civil du domicile de l'une des deux parties» (art. 165 del Código civil).

6. Cfr. un artículo que trata de la relación entre el BGB y la doctrina de los pandectistas, G. ISELE, *Ein halbes Jahrhundert deutsches bürgerliches Gesetzbuch*, en «AcP» 150 (1948/49), p. 1-18.

7. H. DOELLE, *Familienrecht*, Karlsruhe, 1964, p. 10.



la Constitución de «Weimar»; con ello Alemania se convirtió en una República en la que el poder estatal partía del pueblo. En lugar del *Kaiser* había un Presidente electo del *Reich*. La organización judicial subsistió esencialmente inalterada. En los tres primeros decenios desde su entrada en vigor, el BGB no cambió nada sustancial en la parte referente a la familia. La Constitución de «Weimar» formuló en su art. 119 una protección particular⁸ del matrimonio, y en el art. 121 estableció un régimen más favorable para los hijos ilegítimos.

La República de Weimar desapareció en enero de 1933, al llegar al poder Hitler y los nacionalsocialistas. No regía ya la libertad del ciudadano. El Gobierno tuvo influencia sobre la legislación y la administración de la Justicia. El legislador nacionalsocialista cambió también el Derecho de familia. El 6 de junio de 1938 se promulgó el «Ehegesetz» (Ley de matrimonio) —en sigla EheG 38—, que reguló todo el derecho de la celebración del matrimonio y su separación (divorcio). Es característico de la EheG 38 que el legislador imprimió en ella su espíritu ideológico: nos encontramos con los postulados de la separación de razas y la lucha contra los judíos; están presentes sus conceptos sobre la protección de la sanidad del pueblo y su ideología de la primacía del bien común sobre el bien individual. Durante el tiempo del régimen nazi, nos encontramos con otras leyes y disposiciones sobre el Derecho familiar, que nos llevaría muy lejos si las estudiáramos detalladamente⁹.

1.2. *Situación posterior a la Segunda Guerra Mundial.*

La Segunda Guerra Mundial, y con ello el régimen de Hitler, terminó en mayo de 1945 con el derrumbamiento absoluto de Alemania; quedó sepultada por cierto tiempo toda actividad estatal y, por supuesto, la desempeñada por los órganos judiciales alema-

8. El art. 119 de la Constitución Weimar (que según H. DOELLE, *Familienrecht*, o.c., p. 26, fue la primera Constitución europea que recoge una norma de tal índole) declaró el matrimonio como fundamento de la vida familiar y del aumento y mantenimiento de la nación, y por ello puso el matrimonio bajo la protección particular de la Constitución. Esto se hizo por aquel entonces conscientemente y con una actitud intencionada de rechazo de las ideas comunistas, que proliferaban al final de los años veinte en algunos círculos de la sociedad alemana.

9. Un estudio detallado sobre las leyes de este tiempo se puede encontrar en H. DOELLE, *Familienrecht*, o.c., pp. 13 ss.



nes. Alemania fue dividida en cuatro «Zonas de Ocupación» en las cuales las potencias aliadas asumieron todas las funciones públicas.

A pesar de todo, en 1946, comienza una etapa con muchos cambios y leyes nuevas dentro de la materia del Derecho familiar¹⁰.

El Consejo Aliado de Control —el poder soberano de entonces—, en su Ley n.º 16, reformuló el derecho de la celebración y cesación de matrimonio, y estableció su entrada en vigor en todo el territorio de la Alemania ocupada a partir del 1 de marzo de 1946. Esta Ley de Matrimonio —en sigla EheG 46— no aporta un concepto o sistemática totalmente diferente, sino que el legislador se limitó a desnazificar la EheG 38, es decir, a suprimir todas las prescripciones de índole nacionalsocialista; en todo lo demás, la EheG es casi una copia textual de la legislación anterior (EheG 38). La única innovación que introdujo esta legislación fue en el tema del divorcio, en cuanto prevé la consideración de los intereses de los hijos. La relación de la ley del 46 con el BGB es semejante a la EheG 38 con la legislación del BGB. Por ello se suele calificar al EheG 46 como «una ley de matrimonio antigua pero renovada».

La EheG 46 no contiene disposiciones transitorias; así, sus prescripciones son aplicables, a partir del 1 de marzo de 1946, también a los matrimonios contraídos anteriormente. Por ello es evidente que la declaración de nulidad de un matrimonio, que hubiese sido contraído antes de la entrada en vigor de esas nuevas disposiciones, ahora sólo podrá hacerse conforme a las disposiciones de la Ley del 46; lo mismo sucede respecto a una dispensa posterior de impedimentos matrimoniales.

El § 29 EheG 38 preveía el supuesto de una causa de nulidad en el caso de no poseer la nacionalidad alemana; esta causa de nulidad ha desaparecido con el EheG 46. Sin embargo, si el matrimonio había sido declarado nulo antes de que entrase en vigor el EheG 46, dicho matrimonio permanecería nulo. La legislación de la EheG 46 es la que hoy en día está en gran parte vigente. Lo que sí ha hecho el legislador alemán ha sido reformar algún aspecto de dicha legislación.

Con la Ley de 21-4-47, el legislador ha introducido —para responder mejor a la situación de la Alemania de la postguerra— en la EheG 46 un párrafo (el § 15a) regulando la celebración de los matrimonios entre extranjeros en el territorio de Alemania.

10. Dan una buena visión de conjunto de las leyes a partir de entonces los libros siguientes: G. BEITZKE, *Familienrecht*, München, 1976 y el *BGB*, München, 1977.



Con la entrada en vigor de la *Grundgesetz* (Ley Fundamental del 23-5-1949), sobre todo en lo que se dispone sobre la plena equiparación jurídica entre el varón y la mujer, tenía que cambiar este aspecto en la Ley de Matrimonio. Así, el 18-6-1957, se promulgó y entró en vigor la legislación sobre la equiparación del varón y la mujer (en sigla: GleichG). Con fecha de 11-8-1961 entró en vigor la «Familienrechtsänderungsgesetz» —una ley importantísima (en sigla: FamRändG)— que reformó y simplificó algunas disposiciones matrimoniales, como por ejemplo sobre la ilegitimidad de los hijos, sobre la adopción, la tutela, etc.¹¹

La Ley Fundamental en su GG Art. 6 V había encargado al legislador reformar las normas acerca de los hijos ilegítimos, puesto que la Ley Fundamental en su artículo 6 V GG dice: «A los hijos ilegítimos han de proporcionárseles por la legislación, para su desarrollo corporal y espiritual y para su situación en la sociedad, las mismas condiciones que a los hijos legítimos». Por ello el legislador modificó enteramente la posición y los derechos de los hijos ilegítimos y, por eso, tuvo que derogar y modificar bastantes leyes del BGB. La nueva legislación fue promulgada el 19 de agosto de 1969 y entró en vigor el 1 de julio de 1970.

El *Bundestag* ratificó, con fecha de 31 de julio de 1974, la nueva regulación de mayoría de edad y de capacidad para el matrimonio; ambas disposiciones han entrado en vigor a partir del 1 de enero de 1975. La mayoría de edad se alcanza, para ambos sexos, al cumplir los 18 años —con anterioridad fijada en los 21 años—; la citada regulación puede encontrarse en el § 2 del BGB. En cuanto a la capacidad para contraer matrimonio se fijó, para ambos sexos, en los dieciocho años (así lo dice el § 1, párrafo 1 de la EheG 46); pero el Tribunal de Tutelas puede dispensar de esa edad si el solicitante (tanto si es varón como mujer) ha cumplido dieciséis años y su futuro cónyuge es mayor de edad (18 años): así reza el § 1, párrafo 2 de la EheG 46, después de la modificación.

La última etapa dentro de este desenvolvimiento del Derecho matrimonial, por lo menos hasta ahora, había sido iniciada por la votación —dentro del órgano legislativo, el *Bundestag*— y la siguiente promulgación de la Ley Federal con fecha 14-6-1976¹² que lleva el título «Erstes Gesetz zur Reform des Ehe— und Familien-

11. Conviene recordar que esta ley (FamRändG 61) amplió los supuestos de causas de divorcio, establecido ya desde la entrada en vigor del BGB, y creó el concepto de divorcio por «cesación de la comunidad doméstica».

12. Promulgada en BGBl. I, 1421.



rechts» (1.ª ley sobre la reforma del derecho matrimonial y familiar), en sigla 1. EheRG¹³.

Este nuevo régimen es de gran relevancia y se le puede fácilmente equiparar con las otras grandes reformas matrimoniales de 1938 y de 1946, por su importancia y su extensión.

Dentro de esta reforma que entró en vigor en su totalidad a partir del 1-7-1977, se encuentra una parte que se refiere a los apellidos de los matrimonios. Dicha innovación —la regulación del apellido matrimonial— se entiende comúnmente como otra de las exigencias derivadas de la equiparación de los sexos, sancionada por el art. 3 II GG. El legislador vio la conveniencia de incluirlo dentro de este conjunto de leyes reformadas. En concreto se modificó el párrafo 1.355 II y se determinó que los cónyuges pueden durante la celebración del matrimonio elegir, a través de una declaración hecha al funcionario del Estado, como apellido unitario del matrimonio, entre el apellido de nacimiento del marido y el de la esposa. Si no toman ninguna decisión el apellido unitario del matrimonio es el apellido de nacimiento del marido. La disposición, en cuanto a la materia de apellidos se refiere, entró en vigor el 1-7-1976.

La parte de mayor relevancia es, sin embargo, la parte dispositiva sobre la disolución del matrimonio civil; por ello se entiende que, tanto por parte de la doctrina jurídica como del hombre de la calle, la reforma de 1977 sea conocida bajo el nombre de «Ehescheidungsrechtsreform» («reforma del derecho de divorcio») ¹⁴.

La 1. EheRG que no trata exclusivamente de la disolución del enlace, transformó en sus principios el derecho de divorcio.

13. F. W. BOSCH glosa críticamente el propio título de esta ley de reforma en su publicación: *Die Neuordnung des Eherechts ab 1. Juli 1977*, en «FamRZ» (1977), pp. 569-582. Comenta en la página 569 que si se hace un cálculo de verdad, a partir de los años veinte, sobre el número de las modificaciones del derecho matrimonial se llega a 14 modificaciones anteriores, y dice a continuación el autor: «nosotros, en absoluto somos los primeros reformadores, pero resulta característico para la actualidad contemporánea que sus presuntuosos locutores pretendan realizar como «primeros» una auténtica reforma de la temática («eine echte Neuordnung»).

14. Cfr. G. BEITZKE en *Familienrecht*, o.c., p. 10, quien cualifica dicha reforma como «umstrittene Scheidungsreform» ('la reforma muy discutida del derecho divorcista'). También hoy día sigue la polémica por parte de los políticos alemanes en torno a dicha reforma, así acaba de salir una noticia de F. J. STRAUSS —el jefe de la CSU— en *Die Welt*, 13 de enero de 1978 titulado «*Reiner Blödsinn*», en la página primera de este periódico, en la cual el político se empeña en volver a reformar la 1.ª EheRG.

Dentro de la reforma del 1. EheRG se encuentra la creación de unos tribunales especializados que tratan exclusivamente asuntos matrimoniales: los tribunales familiares («Famliengerichte»).

Además se ha derogado un impedimento matrimonial dirimente —el anterior § 22 EheG— que prohibía el matrimonio entre adúlteros. Junto con ello se modificaron las relaciones jurídicas del parentesco y de la afinidad (el § 4 EheG).

Al § 1.353 anterior se añadió la siguiente frase corta, pero de cierto peso: «El matrimonio se contrae para toda la vida»¹⁵. Volveremos más tarde sobre dicha afirmación, que si se toma sola tendría un valor enorme, pero en una visión de conjunto de toda la reforma y la praxis muestra su poca importancia.

Se ha regulado de nuevo totalmente —y quizás para acomodarse a la situación de hecho en Alemania¹⁶— la administración del hogar, el § 1.356. La obligación que antes recaía sobre la mujer de trabajar para el marido, en el hogar —como ámbito única y típicamente desempeñado por la mujer— o en los negocios de éste, se ha suprimido y reformado en el sentido de que ahora afecta a ambos cónyuges por igual dicho derecho-deber.

Ahora se dice en el § 1.356 BGB:

- 1) «Los cónyuges disponen de la administración de su hogar de común acuerdo. Si se encarga de la administración de la casa uno de los esposos, es éste quien lleva la casa bajo su personal responsabilidad.
- 2) Ambos cónyuges pueden dedicarse al ejercicio de un trabajo remunerativo. A la hora de elegir un trabajo y en el momento de ejercerlo deben tener en cuenta, sin embargo, las necesidades del otro cónyuge y de toda la familia»¹⁷.

15. La versión original del § 1.353 dice así: «Die Ehe wird auf Lebenszeit geschlossen».

16. La revista «FamRZ» (1976), en la página 482 publica algunos datos estadísticos sobre Alemania, utilizando como fuente el «Statistische Jahrbuch der Bundesrepublik Deutschland». Según dicha fuente en el año 1971 había en Alemania un 32,2 % de mujeres casadas que ejercían un trabajo remunerado. En el año 1974 esta cifra subió a un 38,2 % (que significa 5,84 millones de personas); por el contrario en 1950 había solamente 25 % (es decir, 2,76 millones de mujeres).

17. El texto alemán reza así:

§ 1.356 (1) «Die Ehegatten regeln die Haushaltsführung in gegenseitigem Einvernehmen. Ist die Haushaltsführung einem der Ehegatten überlassen, so leitet dieser den Haushalt in eigener Verantwortung». (2) Beide Ehegatten sind



La gran parte de esta nueva legislación se refiere al divorcio civil vincular. El cambio radical que aquí se ha producido es, por un lado, la enorme facilidad legal que se concede a los solicitantes del divorcio y por otro lado el cambio en cuanto a las causas alegables y decisivas para una acción de divorcio: la nueva legislación substituye el principio anterior de la culpabilidad por el principio de relajamiento de relaciones matrimoniales.

Citaremos solamente el supuesto, tal vez, más llamativo de la actual regulación, que está recogido por el § 1.566 BGB.

§ 1.566 (*Presunciones sobre la relajación*)

- '1) Se presume *iuris et de iure* que el matrimonio ha fracasado, si los cónyuges viven por separado desde hace un año y ambos esposos solicitan el divorcio, o si el opositor consiente en el divorcio'¹⁸.

Pero no vamos a entrar aquí en un estudio pormenorizado de la Ley sobre la reforma del derecho matrimonial y familiar, puesto que éste no es el lugar apropiado para hacerlo. Nos interesa solamente descubrir la relación con el tema de nuestra investigación y además, en segundo lugar, llamar la atención y el interés científico sobre dicha legislación, hasta hoy en día muy poco conocida por la doctrina de habla castellana.

Lo que el legislador alemán intentó y tal vez logró —a nuestro modo de enjuiciar la situación actual— con dicha nueva legislación, se refiere sobre todo a dos objetivos¹⁹.

- a) Poner en tela de juicio un elemento fundamental del derecho matrimonial, la indisolubilidad. Esto lo está realizando a través de las grandes facilidades para divorciarse. A pesar de la

berechtigt, erwerbstätig zu sein. Bei der Wahl und Ausführung einer Erwerbstätigkeit haben sie auf die Belange des anderen Ehegatten und die Familie die gebotene Rücksicht zu nehmen».

18. Dice el § 1.566: (*Zerrüttungsvermutungen*).

«(1) Es wird unwiderlegbar vermutet, dass die Ehe gescheitert ist, wenn die Ehegatten seit einem Jahr getrennt leben und beide Ehegatten die Scheidung beantragen oder der Antragsgegner der Scheidung zustimmt».

19. La transformación del Derecho matrimonial que se está intentando llevar a cabo, se puede calificar en cierto modo de «descomposición». El conocido jurista alemán M. Wolff había ya, hace muchos años, calificado la historia de la familia como la «historia de su descomposición». Hay numerosos indicios de que se ha caminado con rapidez en esa dirección. Cfr. T. KIPP y M. WOLFF, *Derecho de familia*, vol. I, p. 2.

introducción de la frase ya citada: 'El matrimonio se contrae para toda la vida', dicha afirmación tiene únicamente carácter programático²⁰ y no refleja en absoluto —sino que está en plena contradicción— el contenido de la parte restante de la normativa.

b) Una liberalización de la parte general del derecho matrimonial. De acuerdo con la nueva regulación matrimonial, es casi imposible conceptualizar objetivamente la naturaleza del matrimonio. Parece ser, al contrario, que ya no existe ningún contenido estable y seguro del matrimonio, que merezca protección y tutela por parte del derecho civil: se intenta presentar la sustancia del matrimonio como algo amorfo y disponible, capaz de recoger o de recibir en sí cualquier opinión ideológica, de acuerdo con el pluralismo jurídico-social, aquella «enfermedad del siglo XX».

Las leyes especiales que hacen referencia a la situación concreta de la posguerra, es decir, las leyes sobre la presunción de muerte, sobre los matrimonios contraídos a distancia, el reconocimiento de los «matrimonios libres» de los perseguidos por razón de raza o motivos políticos, y sobre el reconocimiento de matrimonios posteriores a la muerte —que en parte son leyes de los *Länder* y en parte leyes federales— las veremos más detalladamente en el capítulo II.

2. Los matrimonios informes.

2.1. Introducción.

La distinción entre «Nichtehe» (*matrimonium non existens*) y «nichtige Ehe» (*matrimonium nullum*)²¹ es considerada en el Derecho alemán como un elemento clave. Su neta distinción es fundamental, y su no observación puede acarrear grandes problemas, tanto porque hoy en día su concepto no es común en todos los demás ordenamientos civiles extranjeros, como porque a veces surgen problemas sobre la verdadera delimitación y alcance de los dos conceptos.

20. Cfr. H. HOLZHAUER que ofrece un amplio comentario al nuevo § 1.356 en su publicación, *Auslegungsprobleme des neuen Eherechts*, en «JZ», 1977, pp. 729-737, en concreto vid. p. 729.

21. Según BETTI la distinción entre «*matrimonium nullum*» y «*matrimonium non existens*» proviene de la elaboración del Derecho Canónico. Cfr. E. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, s.a., p. 353.



En el Derecho Matrimonial alemán sigue en vigor (desde su implantación por el BGB) y sigue siendo efectiva, por lo menos hasta ahora, esta distinción entre «Nichtehe» ('matrimonio inexistente') y el 'matrimonio nulo', aunque este último debería ser llamado, más acertadamente, 'matrimonio anulable', puesto que es considerado y goza de los efectos matrimoniales hasta la declaración de nulidad.

Un supuesto de matrimonio anulable se produce por ejemplo en el caso de bigamia.

El matrimonio inexistente se da solamente en los casos en que la ley lo determina expresamente y se reduce a los dos supuestos siguientes:

a) Cuando dos personas del mismo sexo contraen «matrimonio»; por ejemplo, en el caso de que dos varones contraigan «matrimonio» engañando al funcionario civil y éste lo inscriba en el Registro Civil.

b) Cuando un matrimonio no se celebra ante un funcionario civil (cfr. § 11 EheG).

En estos supuestos tenemos el fenómeno del «no-matrimonio»; es decir, no surge ninguna relación jurídica entre los consortes. En este caso no es necesario, ni siquiera posible, una declaración jurídica de nulidad; este matrimonio para el Derecho y para el legislador no existe. Son enormes las consecuencias que esta tajante determinación lleva consigo para las personas afectadas por dichos supuestos.

2.2. Terminología.

Si se comparan los diferentes ordenamientos civiles y sus preceptos sobre el modo de contraer el matrimonio, se observará que hoy en día existen muy pocos países que —como era normal en el período pretridentino— acepten el consentimiento emitido sin forma substancial por los esposos, o que a pesar de las disposiciones obligatorias de estos ordenamientos civiles, el legislador conceda efectos matrimoniales de carácter ilimitado al supuesto de mera convivencia de hecho como cónyuges.

El concepto del matrimonio informe (o, lo que es lo mismo, matrimonio sin forma) surge a partir del Concilio de Trento, que lo determina tajantemente para el ámbito canónico; en el campo de los ordenamientos civiles se introduce a partir de que éstos —por influjo directo o indirecto del Derecho Canónico— acogen la forma sustancial, y especialmente desde que algunos ordenamientos estatales implantan un sistema de matrimonio civil obligatorio.

Una definición legal del concepto «matrimonio informe» no existe en el Derecho Matrimonial alemán. Sin embargo, es fácil de describir el matrimonio informe partiendo de las leyes matrimoniales: el matrimonio informe es aquél que se constituye como matrimonio sin forma sustancial alguna, o con un defecto de forma tan grave que equivale a un matrimonio contraído sin forma.

Tomando como base y punto de partida la Ley de Matrimonio, se entiende como matrimonio informe todo matrimonio que no se ha celebrado conforme al § 11 EheG, que regula precisamente la celebración del matrimonio y que determina que un matrimonio 'solamente se contrae, cuando la celebración del mismo tiene lugar ante un funcionario del Estado'²².

El supuesto del matrimonio informe, desde la perspectiva del legislador civil, abarca todos los casos de matrimonio contraídos solamente en forma religiosa, los matrimonios con defecto de forma —ya que la forma prescrita es requisito obligatorio e indispensable para el «nacimiento» del matrimonio— y los matrimonios contraídos sin forma alguna. Los elementos constituyentes para que se dé el supuesto de un matrimonio informe, que permiten su neta delimitación de otras uniones conyugales, son los siguientes:

1) Un matrimonio celebrado entre un varón y una mujer capaces de contraerlo. Es decir, que no exista ningún impedimento fundamental (dirimente, si usamos el término canónico), como por ejemplo suficiente edad, o ningún impedimento de ligamen o impotencia.

2) El libre y mutuo consentimiento de los dos contrayentes para contraer matrimonio. Este consentimiento debe pronunciarse en presencia de algunos testigos (como pueden ser parientes, amigos, sacerdote, etc.), o en caso excepcional debe existir por lo menos una expresión clara del consentimiento hecho ante el otro cónyuge;

22. § 11 EheG (*Celebración de matrimonio*).

(I) «Solamente se contrae matrimonio, cuando la celebración del mismo tiene lugar ante un funcionario del Estado.

(II) Se considera también funcionario del Estado, según el sentido de (I), quien sin serlo específicamente, ejerce públicamente la función propia del mismo, y ha registrado el enlace matrimonial en el libro de familia».

§ 11 EheG (*Eheschliessung*).

(1) «Eine Ehe kommt nur zustande, wenn die Eheschliessung vor einem Standesbeamten stattgefunden hat.

(2) Als Standesbeamter im Sinne des Absatzes 1 gilt auch, wer, ohne Standesbeamter zu sein, das Amt eines Standesbeamten öffentlich ausübt und die Ehe in das Familienbuch eingetragen hat».



es decir, es imprescindible una fecha o momento determinado a partir del cual los dos consortes se consideran como esposo y esposa.

3) Una mutua aceptación como esposos y, lo que es igual, entregarse como esposo y esposa a título jurídico. La unión conyugal se constituye como un vínculo jurídico.

Una unión conyugal que esté formada por estos tres elementos y que no se hubiera celebrado según la forma sustancial legal cae bajo el concepto de matrimonio informe.

El matrimonio informe, en sentido propio, es aquél que posee los tres elementos constituyentes, pero que ha sido contraído sin forma alguna, ni civil ni religiosa.

El matrimonio informe, en sentido impropio, es aquél que está equipado de los tres elementos y que ha sido contraído en su día según la forma legal prescrita, pero que, sin embargo, por alguna causa (el caso de forma viciosa) no puede desempeñar su función. Este es el caso que se ha dado y que puede repetirse con frecuencia; por ejemplo, en el supuesto de que un funcionario civil hubiera recibido la declaración de voluntad de los esposos, pero que después hubiera olvidado la inscripción de este matrimonio en el Registro Civil. Los dos contrayentes se sienten, con toda razón, legalmente casados y viven una vida conyugal; sin embargo, en cualquier momento, el Fiscal o el mismo funcionario civil les pueden advertir que por descuido de un tercero (del mismo funcionario en este caso) los dos no están casados ante la ley.

Dentro del concepto de matrimonio informe incluimos también dos casos que difieren un tanto de los anteriores.

El supuesto de los matrimonios regulado por la «Ley Federal del 29-3-1951 sobre el reconocimiento de matrimonios posteriores a la muerte». Es el caso de la equiparación de dichas uniones a los enlaces civiles en cuanto que la legislación concede a dichos contrayentes algunos efectos jurídico-matrimoniales. Consideramos razonable y justificado la inclusión de dicho matrimonio en la categoría de matrimonio informe puesto que, para su declaración oficial como matrimonio, se necesita la alegación de la voluntad de los dos novios de contraer matrimonio y que no pudo ser revocada hasta la muerte de uno de los dos²³.

Como segundo caso particular —y no de menor interés— vamos

23. Dichos matrimonios reciben en algunos ordenamientos estatales el nombre de «matrimonios perfeccionados por la ley», expresión utilizada por algún autor español (cfr. J. PERE RALUY, *Derecho del Registro Civil*, II, Madrid, 1962, pág. 744).



a incluir dentro del género de matrimonio informe el contraído solamente en forma religiosa. El Derecho Matrimonial alemán ha establecido desde su entrada en vigor (6-2-1875) el sistema de matrimonio civil obligatorio y no da ningún reconocimiento a los matrimonios celebrados conforme a la forma religiosa. Se ve claramente que éste constituye un supuesto especial, dado que se trata de un matrimonio contraído conforme a unas formas prescritas —normalmente muy rígidas y solemnes— pero que no son civiles. Los matrimonios religiosos que gozan de pleno reconocimiento en países con sistemas matrimoniales facultativos (se pueden celebrar matrimonios religiosos y el Estado los reconoce plenamente) y que gozan, por supuesto, de plenos derechos y tutela del ordenamiento religioso, han sido más frecuentes en Alemania en los últimos quince años, por razón de la gran movilidad de los obreros en Europa.

Este supuesto concreto de matrimonio informe lo denominaremos, a veces, en los capítulos siguientes y para distinguirlo de los demás tipos, como matrimonio informe en forma religiosa.

2.3. *Distinción esencial entre matrimonio informe y concubinato.*

Las uniones concubinarias —y la problemática que conllevan— son indudablemente tan antiguas como la misma humanidad, y han dejado sus secuelas jurídicas ya desde el Derecho Romano, del cual derivan también las nociones de «*connubium*» y «*concubinatus*».

Pero hay que resaltar una vez más que esta institución en esos tiempos era muy diferente de lo que hoy entendemos normalmente por concubinato.

Las leyes romanas permitían el matrimonio legal solamente entre los «*cives romani*». Esto hay que entenderlo en el contexto de la estructura estamental tan rígidamente establecida entonces. Así, las uniones matrimoniales entre libres («*liberti*») y siervos («*servi*») por un lado, y de los siervos entre sí por otro, tenían el nombre de «*contubernium*»²⁴. Sin embargo, la noción más clásica del concubinato se restringía sobre todo a las uniones entre «*ingenui*» y «*liberti*» o también con mujeres descendientes de una clase baja (por ejemplo, plebeya). El concubinato era, por tanto, para dichos grupos de per-

24. Paulus, *Sententiae* II, 19, 6: «*Inter servos et liberos matrimonium contrahi non potest*».



sonas, la única forma legítima y establecida de convivencia entre varón y mujer²⁵.

Con el transcurso del tiempo —y sobre todo, recientemente, apoyándose en algunos ordenamientos civiles²⁶— nos encontramos frecuentemente con normas jurídicas acerca del concubinato. Así, Gabriel García Cantero recoge del Derecho francés la noción del concubinato «como la existencia de relaciones sexuales con carácter habitual entre un hombre y una mujer no unidos en matrimonio».

El jurista alemán Baumann definió en los años cuarenta el concepto de concubinato «como una unión de vida semejante al matrimonio que se establece sin guardar las formas prescritas para la celebración o ruptura del matrimonio civil»²⁷.

Por otro lado, el canonista L. Bender²⁸ define desde su perspectiva el concubinato como «*vitae consortium, ad instar vitae maritalis, cui aut nulla praecessit matrimonii celebratio aut celebratio facta prorsus neglecta forma canonica, ad quam servandam partes tenebantur*». Dejando a un lado que esta definición procede del campo del Derecho canónico, el mismo autor hace ver que los dos elementos que describen la institución del concubinato son los siguientes: un elemento positivo y otro negativo. El elemento positivo, que sirve de distinción de las otras uniones carnales, es en este caso lo estable (el elemento positivo —*qui differt a simplici fornicatione vel adulterio— est protractio, quae causat relationem sexualem aliquantulum habitualement —vitae consortium—*). El elemento negativo, siempre siguiendo el pensamiento de L. Bender, *est aut omissio cuiuslibet celebrationis matrimonii aut totalis omissio formae legitimae praescriptae, ita ut talis actus vocetur et sit matrimonium non existens*. Este elemento negativo se refiere, por tanto, a un total descuido de toda forma establecida para contraer matrimonio.

Muchos otros autores del campo del Derecho Civil establecen, como presupuesto de cualquier unión concubinaria, el mutuo acuerdo de las voluntades de los concubinos y una vida en común de

25. Una exposición detallada sobre las instituciones del matrimonio y del concubinato en el Imperio Romano se puede encontrar en: M. FALÇAO, *Las prohibiciones matrimoniales de carácter social en el Imperio Romano*, Pamplona, 1973.

26. Cfr. el estudio de G. GARCÍA CANTERO, *El concubinato en el derecho civil francés*, Roma-Madrid, 1965.

27. A BAUMANN, *Die zivilrechtliche Bedeutung des Konkubinales*, Inaugural-Dissertation, Universität Erlangen, 1932, p. 41.

28. L. BENDER, *Concubinatus in iure canonico*, en «Monitor Ecclesiasticus» 87 (1962) p., 541 y ss.



hecho. No resulta muy difícil ver que dicha voluntad de llevar mutuamente una vida concubinaría, prescindiendo de todas las obligaciones y deberes jurídicos protegibles, es algo muy vago y poco determinado.

Aquí nos interesa la distinción verdadera entre matrimonio y concubinato. En concreto, entre matrimonio informe que, como ya hemos visto, es un matrimonio especial, y el concubinato. Dejamos a un lado una posible y útil valoración de las dos instituciones desde el punto de vista de la moral, y nos centramos en el campo exclusivamente jurídico. Vemos en este caso una distinción fundamental.

El «sí» de los futuros esposos para contraer matrimonio, en el momento mismo de pronunciar el consentimiento ante el órgano competente (o tal vez «incompetente» según cuál sea el punto de vista; como ocurre en el caso de un sacerdote católico, que en Alemania no es competente si no se contrae el matrimonio también según la forma civil prescrita), es un «sí» (de aceptar uno al otro a título de esposos) especial, que lleva consigo consecuencias jurídicas determinadas. Esta decisión fundamental se hace a través de un acto de voluntad libre, aceptando a título de esposo el uno al otro, en todo lo que es *conyugal*: eso es lo fundamental. En el mismo momento la relación entre los dos se convierte en deuda, en el sentido de ser acreedores el uno al otro en *lo conyugal* y para toda la vida. Hablando jurídicamente —y con todo lo que esto lleva consigo— se trata de una convivencia perfecta que se basa en una deuda perpetua, a la cual los cónyuges se han obligado de una vez para siempre. El contrato entre ellos es indisoluble, puesto que la deuda —tomarse como esposos a tal título, y no como simples concubinos— no es extingible bajo ningún concepto o supuesto. La entrega entre los esposos, que primaria y principalmente es un regalo, se hace a título de débito y se constituye en unión de carácter jurídico. Este rasgo del matrimonio, también del matrimonio informe, determina la distinción entre matrimonio y cualquier tipo de concubinato. Es posible, sin embargo, un concubinato en el cual se reconoce y ejerce un contenido matrimonial, pero lo que le falta es el título de deuda o, lo que es igual volviendo al apartado anterior (2.2), le faltan los dos elementos constituyentes del matrimonio informe: libre y mutuo consentimiento de los cónyuges para contraer matrimonio, y entregarse como esposo y esposa a título jurídico (como debido; números 2 y 3 respectivamente). Los concubinos se unen fundamentalmente a título de gratitud y recompensa, títulos sin duda alguna rescindibles y transitorios, sin respaldo jurídico.

De esta sucinta explicación acerca de las dos instituciones —matrimonio informe y concubinato— se puede deducir claramente que



existe —por lo menos desde el punto de vista jurídico— una diferencia esencial entre matrimonio informe y concubinato. Dicho supuesto se refleja de hecho también en el ordenamiento civil alemán. Se hace alusión en algunas ocasiones a los matrimonios informes, y existen leyes que, en determinadas circunstancias —como veremos en el cap. II—, reconocen dichos matrimonios; sin embargo, en cuanto a las uniones concubinarias, el legislador alemán niega normalmente, de forma tajante, su reconocimiento.

2.3.1. *La situación en Alemania.*

En Alemania, el concubinato —que allí se denomina «Konkubinats», o más expresivamente aún «Onkelehe» (matrimonios entre tíos, puesto que los concubinos aparecen en la sociedad, y sobre todo delante de los hijos, como un íntimo pariente de la familia), o «Rentenkonkubinats» (la motivación de este nombre está en la causa frecuente que ocasionaba la aparición del concubinato)—, era un fenómeno bastante difundido sobre todo en los años que siguieron inmediatamente a la Segunda Guerra Mundial. El origen de dichas uniones se debe en parte a las consecuencias de la Guerra —ha sido muy alto el número de viudas y la presencia de las tropas aliadas se prolongó durante bastantes años— y en parte a las prescripciones fiscales. En efecto, estas prescripciones preveían que las pensiones o rentas de las viudas de guerra se extinguiesen en el momento en que las viudas contrajeran nuevas nupcias; esto llevaba consigo que, en numerosos casos, para no perder las rentas, se prefería vivir en concubinato antes que contraer un nuevo matrimonio²⁹.

Estas situaciones movieron a las autoridades, tanto estatales como eclesiásticas, a buscar posibles soluciones y a dirigirse en varias ocasiones a la población, expresándose en contra de tales uniones libres. Así, se redactaron una serie de nuevas normas sobre las rentas de las viudas de la Segunda Guerra Mundial (*Bundesversorgungsgesetz vom 6-6-1956*), y sobre las rentas de las viudas de trabajadores y funcionarios estatales (que entró en vigor el día 23 de febrero de 1957)³⁰. Estas dos leyes revisaban la ley sobre las

29. Cfr. la Instrucción del Vicariato General de la Archidiócesis de Colonia del día 19 de octubre de 1957, acerca de la legislación sobre las pensiones y las relaciones con los concubinatos de renta, en «AfKRR» (1957-1958), pp. 479-484.

30. El número elevado de concubinatos de renta se puede ver en «Denkschrift der kath. Bischöfe zu den Fragen der Rentenkonkubinate», en la revista «FamRZ» (1956), p. 33: 'Según noticias de prensa, que naturalmente no están



rentas del 26 de enero de 1937, que establecía que, en caso de nuevas nupcias, las viudas perderían su derecho a la renta. En la nueva formulación se concede a las viudas, que se casan nuevamente, una paga extraordinaria equivalente a una suma 32 veces mayor que su renta mensual. Igualmente se les concede *ipso iure* que, en caso de que se declare nulo ese matrimonio o se divorcie más tarde, la anterior renta reviva otra vez y en la misma cantidad de antes.

2.3.2. *El concubinato en la legislación alemana.*

Existen de hecho en algunos *Länder* (estados federales) del Sur de Alemania leyes penales que se refieren al supuesto de concubinato y lo penalizan. Así, en Baviera fue reformada, en 1956, la Ley Penal de 1882 y se dispuso que «personas que por sus relaciones extramatrimoniales constituyeran un escándalo público grande, deben ser castigadas con penas de multa o también de reclusión»³¹.

Sin embargo, han surgido no pocas dudas acerca de la validez y eficacia de tales disposiciones, y no solamente como afirma García Cantero³² porque hoy día «ya no existe en el pueblo la convicción íntima de que el matrimonio es la única unión entre el hombre y la mujer que debe ser reconocida», sino porque la entrada en vigor del Art. 2 de la 'Ley introductoria al Código Penal' (*Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch* = EGSTGB) derogó la respectiva legislación de los *Länder*. En este sentido han argumentado la mayor parte de los juristas³³.

Una equiparación del concubinato con el matrimonio no se encuentra, sin embargo, en ninguna de las numerosas sentencias que han tratado de este tema; al contrario, el rechazo del concubinato por parte de los tribunales es indudable y obvio. Y a pesar de que el Derecho de la República Federal de Alemania no ha establecido ninguna norma que prohíba o declare «*expressis verbis*» el

controladas, en la República Federal de Alemania viven ahora unas 100.000 personas en relaciones análogas a las matrimoniales; siempre se aduce como razón que con un matrimonio legal se pierde el derecho a una renta o pensión (...)'.

31. Por ejemplo en Baviera el *Polizei-Strafgesetzbuch* (código policía-penal) del 22.3.1882, art. 50 a; en Württemberg el *Polizei-Strafgesetzbuch* del 27-12-1871 en su art. 14; en Baden el *Polizei-Strafgesetzbuch* del 31-10-1863 en su art. 72; citado por V. STUECKRADT, *Rechtswirkungen eheähnlicher Verhältnisse*, Diss. Frankfurt/a.M., 1964, p. 18.

32. G. GARCÍA CANTERO, *El concubinato...*, o. c., p. 18.

33. Cfr. los autores citados por A. BECKER, en «FamRZ» (1954), p. 209.



concubinato como contrario a la ley, sigue siendo real ese rechazo del que acabamos de hablar. La única norma constitucional que, tal vez, sirva para alegar «en pro» de que, para la legislación alemana, el matrimonio sea la única institución protegible, es el Art. 6 GG que concede una tutela especial al matrimonio y a la familia³⁴.

Por otro lado nos encontramos con bastantes sentencias en las cuales los jueces han declarado expresa y reiteradamente que la convivencia del varón y la mujer en relaciones extramatrimoniales es contraria a las buenas costumbres³⁵.

34. *art. 6 GG*

(I) «El matrimonio y la familia están bajo la protección particular del ordenamiento estatal.

(II) El cuidado y la educación de los hijos son derecho natural de los padres y su primordial obligación. La colectividad vigila su cumplimiento.

(III) Contra la voluntad de los titulares de la educación, los hijos sólo pueden ser separados de la familia en base de una ley, si los titulares en cuestión incumplen su cometido o si los hijos corren el peligro de quedar desatendidos por otros motivos.

(IV) Toda madre tiene derecho a la protección y asistencia de la comunidad.

(V) A los hijos ilegítimos han de proporcionárseles por la legislación, para su desarrollo corporal y espiritual y para su situación en la sociedad, las mismas condiciones que a los hijos legítimos».

Art. 6 GG.

(I) «Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung.

(II) Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Ueber ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft.

(III) Gegen den Willen der Erziehungsberechtigten dürfen Kinder nur auf Grund eines Gesetzes von der Familie getrennt werden, wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder wenn die Kinder aus anderen Gründen zu verwahrlosen drohen.

(IV) Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft.

(V) Den unehelichen Kindern sind durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu verschaffen wie den ehelichen Kindern».

35. Así, ya al principio del siglo XVI, nos encontramos en una colección con esta calificación del concubinato como unión que produce el vicio público: «aunque de hecho, muchas personas livianas viven aparte del matrimonio establecido por Dios... queremos y disponemos que la autoridad civil y eclesiástica, a las cuales corresponde actuar en dichos casos, no toleren esas uniones, que son verdaderos vicios públicos, y las penalicen debidamente», en *Seneckenberg-Kochsche Sammlung der Rechtsabschiede*, tomo II, p. 343, citado por A. BAUMANN, *Die...*, o.c., p. 24.

La jurisprudencia constante dentro de la legislación alemana se puede encontrar en «FamRZ» (1960), p. 129 y pp. 361-363; en «NJW» (1961), p. 1.459 y en «MDR» (1960), p. 384.



2.4. *Distinción entre «matrimonios informes» y «matrimonios de hecho».*

Después de haber estudiado qué es y qué supuestos abarca la institución del matrimonio informe, y después de haber visto su distinción esencial con el concubinato, queremos referirnos ahora a una nueva delimitación: la diferencia entre los matrimonios informes y los matrimonios de hecho.

Los matrimonios de hecho, también conocidos como uniones de hecho o uniones libres, sobre todo en algunos países hispanoamericanos, llevan en los países de habla alemana los nombres de «faktische Ehe» (cuya traducción literal es 'matrimonio de hecho') y de «wilde Ehe» ('matrimonio salvaje').

Hay que decir que no todos los juristas —sobre todo si se trata de examinar y de fijar los conceptos de Europa— hacen una distinción clara entre los concubinatos y matrimonios de hecho. En este sentido se expresa, por ejemplo, A. Baumann diciendo que «la convivencia de los dos concubinos se desarrolla dentro de las formas de la comunidad conyugal. Por ello se considera y denomina dicha unión muchas veces como 'wilde Ehe'»³⁶. En Francia, el jurista Roué habló, a principios de este siglo, de las uniones libres: «Llegará un día en que tendrá lugar la supresión de toda la ceremonia oficial; el matrimonio se resolverá en un contrato privado, o bien, a falta de todo contrato, será una unión libre; unión libre es la asociación pública y persistente entre un hombre y una mujer que viven maritalmente sin contravenir la ley»³⁷. Que se dan los matrimonios de hecho está fuera de toda duda, pero no está tan claro que hayan surgido basándose en las exposiciones de Roué. Más parece, sobre todo en los ordenamientos de Hispanoamérica, que surgen dichas uniones por la ignorancia de los contrayentes o la inasequibilidad de los órganos jurídicos.

Citamos dos ejemplos relativos a las uniones de hecho de los ordenamientos latinoamericanos.

En la Constitución de la República de Panamá (de fecha 6-12-1956), en su correspondiente apartado sobre la familia, se llega a equiparar a las uniones de hecho con el matrimonio civil. En su ley número 58 establece:

36. A. BAUMANN, *Die...*, o. c., p. 41.

37. ROUÉ, *Le code de l'union libre*, Paris, 1903, p. 7ss; citado según G. GARCÍA CANTERO, *El concubinato...*, o. c., p. 61.



Art. 1.—«La unión de hecho entre personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio, mantenidas durante diez años consecutivos en condición de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos del matrimonio civil».

Art. 2.—«Para esto bastará que las partes interesadas soliciten al Registrador General del Estado Civil la inscripción del matrimonio de hecho en escrito firmado por ambas, en que conste: (...)»³⁸.

En Guatemala se formuló también, esta vez dentro de la Constitución del Estado de 11 de marzo de 1945, la doctrina de plena equiparación de las uniones de hecho con los matrimonios civiles. El Código Civil que entró en vigor el 1 de julio de 1964 recoge la legislación ya establecida en sus líneas generales en 1947. Reza así:

Art. 173.—«La unión de hecho de un hombre y una mujer con capacidad para contraer matrimonio, puede ser declarada por ellos mismos ante el alcalde de su vecindad o un notario, para que produzca efectos legales, siempre que exista hogar y la vida común se haya mantenido por más de tres años ante sus familiares y relaciones sociales, cumpliendo los fines de procreación, alimentación y educación de los hijos, y de auxilio recíproco»³⁹.

Nos bastan estos ejemplos para establecer la diferencia entre los matrimonios de hecho y los matrimonios informes.

Las uniones de hecho se caracterizan por los siguientes elementos:

— Se trata de situaciones de hecho —una situación de convivencia conyugal estable y no pasajera— que lleva ya varios años.

— Los dos consortes de dicha unión aparecen por todo su comportamiento social ante sus familiares, amigos, colegas —en definitiva, de modo público— como marido y mujer.

— Los dos consortes se reconocen mutuamente como esposos. Este es el principal criterio de distinción de las demás uniones extramatrimoniales o prematrimoniales. Este elemento, sin duda de índole jurídica, se parece mucho a lo que los romanos llamaban

38. *Código Civil de la República de Panamá*, Panamá, 1960, p. 527

39. P. MARSÁ VANCELLS, *La mujer en el derecho civil*, Pamplona, 1970, p. 364, cita y comenta dicho texto.



«*affectio maritalis*», que era un factor decisivo del matrimonio romano.

— Un elemento negativo: que no haya tenido lugar, por lo menos en la mayoría de los casos, una celebración iniciadora del matrimonio de hecho (como, por ejemplo, sería la celebración del matrimonio religioso).

Como ya hemos expuesto en el punto 2.2. acerca de los matrimonios informes, es fácil ver que las uniones de hecho son un tanto diferentes a los matrimonios informes. Ya que, como dijimos, consideramos a los matrimonios informes como una especie dentro del concepto global de los matrimonios que han sido contraídos —y de ahí arranca su peculiaridad— sin la forma jurídica sustancial prescrita por el ordenamiento legal en cuestión.

Sin embargo, en el caso de que algunas legislaciones civiles den el reconocimiento a las uniones de hecho, lo harán siempre con posterioridad —y previa la solicitud de contrayentes o terceros, interesados directamente en la legalización de la unión—, y lo harán sobre todo para evitar males mayores (evitar la ilegitimidad de los hijos, o para aclarar la situación actual de unos súbditos). En el fondo, el reconocer las uniones de hecho como matrimonios legales, significa en parte un fracaso de lo establecido en los códigos acerca de la materia matrimonial.

II. FORMAS DE CELEBRAR EL MATRIMONIO Y TEXTOS LEGALES QUE SE REFIEREN AL «MATRIMONIO INFORME».

1. *Necesidad de manifestar el consentimiento mutuo ante un funcionario civil competente.*

Desde la introducción del matrimonio civil obligatorio en Alemania por medio de la *Reichstandsgesetz* (Ley del Reich sobre el estado de la persona) del 6 de febrero de 1875, es indispensable la colaboración de la autoridad civil (en concreto, del funcionario civil) para contraer válidamente el matrimonio. Dentro de dicha ley, está el § 41 PStG de 1875 que, de modo tajante dice: «Dentro del territorio del Reich alemán sólo se puede contraer válidamente matrimonio ante el funcionario del Estado».

Esta disposición que se distingue de la legislación actual del § 11 I EheG sólo en un matiz lingüístico, introdujo el principio clave del matrimonio civil obligatorio y su requisito esencial: la celebra-



ción ante un funcionario civil. En esta primera fase —desde el punto de vista histórico— la institución del matrimonio se perfecciona «por medio» de un funcionario estatal, que por su parte declara «ex officio» a los novios *marido y mujer*.

Con la entrada en vigor del BGB (1-1-1900) la celebración del matrimonio se reguló a tenor del § 1.317 BGB, que dice así:

«El matrimonio se contrae con tal que los novios declaren personal y simultáneamente ante el funcionario civil que quieren contraer matrimonio. El funcionario tiene que estar dispuesto a recibir la declaración.»

Dichas declaraciones matrimoniales no pueden emitirse bajo condición o bajo término.

Conforme a lo establecido en el § 1.324 I BGB un matrimonio era nulo en el supuesto de que no se hubiera observado lo dispuesto en el § 1.317 BGB; se trata de un matrimonio «*non existens*», es decir, el matrimonio era absolutamente nulo y cada uno de los pseudoesposos podía alegar dicha nulidad, sin que se exigiese previamente una sentencia de nulidad.

Las causas de nulidad según el § 1.317 eran las siguientes:

a) que el funcionario estatal no estuviese dispuesto a recibir las declaraciones de los contrayentes;

b) que la declaración no fuese hecha personal y simultáneamente ante el funcionario civil.

Un matrimonio que había sido contraído infringiendo el § 1.317, pero que a pesar de ello hubiese sido inscrito en el Registro de los matrimonios («Heiratsregister») producía un *matrimonio anulable* (según § 1.329 II BGB), es decir, para su nulidad era preciso una declaración judicial.

Todas estas normas del libro IV del BGB —son las que tratan de la materia del matrimonio y de la familia— estaban influidas todavía por un principio patriarcal, y pretendían recalcar la posición preferente del marido (varón). En lo que se refiere al acto mismo de contraer eficazmente el matrimonio se nota cierta diferencia en relación a la primera fase histórica mencionada (antes de 1900).

En el BGB se hace más hincapié en el mutuo acuerdo de las voluntades de los cónyuges. Sin embargo, no podían actuar válidamente, a no ser que emitiesen su voluntad de contraer matrimonio ante un funcionario civil.

La EheG 1938, con la cual coincide en este punto (por lo menos la EheG 1946), modificó algunas de las disposiciones de la legisla-

ción del BGB. El § 11 I EheG 46 determina que solamente en el caso de que el matrimonio no se haya contraído ante el funcionario civil se da el supuesto de un «*matrimonium non existens*».

La inscripción en el libro de familia (*Familienbuch*) solamente adquiere relevancia jurídica en el caso de que este matrimonio hubiera sido contraído ante un funcionario civil putativo; en este supuesto, la inscripción tiene como consecuencia jurídica que este matrimonio sea perfectamente válido (conforme al § 11 II EheG). Es fácil observar que con esta disposición se quiere reforzar y dar más importancia a la seguridad jurídica, a pesar de los abusos o fraudes que puedan surgir.

El derecho anterior al BGB disponía que un matrimonio contraído ante un funcionario civil putativo —también sin la inscripción en el libro familiar— era válido, siempre que los dos contrayentes no hubiesen actuado de mala fe. Este criterio —que más bien hace referencia a una actitud subjetiva de los contrayentes— ya no se exige según el derecho vigente; es decir, también en el supuesto de que los contrayentes —sabiendo que contraen matrimonio ante un pseudofuncionario civil— emitan su declaración de querer casarse ante esta persona, resulta un matrimonio válido —así lo dispone la ley— siempre que se haga la inscripción necesaria en el libro familiar. La anotación en este libro, que normalmente es un precepto de simple deber —por lo tanto no encierra un carácter de invalidez—, en este supuesto se convierte y adquiere importancia y fuerza constitutiva⁴⁰.

Una innovación trajo la PStG 1957 que está en vigor del 1-1-1958; con ella se sustituye el libro familiar anterior y se crean dos libros: el registro matrimonial («Heiratsbuch») y el libro de familia («Familienbuch»)⁴¹. La inscripción de la celebración del matrimonio que debe hacerse, y de la cual trata el § 11 EheG, ha de efectuarse en el registro matrimonial.

1.1. *Las disposiciones de la EheG (Ley de Matrimonio) que regulan la manifestación del consentimiento.*

La manifestación y con ello también la aceptación del consentimiento de los novios por parte del Estado está regulado en los §§ 13,

40. Sentencias sobre la actuación de pseudofuncionarios estatales se pueden ver en «FamRZ» (1965), p. 257; en «StAZ» (1955), p. 120 y en «StAZ» (1961), p. 317.

41. Según las disposiciones —«Ausführungsverordnungen», en sigla AVO



13.^a, 14 y 15 mientras que el § 15 a, se refiere al supuesto del matrimonio de extranjeros contraído en Alemania.

Sobre la forma misma del matrimonio nos dice el § 13 EheG 46 en sus dos apartados:

«I) Se contrae matrimonio por el hecho de que los novios declaren personalmente ante el funcionario del Estado, y estando los dos presentes en el mismo momento, que quieren unirse en matrimonio.

II) No es posible prestar el consentimiento, poniendo alguna condición o limitándolo a un plazo determinado de tiempo⁴².

El legislador alemán exige, por tanto, la mutua comparecencia de los contrayentes para que la seguridad legal del matrimonio no se ponga en peligro sobre todo por la forma de contraer matrimonio «*per procuratorem*»⁴³. Con la exigencia de una presencia simultánea ante el funcionario civil, se quiere hacer más patente el «nacimiento efectivo» de la unión matrimonial. El funcionario no debe aceptar el consentimiento de los contrayentes emitido a horas distintas y tampoco es posible que los novios hagan su declaración ante dos funcionarios diferentes.

De esta disposición legal se habían admitido excepciones durante y en el período de la Segunda Guerra Mundial y también inmediatamente después. En el punto tres de este capítulo, nos detendremos especialmente en estas excepciones. La condición añadida al consentimiento o un plazo estipulado, pero no ante el funcionario civil, sino que haya sido objeto de cualquier otro convenio entre los novios, no afecta para nada a la validez del matrimonio. Una posible simulación o un defecto en la seriedad del consentimiento no influyen para nada en la validez del contrato matrimonial.

dadas a los funcionarios civiles y en concreto lo establece el § 19 AVO (PStG) se ha de abrir un nuevo libro de familia lo más tarde un día después de la celebración matrimonial; Cfr. por ello en «FamRZ» (1972), p. 66.

42. § 13 EheG. (*Form der Eheschliessung*).

(I) «Die Ehe wird dadurch geschlossen, dass die Verlobten vor dem Standesbeamten persönlich und bei gleichzeitiger Anwesenheit erklären, die Ehe miteinander eingehen zu wollen.

(II) Die Erklärungen können nicht unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben werden».

43. La Iglesia Católica en su legislación conoce y regula el «*matrimonium per procuratorem*» en los cc. 1.088, 1.089 y 1.091 del *Codex Iuris Canonici*.

Cabe hacer notar que el legislador alemán —como otros ordenamientos civiles— no han hecho suya la sutil y elaborada distinción de la condición como tiene presente el Derecho Canónico⁴⁴.

El § 14 EheG regula la actuación de los testigos durante la celebración oficial del matrimonio. Así reza el § 14 I):

«I) El funcionario del Estado debe preguntar a los novios en la presencia de dos testigos, separadamente —uno después del otro—, si quieren unirse en matrimonio. Después de que los novios hayan contestado afirmativamente los declara en nombre de la ley, y según derecho, marido y mujer a partir de ese momento»⁴⁵.

Como testigos pueden actuar varones y mujeres y también parientes o íntimos amigos de los contrayentes. La ley prohíbe solamente a tres grupos de personas su actuación como testigos:

- 1) Los menores de edad.
- 2) Personas que en un proceso penal hayan perdido a través de una sentencia sus derechos de ciudadanos (conforme a los §§ 32-36 StGB).
- 3) Personas que según las leyes penales a causa de una sentencia por juramento falso no puedan actuar como testigos.

Sin embargo, si la celebración de las nupcias se realiza solamente ante el funcionario civil —sin los testigos—, los contrayentes han celebrado válidamente el matrimonio puesto que el § 14 EheG (y en esto se diferencia totalmente del § 13 EheG) es una mera disposición de carácter exhortativo («Sollvorschrift») que no afecta a la validez del contrato matrimonial.

No obstante, este hecho no ha de llevar al funcionario civil a recibir los consentimientos matrimoniales sin la presencia de testigos. Dicha actuación del funcionario sería jurídicamente valorada como una actuación en contra de sus obligaciones profesionales

44. En el ámbito del Derecho Canónico de la Iglesia Católica Occidental se reconoce y se regula el matrimonio condicionado en el can. 1.092 CIC, siempre que la condición puesta no atente contra «*matrimonii substantiam*».

45. § 14 EheG (*Trauung*).

(I) «Der Standesbeamte soll bei der Eheschliessung in Gegenwart von zwei Zeugen an die Verlobten einzeln und nacheinander die Frage richten, ob sie die Ehe miteinander eingehen wollen und, nachdem die Verlobten die Frage bejaht haben, im Namen des Rechts aussprechen, dass sie nunmehr rechtmässig verbundene Eheleute seien».

(«Pflichtwidrigkeit») y puede en un caso límite mostrarse como muy desfavorable para los contrayentes.

Pongamos un ejemplo: Durante la celebración matrimonial ante el funcionario civil no está presente ningún testigo. El funcionario civil obrando imprudentemente deja de inscribir el matrimonio en el registro matrimonial y se olvida también de abrir el libro familiar. Solamente después de su fallecimiento alguien nota su omisión. Los cónyuges perjudicados tienen entonces la obligación de probar el hecho de haber contraído matrimonio ante el tribunal competente; si hubieran asistido en su día algunos testigos a la celebración del enlace, la prueba de la celebración de este matrimonio hubiera resultado mucho más fácil.

La inscripción en el registro matrimonial («Heiratsbuch»).

Por razones de publicidad, pero sobre todo también para poseer pruebas ciertas para las personas interesadas, y para la autoridad estatal, en muchas ocasiones el legislador exige como un requisito más la inscripción del contrato en un registro. La inscripción del matrimonio celebrado ante la autoridad estatal es una parte de la función que desempeña el funcionario civil.

El § 14 II EheG determina: «El funcionario civil debe registrar la celebración del matrimonio en el libro de familia». Después de la reforma del 18 de mayo de 1957 que afectó a la Ley sobre el estado de la persona se estableció que el único libro de familia se divide en dos libros distintos⁴⁶ en el registro matrimonial («Heiratsbuch») y en el libro de familia («Familienbuch»); la celebración del enlace se ha de inscribir en el registro matrimonial (§ 9 PStG) estando presentes los cónyuges y los testigos.

La inscripción contiene los datos personales de los contrayentes y de los testigos, la declaración de querer contraer matrimonio y la declaración del funcionario estatal. Este documento debe ser firmado por todos los participantes⁴⁷ en la ceremonia (§ 11 I y II PStG)⁴⁸.

46. El motivo principal de la división del antiguo libro de familia fue, por lo visto, la creación de un «libro de familia movable»; es decir para su continuación es competente el respectivo funcionario del domicilio de los cónyuges, mientras que se guarda el registro matrimonial en el lugar en el cual los esposos contrajeron matrimonio.

47. La sentencia judicial de 1976 —recogida en «FamRZ» (1976), pp. 150 ss.— estableció que la falta de la firma del cónyuge en el registro matrimonial no invalida la celebración matrimonial.

48. Sobre la celebración civil del matrimonio se ha de extender inme-



La validez del matrimonio normalmente no depende de la existencia de una anotación o de su realización viciosa⁴⁹. Dichas prescripciones son solamente de carácter exhortativo («Sollvorschrift») y no se trata de disposiciones que afecten a la validez del acto realizado.

La única excepción es lo establecido por el § 11 II EheG: el caso de un pseudofuncionario que realizó la inscripción en el registro matrimonial, en el cual se concede efectos constitutivos a la inscripción. Por dicha razón aquel artículo supera en cuanto a su importancia las demás prescripciones de carácter exhortativo.

El registro matrimonial, como los demás libros que se refieren al estado sobre la persona, goza de una presunción legal de prueba en cuanto a todos los datos y anotaciones hechas en estos libros. La última afirmación sin embargo, es solamente válida en el supuesto de que dichos libros hayan sido llevados conforme a lo establecido legalmente⁵⁰. Cae dentro del margen del juicio libre del juez la concreta valoración de un error en la administración de los libros y si este defecto disminuye o destruye el valor probatorio de la anotación⁵¹.

Competencia del funcionario civil.

Conforme al § 42 Abs. I PStG 1875, la competencia para la celebración matrimonial es del funcionario civil en cuyo distrito uno de los contrayentes tiene su domicilio o su residencia actual. En el caso de que varios funcionarios gozasen de la competencia, los contrayentes podían elegir a uno de ellos. El Abs II del § 42 PStG 1875 determinó, sin embargo, que la celebración matrimonial no puede ser impugnada alegando la incompetencia del funcionario que asistió en la ceremonia del enlace civil.

Esas prescripciones acerca de la competencia de la autoridad estatal en el perfeccionamiento del matrimonio han seguido inalteradas hasta hoy día (Cfr. § 1.320 Abs. 1,2 y 4 BGB a. F.; § 19 Abs. 1 y 2 EheG 1938; § 15 Abs. 1 y 2 EheG 1946).

El BGB añadió otra competencia que se refiere al supuesto de

diatamente un acta-certificado (§ 16 AVO); con base en este documento el sacerdote está autorizado —desde el punto de vista del derecho estatal— a administrar la celebración religiosa del matrimonio.

49. Cfr. H. DOELLE, *Familienrecht...*, o. c., p. 237.

50. Cfr. una sentencia al respecto del OLG Colonia en «NJW» (1960), p. 2.343.

51. Cfr. la sentencia en este sentido del BayObLG en «FamRZ» (1966), p. 353 alegando el § 60 PStG.



que ninguno de los novios —uno de ellos tenía necesariamente que poseer la nacionalidad alemana— tenga su domicilio o su residencia actual en el Imperio Alemán; en este caso la autoridad de vigilancia del Estado Federal debe determinar para sus súbditos el funcionario competente (cfr. § 1.320 Abs. 3 BGB a. F.). En una disposición posterior del 31-5-1934 (se la puede encontrar en RGBl I, 472) se declaró competente en estas materias el funcionario civil del Registro Civil de Berlín.

La legislación siguiente —la legislación matrimonial de 1938— reafirmó en su § 19 III las disposiciones anteriores haciendo un único cambio: que a partir de entonces no se exigía que los contrayentes fuesen alemanes.

El EheG 1946 determina en el § 15 III que no solamente el funcionario del Registro Civil en Berlín tiene la competencia general sino también los funcionarios de los Registros Civiles Centrales de Munich, Baden-Baden y Hamburgo. Esto quiere decir que, ajustándose a la situación particular de la posguerra con la ingente multitud de problemas sobre el estado de la persona, se estableció un órgano competente en cada una de las cuatro zonas ocupadas en la Alemania de entonces.

Sobre la competencia del funcionario civil habla el § 15 EheG:

- «I) El matrimonio debe celebrarse ante el funcionario civil competente.
- II) Legítimo funcionario civil es el de aquel distrito en el que tenga su domicilio uno de los novios o al menos su residencia habitual. Si existen varios funcionarios civiles competentes, los contrayentes pueden elegir entre los mismos.
- III) Si ninguno de los dos contrayentes tiene su domicilio o su residencia habitual en el territorio nacional, el funcionario civil competente para contraer matrimonio dentro de dicho territorio, es el funcionario del distrito I de Berlín o los juzgados municipales superiores de Munich, Baden-Baden y Hamburgo.
- IV) Con una delegación escrita del funcionario civil competente, puede también contraerse matrimonio ante el funcionario de otro distrito municipal»⁵².

52. § 15 EheG (*Zuständigkeit des Standesbeamten*).

«I) Die Ehe soll vor dem zuständigen Standesbeamten geschlossen werden.
II) Zuständig ist der Standesbeamte, in dessen Bezirk einer der Verlobten

Cabe resaltar que esta legislación que determina el órgano competente ante el cual los dos contrayentes tienen que emitir su consentimiento matrimonial constituye solamente una disposición de carácter exhortativo. Una impugnación de esta materia —de la competencia del funcionario estatal— alegando este artículo no invalida directamente el matrimonio.

El funcionario estatal no puede (se sobreentiende sin la debida legitimación) desempeñar válidamente su oficio público fuera de su distrito; pero si lo hace, e inscribe también la celebración conyugal en el registro matrimonial, se concluye un matrimonio válido y eficaz. Este es el supuesto —al cual nos hemos referido ya más arriba, y que está regulado por el § 11 II EheG— de la conclusión de un enlace ante un pseudofuncionario civil que actúa públicamente.

Casos reales ocurridos que se refieren a este artículo —p. ej. un funcionario actuando sin delegación jurídica fuera de su circunscripción— y en los cuales la autoridad superior de vigilancia resolvió que estos matrimonios fuesen válidos, se pueden encontrar en la literatura especializada y en la jurisprudencia alemana⁵³.

1.2. *Formas de urgencia individual que dispensan de las formalidades normales.*

El legislador alemán —posiblemente movido por un gran interés en garantizar la estabilidad y la seguridad del matrimonio y de las familias— no favorece mucho en sus leyes las celebraciones en formas de urgencia. Por ello se pueden encontrar —revisando sus disposiciones legales al respecto— solamente una renuncia a las proclamas matrimoniales; y esto significa sólo un aligeramiento en una fase de la celebración del enlace. En la celebración del matrimonio

seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Unter mehreren zuständigen Standesbeamten haben die Verlobten die Wahl.

(III) Hat keiner der Verlobten seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland, so ist für die Eheschliessung im Inland der Standesbeamte des Standesamts I in Berlin oder der Hauptstandesämter in München, Baden-Baden und Hamburg zuständig.

(IV) Auf Grund einer schriftlichen Ermächtigung des zuständigen Standesbeamten kann die Ehe auch vor dem Standesbeamten eines anderen Bezirkes geschlossen werden».

53. Cfr. por ello p. ej. «StaZ» (1952), p. 20 y «StaZ» (1966), p. 238; en este último caso el funcionario civil actúa sin legitimación alguna en un distrito vecino que había quedado sin funcionario civil.



conforme a la legislación alemana el jurista suele distinguir cuatro fases para la conclusión del matrimonio:

- a) la fase preparatoria (es decir, las proclamas, el consentimiento de los padres si hiciera falta);
- b) la declaración del consentimiento matrimonial;
- c) la recepción y confirmación por parte del funcionario civil y
- d) el registro del matrimonio.

El único caso de celebración matrimonial en forma urgente dispensa solamente de la fase preparatoria, en concreto de las proclamas.

El actual § 12 EheG 1946, que regula el procedimiento de las proclamas, coincide —estableciendo un paralelo histórico— con el § 1.316 BGB a. F. y con el § 16 EheG 1938.

Según el derecho alemán las proclamas⁵⁴ pertenecen a las disposiciones formales del matrimonio y por lo tanto el § 12 EheG está vigente para cualquier celebración matrimonial realizada ante un funcionario civil alemán. Sin embargo las proclamas no son un elemento constitutivo, es decir, la violación de las disposiciones correspondientes no afecta a la validez del enlace. Dado que en el supuesto de la celebración de matrimonio hecha en Alemania está en vigor el derecho alemán (si dejamos aparte la excepción del § 15a EheG), la última afirmación —que la violación de las disposiciones correspondientes a las proclamas no anula el matrimonio— está vigente también en el caso de que el propio derecho de los novios lo regule de otra manera.

El párrafo 12 EheG dice así:

«I) Antes de la celebración de un matrimonio, deben hacerse las correspondientes proclamas matrimoniales. Las proclamas pierden su validez si el matrimonio no se celebra en un plazo de seis meses a partir de la fecha en que las proclamas matrimoniales han tenido lugar.

II) Puede contraerse matrimonio sin previas proclamas matrimoniales, en el caso de que una grave enfermedad de uno de los novios no permita aplazar el enlace.

54. La palabra «Aufgebot» (proclamas) en el sentido jurídico alemán significa «una exhortación para la presentación» (de posibles impedimentos matrimoniales en este caso), cfr. §§ 946 ss ZPO.



III) El funcionario del Estado puede dispensar de la necesidad de las proclamas matrimoniales»⁵⁵.

Según la legislación actual, una reducción del plazo de las proclamas o una dispensa total de las proclamas está confiada al juicio del funcionario civil (vid. § 12 III EheG); sin embargo, si existe una enfermedad mortal por parte de uno de los novios la ley admite una celebración matrimonial sin las proclamas (vid. § 12 II EheG).

Los expertos enuncian tres grupos de motivos que pueden llevar consigo una reducción o dispensa de las proclamas⁵⁶:

- a) una inminente operación mortal de uno de los novios;
- b) una enfermedad mortal por parte de uno de los padres de los contrayentes, un inmediato viaje al extranjero o el inicio de un trabajo en el extranjero de uno de los novios;
- c) un retraso —inculpable por parte de los novios— en conseguir los documentos necesarios, es decir, aquí se trata de no retrasar innecesariamente la fecha de la boda ya prevista.

El § 7 PStG da informaciones más concretas todavía cuando es aplicable el § 12 II EheG y dice así:

§ 7 PStG (*Celebración de matrimonio sin proclamas matrimoniales por grave enfermedad de uno de los contrayentes*)

«Si un matrimonio debe celebrarse sin previas proclamas matrimoniales debido a grave enfermedad de uno de los contrayentes, hay que demostrar mediante un certificado médico o documento análogo, que no es posible aplazar el enlace. En dicho caso, hay que testimoniar de modo conveniente que no existe ningún impedimento matrimonial»⁵⁷.

55. § 12 EheG (*Aufgebot*).

«(I) Der Eheschliessung soll ein Aufgebot vorhergehen. Das Aufgebot verliert seine Kraft, wenn die Ehe nicht binnen sechs Monaten nach Vollziehung des Aufgebots geschlossen wird.

(II) Die Ehe kann ohne Aufgebot geschlossen werden, wenn die lebensgefährliche Erkrankung eines der Verlobten den Aufschub der Eheschliessung nicht gestattet.

(III) Von dem Aufgebot kann der Standesbeamte Befreiung erteilen».

56. Cfr. el artículo de P. H. NEUHAUS, *Zur Reform des deutschen formalen Eheschliessungsrechts*, en «FamRZ» (1972), pp. 59-70.

57. § 7 PStG (*Eheschliessung ohne Aufgebot bei lebensgefährlicher Erkrankung*).

«Soll die Ehe wegen lebensgefährlicher Erkrankung eines Verlobten ohne



La enfermedad mortal que padece uno de los novios y sobre la cual habla expresamente el § 12 II EheG es uno de los dos únicos supuestos en que el Legislador estatal admite un matrimonio religioso sin anterior celebración ante un funcionario civil; así lo establece el § 67 PStG y sobre el cual volveremos más adelante.

De lo expuesto hasta aquí es fácil deducir que el abanico de las posibles celebraciones en forma urgente, alegando causas individuales de los contrayentes, es muy reducido y muy limitado⁵⁸.

En cuanto a posibles dispensas de las formalidades normales para casos de una urgencia colectiva de grandes grupos de personas —podemos pensar por ejemplo en un terremoto o en una situación bélica— la legislación no tiene previsto dichos supuestos. Esta actitud legislativa tiene la desventaja de quizás no poder corresponder inmediatamente a un caso de urgencia colectiva. Por otro lado lleva consigo la ventaja de que el Estado, en un caso concreto, tiene la posibilidad de dictar unas leyes rápidas (p. ej. decreto-leyes que no tendrán que pasar por el cauce normalmente establecido), adaptándolas más exactamente al estado de necesidad suprallegal.

Según la opinión de algunos juristas sería aconsejable para el derecho alemán una regulación *a priori* de las situaciones tanto individuales como colectivas. El *Bundesverfassungsgericht*, en una resolución reciente, no ha aceptado la celebración matrimonial sin la actuación del funcionario civil en un supuesto de «injusticia en un caso aislado» ('Härten im Einzelfall'); sin embargo de manera implícita lo ha admitido si «se dan circunstancias tan excepcionales (...)

Aufgebot geschlossen werden, so muss durch ärztliches Zeugnis oder auf eine andere Weise nachgewiesen werden, dass die Eheschliessung nicht aufgeschoben werden kann. In diesem Fall muss glaubhaft gemacht werden, dass kein Eehindernis besteht».

58. Interesante es lo que establece el derecho francés en el art. 170 C. C. «Le mariage contracté en pays étranger (...) sera valable (...) pourvu qu'il ait été précédé de la publication prescrite par l'article 63 (...)». Así la celebración del enlace de un francés se anula si contrajo nupcias en el extranjero, sin que se publicaran anteriormente las proclamas en Francia. Sin embargo la jurisprudencia francesa pronuncia solamente la nulidad si los novios habían prescindido de las proclamas para ocultar su celebración matrimonial. Así Cass. civ. 1 ere sec. del 13-2-1961, D. 1961, p. 349; citado por V. PAPADIMAS, *Die Form...*, o c., p. 34.

Según el derecho inglés la celebración es «void» (nula) si las proclamas no habían sido publicadas en la forma debida y los cónyuges lo sabían; cfr. por ello P. BRUMLEY, *Family law*, London, 1966, pp. 68ss.

que las exigencias formales por la situación de urgencia insólita y persistente no pueden cumplirse»⁵⁹.

Trataremos en el punto tres de este capítulo de unas leyes que se refieren a supuestos de urgencia colectiva ocurrida en una situación histórica de Alemania.

2. Posibilidades legales para una sanación de defectos en la forma establecida para contraer matrimonio.

Los ordenamientos jurídicos modernos suelen prever en sus leyes la o las posibilidades legales para sanar, para dar validez, a los matrimonios contraídos en su día en una forma defectuosa.

Los defectos internos del servicio público que se refieren a la válida colación del funcionario no afectan a la válida celebración del matrimonio, en el cual el funcionario colaboró. Así, p. ej. si una persona desautorizada ha desempeñado públicamente el papel del funcionario civil y ha anotado debidamente la celebración del enlace en el registro matrimonial, este matrimonio así contraído es jurídicamente eficaz según el § 11 II EheG; incluso en el caso de que los novios hubiesen detectado el defecto en la colación del funcionario, están casados válidamente.

Pero aquí vamos a tratar del supuesto regulado en el § 17 EheG:

§ 17 EheG (*Defecto de forma*):

«I) Un matrimonio es inválido, cuando en su celebración no se ha tenido en cuenta la forma prescrita en el párrafo 13.

II) Sin embargo, el matrimonio se considera válido desde un principio, en el caso de que los contrayentes hayan vivido como marido y mujer durante cinco años después de la celebración del matrimonio; o hasta el momento de la muerte, en el caso de que uno de los cónyuges haya muerto, debe haber transcurrido un tiempo mínimo de tres años. Esto no se aplicará en aquellos casos en que durante

59. El texto en alemán dice así: (...) derart aussergewöhnliche Umstände vor (liegen), dass sich die (...) (gesetzlichen) formalen Anforderungen typischerweise wegen eines ausserordentlichen und längere Zeit dauernden Notstandes nicht erfüllen liessen»; en BVerfGE 29, 177.



los cinco años o en el momento del fallecimiento de uno de los cónyuges hubiese sido ya presentada una demanda de nulidad»⁶⁰.

Un matrimonio es jurídicamente anulable si las esenciales prescripciones formales del § 13 EheG no han sido guardadas durante la celebración matrimonial. Pongamos un ejemplo: la celebración del enlace en la cual los dos contrayentes no emiten simultáneamente su consentimiento ante el mismo funcionario; éste es un supuesto de *matrimonio anulable*. Conforme a lo establecido en el § 17 II EheG dicha anulabilidad del matrimonio contraído en forma viciosa puede ser convalidada con efectos retroactivos («*ex tunc*») por el transcurso del tiempo. Se requiere que los cónyuges vivan juntos como esposos durante cinco años continuos. Si hubiese muerto uno de los cónyuges antes del transcurso de estos cinco años, se reduce el plazo para una posible sanación a tres años de vida marital (§ 17 II EheG).

El legislador considera como cumplido el requisito de vivir como casados, con tal que los cónyuges vivan voluntariamente como lo suelen hacer los esposos; es decir, en concreto: llevan el mismo apellido, dan a los hijos el apellido del padre, viven en una comunidad de vida familiar y marital, etc.

Una separación transitoria y por poco tiempo no suele romper la comunidad de vida, según la opinión del legislador.

Otra posibilidad distinta de sanación del matrimonio es la repetición de la ceremonia ante el funcionario y esta vez hay que hacerlo, por supuesto, sin cometer o incurrir en defectos formales. Con este proceder se pueden eludir también todas las posibles dudas acerca de la validez de la forma. Para este caso que ocurre raras veces —que los esposos se vuelvan a casar civilmente entre sí por el motivo de que han surgido dudas o acerca de la validez del matrimonio o acerca de la continuación de su enlace (cfr. § 13 de la DVO para

60. § 17 EheG (*Mangel der Form*).

«(I) Eine Ehe ist nichtig, wenn die Eheschliessung nicht in der durch § 13 vorgeschriebenen Form stattgefunden hat.

(II) Die Ehe ist jedoch als von Anfang an gültig anzusehen, wenn die Ehegatten nach der Eheschliessung fünf Jahre oder, falls einer von ihnen vorher verstorben ist, bis zu dessen Tode, jedoch mindestens drei Jahre, als Ehegatten miteinander gelebt haben, es sei denn, dass bei Ablauf der fünf Jahre oder zur Zeit des Todes des einen Ehegatten die Nichtigkeitsklage erhoben ist».



la legislación matrimonial del EheG)—, tienen que tener en cuenta el § 192 II DVO, cuyo texto es como sigue:

«Si se duda acerca de que se ha celebrado un matrimonio válido, se puede repetir la celebración matrimonial bajo los mismos presupuestos y en la misma forma como cualquier unión conyugal que se ha de celebrar ante el funcionario civil. Disponemos lo mismo tanto si la primera celebración padece de vicios que pueden llevar consigo la declaración de nulidad de este matrimonio, siempre que el matrimonio ahora pueda ser celebrado según las leyes correspondientes. Se ha de anotar en el registro matrimonial que esto era una repetición del matrimonio y por qué motivos se repetía la ceremonia. Para la creación del libro de familia es vigente lo establecido en el § 229 Abs. 3 Satz 2».

El plazo de los cinco años establecido sigue, sin embargo, transcurriendo a pesar de la repetición de la ceremonia ante el funcionario; y en el momento en el que se cumpliera el plazo entraría en vigor la sanación con los efectos retroactivos de dicha disposición (§ 17 II EheG).

Se prohíbe, sin embargo, una sanación del matrimonio —conforme al § 17 EheG— si antes de acabarse el plazo, los cinco o los tres años, respectivamente, una persona legitimada denuncia el matrimonio y presenta la acción de nulidad. La sentencia desestimando la acción lleva consigo que el plazo para la sanación no se haya interrumpido durante el pleito.

Es irrelevante para la petición de la sanación del matrimonio el hecho de que los cónyuges actuaran en su día de buena o de mala fe, y también si la celebración había sido inscrita en el registro matrimonial. Si antes de cumplirse el plazo para la sanación se ha acusado la nulidad del matrimonio —también si lo hace el fiscal en contra de la voluntad de los esposos—, este casamiento sigue siendo un matrimonio anulable, a pesar de que los cónyuges sigan viviendo juntos los cinco años.

Por último, es interesante recordar que en el caso de que la existencia del matrimonio —y también relacionado directamente con ello la celebración del enlace— entre dos cónyuges de distinta nacionalidad fuese viciado por defectos, se tendría que solucionar de la manera siguiente: si los dos ordenamientos civiles estableciesen diferentes consecuencias de dichos defectos en la forma del matrimonio, entrarían en vigor las disposiciones del ordena-



miento que tiene consecuencias más fuertes; rige aquí, por tanto, el principio del derecho más riguroso («Prinzip des ärgeren Rechtes»).

3. *Legislación particular sobre las formas extraordinarias para matrimonio y Leyes para reconocer algunos efectos de los matrimonios informes.*

De lo expuesto en el punto 2 de este capítulo se desprende claramente que el derecho alemán —admitiendo solamente los dos supuestos muy restringidos de los § 11 II y § 17 II EheG— desconoce una sanación de defectos formales más amplios como institución regular. El supuesto de una forma de celebración matrimonial más sencilla, para situaciones de urgencia, individuales o colectivas, se reduce a limitar las proclamas o prescindir de ellas en el caso de una enfermedad mortal de uno de los cónyuges.

Solamente en el tiempo de la Segunda Guerra Mundial y en los tiempos muy movidos de la postguerra, en los cuales para muchas personas era imposible o llevaba consigo muchas dificultades el hecho de contraer matrimonio según las normas y las formas establecidas, nos encontramos con soluciones particulares. Para estas personas, o mejor dicho, para algunas de ellas afectadas fuertemente por la situación política, se creó una legislación particular y se reconocieron posteriormente, con un reconocimiento total o parcial, sus «uniones de hecho».

De los cuatro supuestos que trataremos en los puntos 3.1. - 3.4., se refiere el primero a una legislación que había sido dictada por el legislador del Tercer *Reich*, pero que regía también algunos años de la postguerra, mientras que los tres supuestos siguientes son leyes de la *Bundesregierung*, es decir, Leyes Federales.

Estas cuatro leyes —que en su día tenían un enorme interés y mucha relevancia jurídico-social para un gran número de personas, aunque hoy en día no la tendrán tan directa— son importantes para juzgar sobre la validez de los matrimonios o sobre los posibles efectos matrimoniales que se concedieron por estas disposiciones a uniones de hecho.

3.1. *El matrimonio contraído a distancia (Ley del Tercer Reich del 17-10-1942).*

Conviene estudiar ahora el supuesto de matrimonios contraídos a distancia, es decir, un caso en el cual no se aplica la disposición



obligatoria —exigida por parte de la legislación alemana— de la comparecencia personal y simultánea ante el funcionario del Estado.

La legislación que regula dicha institución —el matrimonio contraído a distancia conforme a las leyes del Tercer Reich— se fundamenta en las disposiciones del estado de las personas de la antigua *Wehrmacht* (fuerza militar de Alemania en el tiempo de Hitler), promulgadas en 1939.

La situación política de entonces movía a los gobernantes a dar posibilidades de contraer matrimonio a los militares de la *Wehrmacht* y a otras personas que se encontraban en circunstancias semejantes. La regulación concreta se hizo a través de los §§ 13 hasta 21 c VStVO⁶¹ del 4-11-1939 (RGBl. I, 2.163) y en la forma de la nueva publicación del 17-10-1942 (RGBl. I, 597); y por la cual se permitía un casamiento ante un funcionario civil con la ausencia de uno de los contrayentes, tanto del varón como de la mujer.

El supuesto de hecho.

Los requisitos para estos casos son los siguientes:

Un militar de la *Wehrmacht* (o una persona en una situación parecida) declaró por escrito en la presencia de su superior jerárquico militar (o de una autoridad competente, en otro caso) su voluntad de contraer matrimonio. Esta declaración protocolizada se dirigió al funcionario civil del lugar del otro contrayente. Se perfeccionó entonces ese matrimonio ante dicho funcionario estatal con tal de que el novio declarase ante él su voluntad de contraer matrimonio conforme al § 19 WPStVO.

La decisión de contraer matrimonio emitida ante el superior jerárquico militar era irrevocable; perderá, sin embargo, su validez si el otro contrayente no hubiera hecho su declaración matrimonial ante el funcionario civil dentro de 9 meses (vid. § 13, I, 2, WPStVO)⁶².

Aparte de este supuesto, la WPStVO preveía también el posible casamiento de militares (o personas en situación parecida) estando

61. La sigla WPStVO significa *Personenstandsverordnung der Wehrmacht* = disposiciones de la *Wehrmacht* acerca del estado personal de los militares.

62. El plazo de los 6 meses se ampliaba a 9 meses por la disposición del 27-9-1944 (RGBl. I, 219) y en el supuesto de que la declaración matrimonial se hubiese dado fuera de Europa el plazo se alargó a 18 meses conforme al art. III n.º 1 de la misma disposición.

en el extranjero ante un funcionario militar de justicia (*deutscher richterlicher Militärjustizbeamter*). Dicho funcionario militar era considerado —y poseía las facultades correspondientes— como un funcionario estatal para los efectos de las prescripciones legales generales (cfr., § 22, II, WPSStVO)⁶³. Normalmente estaba previsto que solamente se contraía válidamente matrimonio si los contratantes comparecieran personal y simultáneamente ante él. Sin embargo, existía también aquí la posibilidad de contraer matrimonio a distancia (conforme a lo establecido en los §§ 13 hasta 21 c WPSStVO) ante el funcionario militar con ausencia del varón; pero en este supuesto no era posible ni estaba prevista la ausencia de la mujer, y en esto se distingue del supuesto anterior.

Efectos de dichas celebraciones

La fecha de la celebración del matrimonio era el día en el cual el desposado declaró su voluntad matrimonial ante el funcionario civil. La validez de este casamiento no se altera por el hecho de que el militar de la *Wehrmacht* ya había muerto antes de la fecha en la cual el otro contratante declaró su voluntad⁶⁴. En este último caso se fijó como fecha del casamiento el día de la declaración por escrito realizado ante el superior jerárquico militar⁶⁵.

Cesación de esta legislación.

Los §§ 13ss WPSStVO sobre la celebración de matrimonio a distancia han sido derogados principalmente con la entrada en vigor de la *Ehegesetzgebung* (legislación sobre el matrimonio) del 1-3-1946.

63. En el interior del país dicho funcionario militar podía actuar sólo en el caso de que no existiera el funcionario estatal (vid. § 22 WPSStVO).

64. Conviene recordar que este caso no coincide —aunque de hecho es un casamiento posterior a la muerte— con el supuesto que regula la Ley Federal del 29-3-1951 sobre el reconocimiento de matrimonios posteriores a la muerte (Sobre este particular trataremos en este mismo capítulo en el punto 3.4.). Así se expresa también BLUHM, el «StAZ» (1963), p. 136.

65. Un caso concreto ocurrido en 1941 se puede encontrar en «StAZ» (1963), pp. 134 y 135; damos a continuación una breve síntesis. El sargento alemán J. N. había hecho el día 29-6-1941 por escrito en presencia del superior jerárquico militar la declaración de querer contraer matrimonio con la obrera alemana A. B. La novia hizo ante el funcionario civil competente, en 23-7-1941 su declaración de casarse con el mencionado sargento. Más tarde la esposa A. B. y el órgano estatal recibieron la noticia del fallecimiento del sargento ocurrido

puesto que aquellos contradicen a los §§ 11 y 13 EheG. Se reconocen, sin embargo, plenamente los matrimonios contraídos durante este período en la forma celebrada como matrimonios a distancia. En la «Britische Zone» (zona ocupada por los ingleses después de la Segunda Guerra Mundial) estaban en vigor las disposiciones sobre matrimonios contraídos a distancia hasta el 3-1-1949.

Observaciones a esta legislación.

Parece interesante para nuestra investigación observar, en este supuesto de contraer matrimonio a distancia, el hecho de que el legislador había renunciado al requisito —que en todos los demás supuestos era siempre indispensable— de la mutua presencia y simultánea declaración de voluntad ante el funcionario civil. Este supuesto de casamiento desempeñaba en el derecho alemán el mismo papel que los matrimonios por representante conocidos también en otros ordenamientos. En este caso de los matrimonios celebrados a distancia se da sin embargo la peculiaridad de que para la mayor seguridad jurídica se confiaba la transmisión de la declaración de voluntad exclusivamente a los órganos estatales.

En el caso de que la celebración del enlace se diera tras la muerte del novio (militar), tenemos el fenómeno de una celebración matrimonial entre un contrayente fallecido y otro vivo; este reconocimiento aceptado por el derecho alemán es muy raro y solamente se entiende —conforme a los criterios normales de los cuales el legislador se deja llevar— en las circunstancias especiales de la guerra⁶⁶.

3.2. *AHK-Gesetz n.º 23 sobre los matrimonios de las personas secuestradas y de los refugiados.*

La problemática de las personas secuestradas y de los refugiados era un tema arduo y de gran actualidad en la Segunda Guerra

según el certificado oficial el día 14-7-1941; es decir antes de la declaración matrimonial de la novia. El registro civil —alegando por ello el § 19 II WStVO— declaró que esta celebración había sido válida y rectificó posteriormente la fecha de la conclusión del enlace (antes figuraba en los libros la fecha del 23-7-1941) en el registro matrimonial y fijó como día definitivo de la celebración de las nupcias el día del fallecimiento del militar, es decir el 14-7-1941.

66. El mismo problema surgía ya en el tiempo de la Primera Guerra Mundial, de encontrar una solución de celebrar matrimonio con la ausencia del militar; pero el legislador alemán no dictó ninguna disposición al respecto.



Mundial y en los años siguientes. La situación se mostraba diferente de lo ocurrido después de la Primera Guerra Mundial, donde se contaban unos cien mil apátridas que querían ser repatriados, mientras que en los años cuarenta los miles de personas que buscaban en Alemania asilo político tenían su nacionalidad propia y no la querían perder, puesto que después de una estancia de «algún tiempo» en el extranjero pretendían volver a su país. Pero, ¿cuál era su situación jurídica mientras duraba su estancia? Esta pregunta tiene relevancia, pues más tarde se mostraría que miles de aquellas personas no volverían a su patria.

Este problema ha sido resuelto en parte por vía legislativa a través de una ley del «Rates der Allierten Hohen Kommission» —con el nombre de *AHK-Gesetz* n.º 23 (de 17-3-1950)—, de una legislación particular del legislador federal de Alemania dada por la ley del 25-4-1951 y por último a nivel internacional por la Convención sobre los refugiados de Ginebra (del 28 de julio de 1951)⁶⁷.

La ley que aquí nos interesa sobre todo es la dictada por el «Allierte Kommission». Dicha legislación tenía el objetivo de la integración de las «displaced» personas —cuya situación provocada por la separación física de su patria era en muchas materias jurídico-sociales muy insegura— en el ordenamiento alemán vigente; es decir: dar criterios y bases jurídicas claras a los órganos estatales y a los tribunales para un enjuiciamiento de sus problemas más importantes.

La disposición de la *AHK-Gesetz* n.º 23⁶⁸ afecta solamente a las relaciones jurídicas de las personas secuestradas y a los refugiados. En su artículo 10 se determina tajantemente quiénes pertenecen a estos dos grupos de personas. Se trata de individuos que no poseen la nacionalidad alemana o cuya nacionalidad no se puede averiguar

67. El texto oficial de la Convención está en francés e inglés; la versión francesa se puede encontrar en A. MAKAROV, *Quellen des internationalen Privatrecht*, to. II, Berlín 1960, pp. 323-329. Este convenio está en vigor en Alemania a partir del 2-3-1954.

El estado personal de los refugiados (personas secuestradas y refugiados en el sentido de la *AHK-Gesetz* n.º 23), de los «extranjeros sin patria» (los apátridas) en el sentido de la ley federal del 25-4-1951 y de los refugiados en el sentido de la Convención de Ginebra, es el derecho del estado en el cual ellos tienen su residencia habitual. La Convención lo conecta en primer lugar con la ley del domicilio o en su defecto con la ley de la residencia de la persona.

No se hace ninguna distinción por parte de las leyes entre los refugiados que solamente piden asilo político y aquellos que consideran su país de residencia ya como su nueva patria.

68. La sigla AHK significa *Allierte Hohe Kommission* (Alta Comisión Aliada).

con el solo requisito de que tengan su residencia dentro del territorio de Alemania⁶⁹, y, por último, tienen que poseer un certificado oficial de que se encuentran bajo la tutela de una organización internacional, que cuida por encargo oficial de la ONU estas personas.

Para que a una persona se le pueda aplicar esta legislación⁷⁰ se requieren por lo tanto estas tres condiciones: no poseer nacionalidad o, por lo menos, poseer una nacionalidad incierta; la residencia actual en Alemania y el mencionado certificado oficial, que compruebe su estado personal.

La cuestión de la nacionalidad alemana se puede resolver solamente por el derecho alemán y nunca es aplicable una norma de un ordenamiento extranjero, y en concreto se ha de aplicar la norma de la «Deutsche Reichs-und Staatsangehörigkeitsgesetz» (legislación sobre la pertenencia a la nacionalidad alemana) del 22-7-1913 RGBl. I, 583).

Quienes poseen una doble nacionalidad —y una de ellas es la alemana— no pueden pertenecer a este grupo de las «personas secuestradas y refugiados» en el sentido que determina esta legislación, puesto que no se cumple con el requisito de no ser alemán.

Personas sin nacionalidad, o todos aquellos que por motivos de una pérdida temporal de su memoria o por la dificultad del idioma o por la falta de más pruebas no pueden ser identificados claramente, caen bajo la legislación, con tal que se cumplan los demás presupuestos prescritos.

El requisito sobre la estancia en Alemania está muy poco especificado; según la ley no se exige una morada estable o habitual sino que basta una residencia actual en el momento en que se aplica esta disposición legal. Es decir, todas las personas que abandonen el territorio de Alemania, dejan de estar sometidas a esta legisla-

69. Bajo el término «territorio de Alemania» se ha de entender aquí el territorio del anterior Tercer Reich («Frühere Reichsgebiet»); es decir, comprendía la «anexión» de las regiones del Este, jurídicamente realizada por la Ley «Ost-Rechtspflege-Verordnung» del 10-10-1941. Las regiones que después de la Segunda Guerra Mundial quedaron bajo una administración ajena (p. ej. la polaca) se consideran jurídicamente incluidas en el concepto del «territorio de Alemania». Cfr. L. BRINTZINGER, *Zur nachträglichen Anerkennung kirchlicher Eheschliessungen in den «eingegliederten Ostgebieten» und im «Generalgouvernement (für die besetzten polnischen Gebiete)» (1939-1945) auf Grund polnischen Rechts*, en «StAZ» (1964), pp. 89-96.

70. El texto legal se encuentra en F. MASSFELLER, *Das gesamte Familienrecht*, Frankfurt/a. M. — Berlin, 1958, pp. 1.144-1.147.



ción y, si vuelven otra vez, se les aplicará nuevamente la ley *AHK-Gesetz*, n.º 23.

El certificado oficial es el tercer requisito del art. 10 de esta normativa. Este certificado es necesario, y al mismo tiempo es suficiente, es decir, que no se requieren más documentos de prueba. El concepto de «personas secuestradas y refugiados» ha de ser tomado como una noción formal en el sentido de que quien posee dicha documentación (y cumple las demás condiciones) es, según la presunción de la ley, una «persona secuestrada o un refugiado», aunque de verdad nunca haya sido secuestrado o se haya refugiado.

Aunque *AHK-Gesetz* n.º 23 no se limita a regular las relaciones jurídicas de las personas, aquí nos interesa principalmente las disposiciones concernientes al matrimonio.

En su art. 4 se determina que las personas que caen bajo esta categoría, para la celebración matrimonial en Alemania no necesitan presentar un certificado de soltería («Ehefähigkeitszeugnis»). Esta regulación parece lógica dentro del marco de este régimen. El sentido del certificado de soltería es sobre todo facilitar la prueba de que los novios en cuestión se pueden casar, y sobre ello —con arreglo al art. 13 EGBGB— decide el derecho de ciudadanía de cada uno de los cónyuges. Pero dado que, conforme al art. 1 de esta normativa que estudiamos, en lugar del derecho de ciudadanía se ha de aplicar la legislación del domicilio, que en nuestro caso tiene que ser el derecho alemán; parece evidente entonces que el certificado en este supuesto sobra para las personas en cuestión. En el caso, sin embargo, de que el novio de una persona secuestrada o refugiada sea un extranjero en el sentido del § 10 EheG —sin que él mismo caiga dentro de la categoría de personas determinadas por la *AHK-Gesetz* n.º 23— este contrayente tiene que presentar, con su solicitud para casarse ante el funcionario civil, el certificado de soltería. De este documento se suele dispensar con causas justificadas.

La sanación de celebraciones matrimoniales con vicios de forma.

Uno de los objetivos principales de esta legislación particular era la sanación de aquellos matrimonios que, a consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, padecían vicios de forma pero que por la manera de su celebración merecían ser subsanados.



Los requisitos para la sanación.

La celebración del enlace de personas secuestradas o refugiados tenía que haber tenido lugar ante un sacerdote en Alemania durante el período del 8-5-1945 hasta el 1-8-1948, y según las prescripciones religiosas del credo al que pertenece el ministro religioso. Este matrimonio era para el legislador alemán un contrato ineficaz puesto que esta celebración se había efectuado descuidando las disposiciones del derecho alemán o del derecho del «Kontrollrat» (Consejo de Control).

Para la sanación del enlace viciado se requiere, por tanto, su celebración ante un sacerdote y según las normas religiosas: no se podían sanar matrimonios celebrados ante cualquier otro órgano, estatal o privado, que no poseía competencia.

La *AHK-Gesetz* n.º 23 regula, claramente, el supuesto de la convalidación de matrimonios con vicios en la forma y no con defectos en la materia. El art. 13, III, EGBGB prevé la celebración matrimonial entre extranjeros o apátridas en Alemania y establece la única forma válida para su casamiento: es la establecida por el derecho matrimonial alemán y no por su derecho patriarcal. Esta disposición, inalterada desde su formulación histórica, ha sufrido sin embargo una excepción por la *Kontrollratsgesetz* n.º 52 del 21-4-1947⁷¹ que corresponde al actual § 15 a EheG, por la cual se permite un casamiento entre no-alemanes en la forma de su derecho nacional. Las infracciones de este último régimen —si los matrimonios fueron concluidos ante un ministro religioso— pueden ser sanados conforme a la *AHK-Gesetz* n.º 23.

La inscripción en el Registro Civil Central.

La sanación de estos enlaces viciados se consigue a través de la inscripción en el Registro Civil Central en Hamburgo (vid. art. 6 de la *AHK-Gesetz* n.º 23). La inscripción no se hace de oficio; se precisa una solicitud presentada en Hamburgo antes del 1 de enero de 1951⁷². Los legitimados son los dos cónyuges y, en caso de su fallecimiento, los hijos nacidos de esta unión conyugal.

71. Esta ley del Consejo de Control se encuentra en su boletín oficial «*Amtsblatt des Kontrollrates in Deutschland*» n.º 15 del 31 de mayo 1947, p. 87.

72. El 1 de marzo de 1951 (*Amtsblatt* p. 808) el Consejo de la Alta Comisión Aliada por su ley n.º 48 aplazó la fecha de la inscripción en el Registro Civil Central en Hamburgo y la fijó al 1 de enero de 1952. Cfr. por ello «*StAZ*» (1951), p. 200.



Por lo demás se exige que los solicitantes presenten un certificado matrimonial firmado por el sacerdote asistente a la ceremonia religiosa, o una fotocopia oficial del registro eclesiástico matrimonial. Con ello se pretende conseguir mayor seguridad sobre la autenticidad de la celebración matrimonial.

De acuerdo con lo establecido en el art. 6 de dicho régimen, el funcionario civil ya no ha de examinar si existen impedimentos matrimoniales o si existían en el momento mismo del casamiento; esto se deduce de que la inscripción sólo sana el defecto en la forma.

El texto legal —en el art. 6— lo expresa de la siguiente manera:

'... (por medio de la inscripción) adquiere el matrimonio, con tal que se haga la inscripción en el Registro Civil Central en Hamburgo, desde el mismo momento de su celebración, el mismo efecto legal que si se hubiera celebrado observando las prescripciones formales de los §§ 11 hasta 15 a del *Kontrollratsgesetz* n.º 16'⁷³.

En el supuesto de que hubiesen existido en su día defectos de índole material se producirán las consecuencias que la legislación matrimonial alemana (o el derecho extranjero correspondiente), en el caso de un enlace de acuerdo con el § 15 a EheG, ha previsto para estos defectos. La colaboración del funcionario civil, según lo estipulado en la *AHK-Gesetz* n.º 23, en esta «segunda» celebración matrimonial (que ya había tenido lugar antes en el acto religioso) se reduce a una simple inscripción del hecho anterior —del casamiento— por la cual se sana el defecto en la forma de estas nupcias. Sería obviamente en contra de la voluntad del legislador si a los contrayentes se impidiese la sanación del defecto formal por la existencia de vicios materiales⁷⁴. Con la sanación de la forma

73. Art. 6: «Sind verschleppte Personen oder Flüchtlinge in der Zeit vom 8. Mai 1945 bis zum 1. August 1948 in Deutschland vor einem Geistlichen nach den Vorschriften des Religionsbekenntnisses dieses Geistlichen eine Ehe eingegangen, die infolge Nichtbeachtung der Vorschriften des deutschen Rechtes oder der vom Kontrollrat erlassenen Rechtsvorschriften über die Art der Eheschliessung nicht wirksam zustande gekommen ist, so erlangt die Ehe, sofern sie beim Hauptstandesamt in Hamburg eingetragen wird, vom Zeitpunkt ihrer Eingehung an die gleiche Rechtswirkung, als wenn sie unter Beachtung der Vorschriften des §§ 11 bis 15 a des Kontrollratsgesetzes Nr. 16 geschlossen wäre».

74. No deja de sorprender la actitud del legislador en este punto: una sanación del defecto formal por medio de la inscripción en el Registro Civil en Hamburgo, aunque existan vicios materiales y aquellos se puedan alegar en

se ha conseguido por lo menos un matrimonio existente —en vez de un matrimonio nulo— y, si después alguien denuncia estos defectos materiales para una posible anulación del enlace, éste será un tema diferente. Lo que está claro es: que en el supuesto de un matrimonio existente, pero anulable, los efectos jurídicos —sobre todo para los hijos— son mucho más favorables que en el caso de un matrimonio nulo (vid., §§ 25, 26 y 27 EheG).

Conviene recordar que la legislación de la *AHK-Gesetz* n.º 23 no se ha promulgado con efecto retroactivo, es decir: que si antes de su entrada en vigor (el 31-3-1950), a personas de la categoría de «secuestrados y refugiados» se habían aplicado normas alemanas competentes, estas decisiones o regulaciones permanecen firmes y no pueden ser alteradas por esta nueva legislación.

Resaltamos, por último, que la legislación que acabamos de estudiar había sido dictada por la Alta Comisión Aliada, es decir, el legislador que en aquellos primeros años de la postguerra desempeñaba la única potestad legislativa en Alemania. Los Aliados tenían un interés particular en arreglar jurídicamente el inmenso número de matrimonios⁷⁵ de aquellas personas que estaban perjudicadas especialmente por las consecuencias de la guerra. El legislador alemán que en los años siguientes asumió de nuevo la soberanía respetó totalmente este régimen y esto —nos parece muy interesante— a pesar de que con ello se admitió una excepción del principio inspirador del sistema del matrimonio civil obligatorio, que es su celebración ante el funcionario civil⁷⁶. Situaciones históricas muy peculiares han llevado a la promulgación de esta legislación que permitió lo hasta entonces en Alemania ya casi olvidado: el regular por una ley particular la celebración del matrimonio ante un ordenamiento ajeno —el religioso, cualquiera que sea— de no nacionales

un segundo procedimiento procesal. La razón para este régimen benévolo en cuanto a los esposos, está quizás en la multitud de matrimonios viciados o quizás en la esperanza de que algunos vicios materiales se sanasen con el transcurso del tiempo, pensando, en el fondo, en este principio antiguo: donde no haya acusador no haya reo.

75. La BRD ha concedido desde 1945 hasta 1968 un nuevo domicilio a más o menos 2 millones de refugiados. En el año 1966 seguían viviendo 180.000 refugiados en el territorio de la República Federal de Alemania, despojados de su patria y sometidos a la ley *AHK-Gesetz* n.º 23; los contingentes más numerosos provinieron de Polonia 40.000, Yugoslavia 25.000, Hungría 25.000 y de los estados bálticos 19.000 (vid. «FamRZ» (1968), pp. 1-10).

76. Cfr. para un estudio más profundo sobre la *AHK-Gesetz* n.º 23 y la situación de la posguerra en Alemania: F. MASSFELLER, *Das gesamte...*, o. c., pp. 1.129-1.144 y un artículo del mismo autor en «StAZ» (1951), pp. 130 ss.



y dentro del territorio alemán. Sobre la posibilidad y la admisibilidad de enlaces entre alemanes en forma religiosa volveremos más adelante.

3.3. *Ley Federal del 23-6-1950 sobre el reconocimiento de «matrimonios» de los perseguidos por razones raciales y políticas.*

Dedicamos este apartado a estudiar otra de las pocas excepciones que permitía el legislador de la postguerra, dentro del rígido régimen existente para la celebración de matrimonios. Se trata de situaciones de hecho en las cuales a los interesados era totalmente imposible cumplir lo establecido en cuanto a la forma prevista. Así vivían durante el régimen nacional-socialista miles de personas —y no hay ninguna razón para ponerlo en duda— a las cuales por motivos de raza o de filiación políticas se les había hecho imposible la celebración del matrimonio civil, es decir, ante un funcionario del Estado. Esto es tanto más grave cuanto que en Alemania existía —y existe— solamente el matrimonio civil obligatorio y, por ello, aunque estas personas habían manifestado seriamente su decisión firme de empezar una vida matrimonial estable no les era posible casarse con relevancia político-jurídico-social.

El legislador de la República Federal de Alemania —no proviene dicha regulación de los Aliados— intentaba así reconocer posteriormente aquellos matrimonios de conciencia («Gewissens-ehe») que no se podrían contraer por las Leyes nazis, aplicadas tan arbitrariamente. Especialmente son relevantes aquí los impedimentos matrimoniales provenientes de las Leyes de Nüremberg (die «Nürnbergger Rassengesetze zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre»)⁷⁷, y que prohíben contraer matrimonio entre personas provenientes de la raza aria y sobre todo judía, o que hicieron depender la celebración conyugal de una 'autorización estatal' («staatliche

77. La Ley del 15 de septiembre de 1935 (RGBl I, 1.146) conocida como 'Ley de protección de la raza', se recoge después en el régimen de la EheG 1938. Esta regulación introdujo algunos impedimentos matrimoniales encaminados a vedar el matrimonio entre alemanes o miembros de la raza alemana y judíos o mestizos de judíos. A los gitanos se les incluyó también en este último grupo; como se puede desprender de la sentencia del BGH al respecto del 28-10-1959 en «FamRZ» (1960), pp. 62-64.



Genehmigung») ⁷⁸ que en la praxis es aplicable también como un impedimento matrimonial más.

Estudiando el desenvolvimiento del régimen de estas uniones «ilegales», nos encontramos al principio con diferentes legislaciones dictadas por algunos Estados Federales. Más tarde el legislador optó por intervenir a través de una regulación general para todo el territorio de la República Federal de Alemania, que entró en vigor con la ley de 23-6-1950 (BGBl I, 226). Esta Ley Federal discrepa solamente en muy poco de las disposiciones dadas por los Estados Federales ⁷⁹.

El presupuesto para el reconocimiento de estas uniones.

A los novios, a los cuales por motivos raciales o políticos les era imposible casarse civilmente y que habían manifestado seriamente su voluntad de contraer matrimonio —bien por medio de un matrimonio en forma religiosa, bien por medio de unas declaraciones ante sus parientes o amigos, bien por otro modo concluyente—, si la muerte de uno de los cónyuges hacía imposible la repetición del casamiento (esta vez en forma civil), previa solicitud por parte de los legitimados, la administración jurídica les podría conceder los efectos legales. Estas consecuencias otorgadas equivalentes a las de un matrimonio legal entraron en vigor *ex tunc*, conforme a lo establecido en el § 1, I y 4 de esta legislación. Si se había repetido la conclusión del enlace ante el órgano civil competente antes de la entrada en vigor de dicha Ley Federal, la administración puede retrotraer la fecha de la celebración a su inicio verdadero.

La Ley contempla las siguientes posibilidades por motivos racistas: primero los casos en los que se hubiera prohibido la celebración del matrimonio debido a las leyes nacional-socialistas referentes a la raza; y segundo el caso de que se les hubiera denegado el necesario permiso —del cual ya hemos hablado anteriormente—

78. Así lo determinó el § 3 de la 1.ª AVO del 14-11-1935(RGBI I, 1.334) que detalló más exactamente la Ley del 15 de setiembre de 1935.

79. Son relevantes aquí las siguientes legislaciones estatales (de los Länder): *Baviera*: La Ley del 31-12-1947 (GVBl 1948 p. 2); *Bremen*: La Ley del 31-1-1948 (GBL p. 7); *Hesse*: La Ley del 31-1-1948 (GVBl. p. 117); *Baden-Wurtemberg*: La Ley del 12-1-1948 (Reg. Bl. p. 17); *Renania-Palatino*: La Ley sobre la indemnización de las víctimas del nacional-socialismo del 22-5-1950 (GVBl. p. 175); *Berlin-Occidental*: La Ley del 13-10-1949 (VOBl. I p. 369). En Austria se dio una Ley Federal sobre el reconocimiento de los matrimonios de los perseguidos por razones raciales y políticas del 16-12-1953.

para casarse. Además considera también el supuesto en que los contrayentes nunca hubieran solicitado dicho permiso («autorización estatal») debido a que les parecía imposible conseguirlo, o a que no intentaron casarse civilmente por miedo a las represalias racistas que pudieran tomar los órganos estatales contra ellos.

Desde el punto de vista del derecho no existían en el Tercer Reich impedimentos matrimoniales para los perseguidos por motivos políticos, pero sin embargo, de hecho, los perseguidos en la mayoría de los casos no se atrevían a comparecer ante cualquier órgano estatal y, por tanto, tampoco ante los oficiales de los registros civiles. Por ello este régimen de 1950 quiere ofrecer, a las personas perjudicadas por la situación política, la posibilidad de legalizar sus «uniones libres» con tal de que causas reales hayan impedido a estos súbditos su celebración matrimonial. Estos motivos alegables pueden ser: que estas personas a causa de la persecución política tenían, por ejemplo, que usar apellidos falsos, vivir ocultamente o vivir de otra manera al «margen de la convivencia pública» («Ausserhalb der bürgerlichen Ordnung leben») ⁸⁰, y, por lo tanto, deberían evitar cualquier contacto con el registro civil.

La disposición legal exigía además que los desposados a los cuales se les había prohibido de alguna manera la celebración conyugal ordinaria, a pesar de estas dificultades, permanecieran en su voluntad inalterada de casarse y lo manifestasen de uno de los modos ya mencionados (p. ej. matrimonio en forma religiosa). Esta voluntad de casarse tiene que haber existido —en el supuesto de que un matrimonio civil posterior ya no fuera posible— hasta el fallecimiento del otro consorte.

Los efectos del reconocimiento legal.

Si se dan los presupuestos fijados por la ley, el órgano administrativo judicial del Estado Federal (*Landesjustizverwaltung*) puede atribuir a dichas uniones libres, posteriormente, los efectos jurídicos de un matrimonio legal ⁸¹ —vid § 1, I— siempre que a causa del

80. Sobre el concepto de una vida al 'margen de la convivencia pública' se puede consultar una sentencia del Tribunal Federal administrativo, p. ej. en «FamRZ» (1961), p. 440.

81 La versión alemana dice textualmente: «nachträglich die Rechtswirkungen einer gesetzlichen Ehe zuerkennen».



fallecimiento de un consorte (o de los dos) no se pueda repetir la celebración del enlace. Se ha de establecer la fecha a partir de la cual este matrimonio ha de ser considerado como «sanado» (conforme al § I, 2). Está también previsto —por la Ley Federal en el § 11, II, 1— el atrasar la fecha del casamiento si los novios antes de la promulgación de la Ley (antes de 23-6-1950) se habían casado ya civilmente; este cambio de la fecha del enlace es, sin embargo, solamente lícito para la reparación de daños. La mera pérdida de unos recursos económicos —como puede ser una clasificación desventajosa para los dos consortes en cuanto al pago de sus impuestos— es aceptable solamente si, de acuerdo con la situación económica de los novios, ha de ser considerado objetivamente como muy grave. En cambio cualquier perjuicio de «índole personal-público» (p. ej. el hecho de haber tenido hijos durante el tiempo de la unión libre y su condición de ilegítimos) constituye un motivo suficiente para fijar en una fecha anterior la celebración matrimonial, con las consecuencias jurídicas que esto lleva consigo (en este caso la legitimación de los hijos) (vid. § 1, II, 3).

El reconocimiento dado por parte de la *Landesjustizverwaltung* (Autoridad judicial del *Land*) concede, por tanto, a los consortes que viven en unión de hecho los efectos jurídicos del matrimonio civil, con relevancia legal restroactiva (es decir: los consortes obtienen el estado jurídico de esposos y los hijos nacidos de esta unión son hijos legítimos).

A diferencia de la regulación legal de los matrimonios posteriores a la muerte, el reconocimiento de las uniones libres tiene también consecuencias hereditarias. Sin embargo, para el régimen matrimonial de los bienes, la disposición de los órganos administrativos judiciales no produce efectos retroactivos; dichos efectos están unidos siempre a la celebración conyugal ante el funcionario estatal y empezarán a surgir en el momento de la ceremonia civil; así lo regula el § 1, III.

El procedimiento.

El reconocimiento de estas uniones libres se da solamente previa solicitud. Capacitados para formular esa solicitud están los dos cónyuges, o el sobreviviente, si el otro contrayente había ya muerto. En este supuesto de que hubieran fallecido los dos esposos, cada uno de los hijos comunes puede solicitar el reconocimiento según el § 2, I, II y VI. El plazo para presentar la solicitud ante el órga-

no competente terminó principalmente con la fecha del 31-12-1957⁸². Solamente los presos de la guerra mundial y aquellas otras personas que por su estancia en el extranjero no tenían noticia de esta ley y por ello no podían solicitar el reconocimiento de su unión libre dentro del plazo estipulado⁸³, pueden solicitar su reconocimiento hasta un año después de su vuelta a Alemania (vid. § 2, IV).

En principio son competentes para decretar el reconocimiento legal aquellos «Landesjustizverwaltungen» en cuyo distrito el solicitante, en el momento de su solicitud, tiene su domicilio. El texto legal contiene la fórmula «que se puede reconocer»; esto quiere decir que, aunque existen de hecho los presupuestos jurídicos necesarios, no se puede exigir sin más a la autoridad competente un reconocimiento legal de los efectos jurídicos. La Ley otorga al órgano estatal un cierto margen que, según el «Leitmotiv» de esta disposición, tiene que ser muy estrecho. En el supuesto de que se cumplan los requisitos determinados por la Ley, solamente causas muy graves (p. ej. la probada existencia de impedimentos matrimoniales)⁸⁴ pueden justificar la denegación de la solicitud.

La posible impugnación del reconocimiento.

El reconocimiento o la denegación de las solicitudes cae dentro del concepto del llamado «Justizverwaltungsakt» (un acto judicial de la administración) y no se trata de un simple «Gnadenakt» (acto gracioso). Contra estos actos administrativos los interesados tenían —hasta la entrada en vigor de la nueva regulación de la admi-

82. En un principio el plazo previsto para presentar la solicitud era un año a partir de la entrada en vigor de esta ley; esto significaba hasta el 23-6-1951. La prórroga fue decretada por una enmienda a esta ley por la «Anderungsgesetz» del 7-3-1956 (BGBl. I, 104).

83. La modificación hecha a la Ley del 23-6-1950 por medio de la «Aenderungsgesetz» contenía una disposición bastante peculiar, que nos puede facilitar entender la mente del legislador. Se les imponía a los órganos estatales *ex officio* comunicar a todos aquellos solicitantes que antes habían presentado su expediente fuera del plazo previsto la nueva posibilidad de presentar su solicitud. También hay que pensar en las modificaciones tal vez necesarias y que tenían que efectuar los funcionarios civiles en los registros de defunciones y en los registros de nacimientos para rectificar las anotaciones.

84. Cfr. para ello una resolución del Tribunal Administrativo Supremo de Baviera (BayVGH) de 1957 en la cual se fijó que como «causas que justifican una anulación del reconocimiento de las uniones libres» se ha de entender los impedimentos dirimentes establecidos en los §§ 18 hasta 22 de la EheG 46; vid. p. ej. en «NJW» (1957), pp. 315-318.



nistración judicial (*Verwaltungsgerichtsordnung*, en sigla VGO)⁸⁵ de 1960— el remedio de recurrir por la vía de los tribunales administrativos. Conforme al actual régimen (en el sentido del § 23 EGGVG y del § 179 VGO) se debe apelar a los tribunales ordinarios y en concreto a los *Oberlandesgerichte* como primera y, a la vez, última instancia, puesto que el acto del reconocimiento o de su denegación constituyen un acto administrativo «dentro del ámbito del derecho civil (*ein Verwaltungsakt auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts*).

La impugnación de un decreto de reconocimiento se puede fundamentar o bien en que los requisitos legales no existían o que la actuación del órgano estatal era defectuosa. Un caso evidente —para recurrir contra un reconocimiento— en el supuesto de una subrepción por parte del favorecido⁸⁶.

El legitimado para la acción de impugnación en el caso de la denegación de la solicitud es el mismo solicitante. La ilegalidad de un decreto de reconocimiento por vía de impugnación puede alegarla aquella otra persona que tiene también un derecho a la solicitud del reconocimiento, es decir, el otro consorte, o en el caso del fallecimiento de los dos, los hijos comunes.

Es objeto de gran controversia quienes —aparte de los sujetos mencionados— tienen un verdadero derecho a la acción de impugnación. La jurisprudencia hasta ahora no concede a los herederos perjudicados el derecho de impugnar el decreto otorgando el reconocimiento. Argumentan los tribunales sobre todo que las disposiciones gozan de fuerza retroactiva, y que estaba indudablemente en la mente del legislador no dejar participar a los herederos en el procedimiento del reconocimiento o de su posterior impugnación. Se ha de reconocer que existen motivos serios en cuanto a la seguridad jurídica en materia del estado civil de las personas y en cuanto a la aplicación práctica de esta Ley, que favorecen una estricta exclusión de terceros y que justifica denegarles cualquier intervención en los procedimientos de reconocimiento legal de las uniones libres⁸⁷.

Conclusión.

Hemos analizado en sus rasgos principales la Ley Federal que atribuye la eficacia de un matrimonio civilmente válido a aquellos

85. La VGO del 21-1-1960 publicado en BGBl. I, 17.

86. Beitzke comenta una sentencia del BGH (del 24-10-1956) al particular en «MDR» (1957), pp. 218-221.

87. Una resolución del BVerwG en este sentido, en «NJW» (1961), p. 753.



«matrimonios libres» que por motivos raciales y políticos no pudieron celebrar su matrimonio de forma regular ante el funcionario estatal.

Sobre el enjuiciamiento concreto de estas uniones se ha discutido y escrito bastante y no es fácil su clasificación exacta dentro del Derecho matrimonial alemán. El reconocimiento de aquellas uniones libres se hace —como hemos visto— a través de un acto administrativo⁸⁸ de la autoridad judicial del *Land* en cuestión. El BGH (en la sentencia del 24-10-1956) —siguiendo la resolución anterior del Tribunal Supremo de Baviera (BayVGH) que estableció que: «el acto administrativo substituye al negocio jurídico (que es la base de la conclusión del matrimonio)⁸⁹ ha clasificado el acto de reconocimiento de un matrimonio libre como un acto administrativo que formula un derecho («rechtsgestaltend»). Pero, ¿estos «matrimonios libres» después de su «sanación» son verdaderos matrimonios o no lo son?

El BGH dice estrictamente que no lo son. Por el acto administrativo judicial del reconocimiento no se concluye posteriormente —según su parecer— ningún matrimonio⁹⁰. Esto significa que el acto administrativo no sustituye posteriormente la forma de la celebración matrimonial ausente, antes bien, por medio del acto administrativo se disponen los efectos matrimoniales. Semejante construcción se hace en el derecho de obligaciones en el cual por medio de los actos administrativos se producen los efectos del contrato; solamente que en el derecho matrimonial las consecuencias dispuestas corresponden a la voluntad de los cónyuges, mientras que en el derecho de obligaciones normalmente están contrapuestas, en el caso de un contrato dictado (es decir no libremente negociado).

Pero ¿no es lógico preguntarse, en el plano práctico, en qué consiste la diferencia jurídica del estado de la persona a la cual se concedió los efectos jurídicos de un matrimonio legal, del propio de un matrimonio normal? Además ¿no se titula la Ley Federal expresa-

88. Un trabajo excelente de O. KUESTER en «JZ» (1957), pp. 244-246. El comentario de D. TIETGEN a una sentencia del VGH Munich, en «NJW» (1957), pp. 315-318 y la anotación de G. BEITZKE a la resolución clave del BGH (del 31-10-1956), en «MDR» (1957), pp. 216-221.

89. Las características del acto administrativo son: regulación de un caso singular en el ejercicio de la autorización soberana y por medio de la aplicación de determinadas disposiciones en el campo del derecho público.

90. En la resolución del BayVGH (en DVBl. 56, p. 764) se dice: «Der Verwaltungsakt ersetzt das der Ehe zugrunde liegende Rechtsgeschäft».

mente «Ley sobre el reconocimiento de 'matrimonios libres' de los perseguidos por razones raciales y políticas?».

La dificultad, claro está, se presenta solamente en el caso de que a los prometidos —por la muerte de uno de los dos— les fuera imposible la repetición de la celebración matrimonial ante el indicado funcionario civil ⁹¹.

3.4. *Ley Federal del 29-3-1951 sobre el reconocimiento de matrimonios posteriores a la muerte de un cónyuge.*

La celebración matrimonial después de la muerte de uno de los novios es en el fondo contradictorio —desde el punto de vista del derecho y del sentido común— con la esencia misma del matrimonio, ya que el matrimonio es una unión de vida (comunidad de vida) de los esposos y esto —según la definición— es imposible, después del fallecimiento de uno de los posibles contrayentes.

Por ello en el Derecho anterior tales posibilidades jurídicas eran desconocidos ⁹². Solamente, en tiempos más recientes, los legisladores han pensado —en casos de especial injusticia (los llamados «Härtefälle»)— en admitir celebraciones matrimoniales con seres muertos.

El supuesto concreto que vamos a estudiar surge por unas disposiciones legislativas del Tercer *Reich*. Durante la Segunda Guerra Mundial el Ministro de la Gobernación había recibido de Hitler la autorización, a través de una disposición no-publicada ⁹³ de fecha

91. Hasta el año 1962, 1.211 matrimonios consiguieron el reconocimiento legal de su enlace alegando dicha Ley Federal del 23-6-1950. Solamente fueron rechazadas 385 solicitudes. Cfr. «StAZ» (1963), p. 111.

92. Conocemos, sin embargo, por la historia del derecho de una celebración matrimonial con un contrayente muerto ocurrido —dentro del territorio de Alemania de entonces— en el derecho de los francos. Lo advierte RAUCH, en *Abhandlungen zur Rechtsgeschichte*, to. II, p. 348; cit. por H. Doelle, *Familien...*, o. c., p. 242 en la nota al pie de la página n.º 9. Las novias pusieron las llaves o su cinturón —como muestra de entrega— sobre el cadáver, sobre el ataúd o sobre la tumba del varón. Cit. por G. BOEHMER en «AcP» 150 (1948-49), p. 242.

93. Sobre este hecho de la no-publicación de la disposición versan muchos argumentos de los autores que no quieren aceptar la institución de la conclusión de un matrimonio posterior a la muerte; su argumento principal es: para que una disposición tenga fuerza de ley, hace falta necesariamente la publicación y promulgación de su texto. Así se pronuncia p. ej. L. FINGER, en «StAZ» (1950), p. 14, citando otros autores y juristas de la misma opinión.



6-11-1941. En esa disposición se dispone el enlace entre una mujer y un militar fallecido (durante su actuación en la *Wehrmacht*) con tal que se pueda testificar la voluntad seria, hasta la muerte, de contraer matrimonio entre los dos.

Fundamentándose en esta disposición hitleriana, el Ministerio de la Gobernación redactó y puso en circulación con fecha del 15-6-1943 una circular confidencial que detallaba mejor los presupuestos para un casamiento posterior a la muerte. A raíz de esta circular habían sido contraídos, durante la guerra y también después de su terminación, muchos⁹⁴ matrimonios posteriores a la muerte por virtud de la citada disposición del Ministerio de la Gobernación. Bastaba la simple pronunciación del funcionario civil. La decisión sobre si existía una voluntad seria de contraer matrimonio hasta la muerte la determinaba el Ministro de Gobernación, después de un examen benévolo. Bastaba que existiese o se esperase un hijo del fallecido⁹⁵. Generalmente se fijó como fecha de celebración con efectos retroactivos el día anterior del fallecimiento del varón. La mujer se constituye en verdadera heredera; ella tenía derecho al seguro de una viuda, los hijos de ese «matrimonio» y también los nacidos hasta 302 días después de la muerte del marido gozaban del estado de hijos legítimos, tenían además un derecho legal al porvenir asegurado y el derecho a heredar; se encontraban bajo la tutela de la madre.

Hoy día, sin embargo, los derechos y efectos de estos enlaces son más reducidos y están regulados por la «Bundesgesetz» (ley federal) sobre los efectos jurídicos de una celebración matrimonial posterior a la muerte del 29-3-1951 (BGB1 I, 125). Esta ley federal atribuye a este matrimonio casi todos los derechos jurídicos de un enlace matrimonial según los §§ 11 ss EheG.

El presupuesto concreto.

Es indispensable para la aplicación de este «Bundesgesetz» que un funcionario civil, basándose en una disposición dictada por uno

94. En el corto plazo de 2 3/4 año —entre el 13-6-1943 y el 1-3-1946— habían sido celebrados unos diez mil matrimonios acudiendo a esta regulación. Esto afirma G. BOEHMER, en la p. 238 de su artículo: *Zur nachträglichen (postmortalen) Eheschliessung und Ehescheidung*, publicado en la revista «AcP» 150 (1948-1949).

95. El requisito de que existía una «voluntad seria por parte del militar de contraer matrimonio con esta persona hasta la muerte» se cumplía con la simple manifestación de esta voluntad dada en cartas del fallecido a sus pa-



de los órganos administrativos supremos⁹⁶ —y sólo hasta el 31-3-1946— declarase que se ha contraído matrimonio posterior a la muerte conforme al párrafo § 1, I. Al varón fallecido se le equipara a un hombre que (también después de este casamiento posterior a la muerte) ha sido declarado muerto o cuyo fallecimiento ha sido declarado por una sentencia judicial según las normas del derecho sobre los desaparecidos (vid. § 1, III). La ley federal no tiene, pues, aplicación si no ha sido decretado el casamiento posterior a la muerte por un órgano administrativo supremo o si la disposición ha sido decretada después de la fecha del 3-3-1946.

Efectos de dicho matrimonio.

La ley federal del 29-3-1951 concedía a los así casados los siguientes efectos jurídicos:

1) La mujer adquiere el apellido del marido (§ 1355 BGB) según § 1, I, 1.

2) La mujer tiene derecho al seguro de viuda; sin embargo, el legislador no le concede el derecho a la herencia del marido fallecido. En este punto esta legislación difiere fuertemente de la de Hitler.

3) El hijo del marido y de la mujer tiene, sin embargo, todos los derechos de un hijo legítimo, lleva el apellido de su padre y goza del derecho a la herencia legal.

4) Los efectos jurídicos de este casamiento entran en vigor el día que había sido fijado como fecha del enlace en la pronunciación del funcionario civil; generalmente es el día anterior al fallecimiento del marido.

Enjuiciamiento de este supuesto.

Según el «Führererlass» ('decreto de Hitler') se permitió en Alemania desde el año 1941 «cierto» matrimonio entre una mujer y un militar ya fallecido. Pero siempre —por lo menos en la mente

dres o parientes. Así lo advierte L. FINGER, en su artículo: *Eheschliessung und Ehescheidung nach dem Tode*, en StAZ» (1950), pp. 14-18 y en concreto en la p. 14.

96. Como órgano administrativo supremo en el sentido del § 1 ha de entenderse el anterior ministro de la Gobernación y después de la guerra los

del legislador después de la Segunda Guerra Mundial— se habían considerado estos matrimonios como uniones legales —aunque había juristas que no lo aceptaban⁹⁷— de grado «inferior», puesto que su concepto es inconciliable con la esencia del matrimonio, entendiéndola como relación jurídica conyugal entre personas vivas. Pues una contratación después del fallecimiento de un contrayente tenía que llevar a un *matrimonium non existens*, como se puede desprender de la jurisprudencia posterior en Alemania⁹⁸.

La declaración constitutiva del enlace hecha por el funcionario estatal queda sin efecto jurídico alguno en el caso de que esta declaración hubiese sido manipulada por parte de la mujer o si existen dudas fundadas de que el varón fallecido hubiese celebrado este matrimonio. Bajo la expresión «manipular la declaración» se ha de entender sobre todo un aprovechamiento injusto de posiciones políticas durante el Tercer *Reich* y el hecho de haber prestado datos o documentos falsos o incompletos, con el conocimiento de la mujer⁹⁹.

También los efectos jurídicos, concedidos por la Ley Federal en cuestión, dejan bien claro que estas celebraciones posteriores a la muerte no son enlaces en el sentido jurídico. Solamente el acto administrativo constitutivo del funcionario ha producido algunos efectos jurídicos del matrimonio. Esto se muestra de manera diáfana en el supuesto de que el presunto fallecido siga vivo y vuelva. En este caso, según las disposiciones de la Ley, los dos «consortes» no deben ser considerados de ninguna manera como marido y mujer puesto que falla el presupuesto constitutivo para la aplicación de esta Ley —la muerte del varón— y la Ley no tiene aplicación alguna¹⁰⁰.

órganos estatales que tenían que desempeñar su misión hasta que con la constitución de los *Länder* federales los órganos administrativos supremos federales asumieron esta potestad. Cfr. una sentencia del OLG de Frankfurt en «StAZ» (1953), p. 157.

97. El argumento principal y de mucho peso era que según un sector de la doctrina jurídica— el Ministro de Gobernación no podría dar esta disposición («Dienstanweisung») al funcionario civil de inscribir un matrimonio posterior a la muerte. Conforme al § 131 EheG 38 el Ministro de Gobernación era totalmente incompetente en materia matrimonial; y una simple disposición de Hitler no podría derogar la ley.

98. Vid. OLG Nürnberg, en «FamRZ» (1965), p. 380.

99. Sobre el supuesto de manipulación («Erschleichung») provocada por un engaño de la mujer y la consiguiente anulación de su matrimonio posterior a la muerte, el *Bundesgerichtshof* ha dictado una sentencia importante; Cfr. por ello, «FamRZ» (1954), p. 44.

100. Resaltamos una sentencia muy llamativa que dictó el OLG en Nuern-



3.4.1. *Un caso reciente.*

Recientemente se ha celebrado un matrimonio posterior a la muerte de un sargento alemán en Francia¹⁰¹. Analizamos brevemente este supuesto aunque todavía los tribunales no se han ocupado —según nuestras investigaciones— de este caso y no hay aún sentencia judicial. Un sargento alemán, durante sus servicios militares en la OTAN, en Francia, tenía una prometida francesa y muere unos pocos días antes de que hubiera sido celebrada la boda. Había hecho anteriormente todos los trámites necesarios para las proclamas conforme a la legislación francesa. Algún tiempo después del fallecimiento la novia da a luz un hijo que indudablemente proviene de la unión entre ellos. Conforme a un decreto del presidente francés del 2 de octubre de 1964 y aplicando el artículo 171 Còde Civil se declara, ante el funcionario civil que había recibido el expediente de las proclamas, el matrimonio celebrado entre la novia y el sargento fallecido con la fecha de un día antes de la muerte. Tenemos por lo tanto —según el derecho francés¹⁰²— una celebración conyugal válida.

La base jurídica del derecho francés para esta forma de casamiento se encuentra en el art. n.º 171 Còde Civil (reformado en este sentido el 31-12-1959); esta disposición está incluida dentro del capítulo relativa a las formalidades de la celebración conyugal. Este régimen ha sido introducido en este lugar en el año 1959, a raíz de la enorme catástrofe de la ruptura de la presa de Fréjus. Conforme al lugar que ocupa dentro del derecho matrimonial, se puede deducir que para el legislador francés la admisibilidad de un matrimonio posterior a la muerte es solamente una cuestión de forma. Pero no dudamos que para el legislador el requisito material de la celebración matrimonial es la existencia de dos contrayentes vivos.

Según la regulación general francesa —igual que lo hizo tam-

berg. He aquí el resumen: Incluso la vida matrimonial durante 17 años de una mujer y su presunto marido sobreviviente no podría subsanar este matrimonio, puesto que conforme a las disposiciones de la ley esta unión era un «Nichtehe» (*matrimonium non existens*), en «FamRZ» (1970), p. 246.

101. Cfr. G. BEITZKE, «*Postmortale Ehe eines Deutschen in Frankreich*», publicado por «StAZ» (1966), pp. 93-95.

102. Queremos llamar la atención sobre el caso del derecho polaco que en el art. n.º 13 de la regulación del derecho matrimonial del 25-9-1945 preveía una celebración matrimonial por representante también en el caso del fallecimiento del poderante. Dicha regulación ha sido derogada con la nueva legislación del 25-2-1964. Cfr. S. BOSCHAN, *Europäisches...*, o c. p. 316.



bién la Ley Federal del 29-3-1951—, un matrimonio posterior a la muerte no concede a la mujer el derecho a la herencia del marido fallecido; sin embargo, la esposa puede llevar el apellido del marido (aunque no está obligada a ello)¹⁰³. El hijo común tiene el apellido de su padre y el derecho a la herencia legal.

Los juristas alemanes se preguntan qué consideración merece dicho acto en Alemania.

La legislación de la República Federal de Alemania por la Ley Federal —ya comentada más arriba— del 29-3-1951 ha reconocido matrimonios posteriores a la muerte celebrados antes del 31-3-1946 —después no los ha aceptado ya— y a estas uniones ha concedido ciertos efectos jurídicos. A partir de este momento la jurisprudencia ya no admitía dichos enlaces. Tampoco nos parece posible recurrir —para un caso aislado de reconocimiento de este caso en Francia— al § 11 EGBGB, que regula la remisión a otro ordenamiento civil, puesto que este párrafo se refiere solamente a la forma de la celebración. La razón es la siguiente: el legislador alemán parte del concepto de que, en el supuesto del matrimonio posterior a la muerte, no se trata de una mera cuestión de forma (la comparecencia simultánea de los novios ante el funcionario civil) sino de un requisito material esencial (la existencia de dos contrayentes vivos).

Por lo tanto este matrimonio —celebrado en Francia con aquella forma— tendrá en Alemania el estatuto de un matrimonio inexistente y esto lleva consigo que la novia no puede llevar el apellido del fallecido; la novia no tendrá ningún derecho al seguro de viuda o a la herencia. En cuanto al hijo, se le considera como un hijo ilegítimo, pero puede solicitar —con buenas posibilidades de conseguirlo— el seguro de un huérfano, con tal de que se pruebe claramente que el fallecido es su verdadero padre¹⁰⁴; no tiene derecho a la herencia; sí se le reconoce posiblemente que tiene la nacionalidad francesa, por haber nacido de madre francesa en territorio francés.

De nuestra sucinta exposición, se desprende la complejidad del caso concreto, dada la diversa consideración jurídica de este tipo de matrimonios por parte de los dos ordenamientos y dado que los artículos previstos para un posible «reenvío» aquí no tienen aplica-

103. Por ejemplo: PLANIOL y RIPERT y BOULANGER, *Traité du Droit Civil*, to. I, editado en 1956, p. 373, n.º 895; cit. por el artículo de G. BEITZKE, vid. nota 101.

104. Así lo regula el § 45 del *Bundesversorgungsgesetz* (Ley Federal sobre las rentas y seguros) del año 1964 (21-2-1964).

ción. Sólo queda la posibilidad de esperar a que los tribunales competentes enjuicien este supuesto. Por el momento, sin embargo, nos parece difícil un «posible acercamiento mutuo», dada la existencia de dos tratamientos jurídicos totalmente diferentes¹⁰⁵.

3.4.2. *El ordenamiento español.*

Por consideraciones de derecho comparado y para dar más publicidad a un hecho ocurrido, nos referiremos brevemente al derecho español, donde la figura del matrimonio posterior a la muerte ha existido también. La verdad es que sorprende que este supuesto de hecho no se refleje apenas en los manuales.

Se ha dado en un único caso, y a través de una ley particular, que transcribimos a pie de página¹⁰⁶. En esta situación concreta se da el supuesto de una celebración conyugal prevista para una

105. Nos llama la atención un reciente trabajo de G. BUEHMER, en «StAZ» (1975), pp. 5-10 en el cual el jurista toma la opción de cambiar el derecho matrimonial alemán —en lo que se refiere a las formalidades de la celebración— y de admitir otra vez un régimen de un matrimonio posterior a la muerte para casos especiales. Cita en su artículo la reforma del derecho francés en este sentido de 1959 y argumenta que también en Alemania por su sistema demasiado riguroso, en cuanto a los requisitos formales —las proclamas, etc.— se pueden dar supuestos de que algunos novios no se pueden casar a tiempo, dado el inmenso «Andrang» (concurso de gente) en el registro civil. No estamos de acuerdo con el último argumento sobre todo teniendo en cuenta los datos estadísticos de los años actuales: matrimonios contraídos en 1973, 394.603; en 1974, 377.265; en 1975, 386.681 y en 1976 unos 365.620. Dichas cifras no necesitan más explicaciones. La estadística está tomada del *Statistisches Jahrbuch 1977 für die Bundesrepublik Deutschland*, Stuttgart-Mainz, 1977, p. 68.

106. Texto legal publicado en «Gaceta de Madrid», n.º 222, 10 de agosto de 1935: EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA ESPAÑOLA. A todos los que la presente vieren y entendieren, sabed: Que las Cortes han decretado y sancionado la siguiente LEY: Artículo 1.º Se considera realizado para todos los efectos legales el matrimonio civil del guardia de Asalto D. Manuel Rosado Gómez con doña Asunción Villarín García, que debieron contraerlo el 5 de octubre de 1934 en el Juzgado municipal de Burgos, y no pudieron verificarlo por haber sido destinado dicho día el causante a Oviedo, donde halló muerte luchando con las turbas revolucionarias. Artículo 2.º: Se reconoce a doña Asunción Villarín García todos los derechos que corresponden a la viuda del guardia de Asalto muerto en acto de servicio D. Manuel Rosado Gómez la cual percibirá el haber íntegro que disfrutaba el expresado guardia de Asalto en el momento de su muerte. También percibirá el donativo de 10.000 pesetas que, procedente de la suscripción nacional para la fuerza pública, corresponde a las viudas de los guardias muertos en la revolución de Asturias. Artículo 3.º: Se reconoce a los dos hijos actuales de doña Asunción Villarín García, habi-

fecha exacta ante el Juzgado municipal de Burgos. Este mismo día el novio —un guardia de Asalto— tiene, por una orden militar, que participar en una intervención militar en Oviedo —se trata de la Revolución marxista de octubre 1934— y muere en esta jornada. Diez meses más tarde el Presidente de la República Española —previa la sanción por parte de las Cortes— publica una ley por la cual «se considera realizado para todos los efectos legales el matrimonio civil del guardia de Asalto» (así lo dice una parte del art. 1.º de esta ley) y de su novia. Se legalizaron los dos hijos naturales provenientes de la unión de los novios y se les concedió el derecho al seguro de los huérfanos del Cuerpo. La esposa disfrutará de todos los derechos de una viuda, del derecho a la herencia y al seguro a partir del momento de la muerte de su marido, que es la fecha fijada por la disposición legal de la celebración matrimonial entre el guardia de asalto y su novia.

Llama la atención que la propuesta de esta Ley haya sido promovida a las Cortes por parte del ministro de Hacienda lo cual podría significar que las razones que motivaron esta legitimación fueron principalmente de carácter económico. La vía normal nos parece hubiera sido recurrir a través del Ministerio de Justicia.

El Juez de primera Instancia de Mataró, en el año 1945 quiso aplicar esa ley para el reconocimiento de hijos ilegítimos. La Dirección General contestó con una resolución del mismo año¹⁰⁷ —alegando para su respuesta esta Ley de 8 de agosto de 1935— que para

dos de D. Manuel Rosado Gómez, todos los derechos civiles, y entre ellos los que les corresponden a los huérfanos del Cuerpo. Por tanto, Mando a todos los ciudadanos que coadyuven al cumplimiento de esta Ley, así como a todos los Tribunales y Autoridades que la hagan cumplir. La Granja a ocho de Agosto de mil novecientos treinta y cinco. NICETO ALCALA-ZAMORA y TORRES.— El Ministro de Hacienda: Joaquín CHAPAPRIETA Y TORREGROS.

107. Resolución de 18 de Junio de 1945, publicada por Dirección General de los Registros y del Notariado. «Sobre reconocimiento de hijos naturales. Vista la consulta elevada a este Centro por V. S. y considerando: 1.º Que mientras no tiene lugar un acto jurídico no puede producir efectos legales, ya que cualquiera de las partes puede desistir de prestar su consentimiento antes o en el momento de su celebración. 2.º Que aunque se concediera validez al matrimonio celebrado, éste no afectaría al inscrito como hijo natural de la madre, pues el reconocimiento debe efectuarse con arreglo a las normas del artículo 131 del Código Civil y sólo, una vez reconocido, podría pasar a la condición de hijo legítimo. 3.º Que la cuestión sometida a consulta sólo tiene en la Legislación española el antecedente de la Ley de 8 de Agosto de 1935, en virtud de la cual, por haber muerto el marido en la Revolución de Asturias, se consideró como celebrado el matrimonio proyectado, pero hay que tener en cuenta que la autorización fue concedida por una Ley, que el varón había muerto en la Revolución marxista de Octubre de 1934 y que los dos hijos ha-

poder declarar como celebrado un matrimonio inexistente, es preciso una ley autorizándolo y para que el otro cónyuge lleve los apellidos del difunto es necesario un documento hábil para producir el reconocimiento.

Lo expuesto —no cabe duda— es el supuesto clásico de una celebración matrimonial posterior a la muerte de un cónyuge. Lo peculiar de este caso es que el órgano legislativo —las Cortes Españolas— decretan una ley particular para el reconocimiento de un matrimonio. Esto puede significar que el legislador no veía conveniente —por la poca frecuencia de estos supuestos o quizá para mejor enjuiciamiento de cada caso— establecer un régimen estable y con carácter general para esta forma de contraer matrimonio.

3.4.3. *El divorcio posterior a la muerte de un cónyuge.*

Una figura jurídica semejante a la que acabamos de tratar, es la institución del divorcio posterior a la muerte de un cónyuge.

Esta institución surge también de una legislación particular del Tercer *Reich* y en concreto entró en vigor con el n.º 5 DVO al EheG 38 con la fecha del 18-3-1943. Esta disposición nunca había levantado dudas acerca de su validez jurídica —tanto en el aspecto formal como material—, puesto que había sido publicada y promulgada en debida forma en el RGBl. 1943 I, 29 por parte del Ministro de Justicia que —según lo dispuesto en el § 131 EheG 38— estaba suficientemente legitimado. No vamos a descender a más detalles —pues se saldría de los límites de nuestro trabajo— sino dar referencia de la literatura donde está tratado ampliamente este tema; literatura ciertamente abundante, porque en los círculos jurídicos se produjo una gran polémica, sobre si de hecho es posible un divorcio después de la muerte o no¹⁰⁸.

bidos del mismo habían sido reconocidos legalmente por los dos padres. Esta Dirección general ha acordado resolver la consulta en el sentido de que no se puede declarar como celebrado un matrimonio inexistente a no ser que se publique una Ley autorizándolo y no puede el inscrito llevar los apellidos del difunto, si no ha quedado documento hábil para producir el reconocimiento. Dios guarde a V. S. muchos años. Madrid, 18 de Junio de 1945.—Señor Juez de Primera Instancia de Mataró».

108. Un trabajo sobre los «divorcios posteriores a la muerte de un cónyuge» está recogido en «StAZ» (1950); pp. 17-18 con más citas de referencia al caso.



Acabamos este punto —el supuesto de la celebración del divorcio posterior a la muerte de un cónyuge— resaltando el hecho de que todas estas legislaciones particulares son el resultado de situaciones históricas difíciles y en las cuales el legislador prescinde de sus principios y disposiciones rigurosas para la celebración matrimonial —o el divorcio— y da más credibilidad a las declaraciones de las personas. Por ello se entiende este supuesto muy particular de que para el contrato matrimonial baste una voluntad interna e incluso solamente supuesta (no manifestada externamente).

III. EL MATRIMONIO CONTRAÍDO EN FORMA RELIGIOSA ANTE EL DERECHO CIVIL ALEMÁN.

1. *Introducción.*

Como hemos puesto de relieve repetidas veces a lo largo de esta exposición, la legislación alemana reglamenta el matrimonio de modo autónomo, y de acuerdo exclusivamente con las necesidades estatales.

Este régimen del BGB vigente hoy en día tiene las siguientes características: es una reglamentación exhaustiva y exclusiva que niega categóricamente el carácter y los efectos de matrimonio a cualquier otra unión que no corresponda a las prescripciones de la ley civil. Según el criterio del BGB —y en concreto en su última versión en la Ley de Matrimonio de 1946— no existe más que un matrimonio: el reglamentado a través de las normas civiles.

Nuestro objetivo en este punto es comentar la Ley que implantó, en su día, el sistema del matrimonio civil obligatorio y las pocas excepciones que la legislación ha establecido para dar reconocimiento a los enlaces celebrados en forma religiosa o para, al menos, no considerarlos como acciones ilegales.

El enfrentamiento en Alemania con los matrimonios religiosos tuvo su verdadero inicio en la fecha del 6 de febrero de 1875¹⁰⁹, en la que se dictó para todo el Imperio —estamos de lleno en el empeño de unificación y centralización del Imperio— la Ley del estado civil de las personas, que introdujo en todo el país el ma-

109. Es de pocos conocido que el Imperio alemán ya había impuesto, con la Ley de 4 de mayo de 1870 («Auslandspersonenstandsgesetz») —ley que se refiere al estado civil de las personas en el extranjero— el sistema del matrimonio civil obligatorio para los enlaces de alemanes contraídos en el extranjero.

trrimonio civil obligatorio, eliminando la jurisdicción eclesiástica y estableciendo, por parte del Estado, los impedimentos y prescripciones formales del matrimonio ¹¹⁰.

No es este el lugar apropiado para exponer todos los datos históricos, las situaciones peculiares de aquella época ¹¹¹ y las motivaciones que llevaron a la implantación del matrimonio civil obligatorio; lo que sí se puede señalar es que nos encontramos en un tiempo en el que se limitaba el poder de los estados federales y de las iglesias, para consolidar y unificar de este modo el Imperio alemán. En la misma época tuvo lugar la pertinaz lucha del «Kulturkampf», llevada a cabo por el canciller *von Bismarck*, que se dirigió sobre todo contra la Iglesia Católica y contra el partido «Zentrum» de corte católico.

La legislación civil —surgida en este tiempo histórico al cobijo del clima del «Kulturkampf»— en lo referente a la materia matrimonial se presentaba abiertamente con una orientación anticatólica y adhiriéndose más bien a ideas protestantes. Dicha afirmación es conocida y aceptada por todos los juristas, sean católicos o protestantes ¹¹².

Con esto se entiende también la separación nítida, promovida por el legislador civil dentro del concepto de la celebración conyugal, entre la ceremonia civil y religiosa del enlace. Según la opinión dominante de los luteranos, siguiendo en lo esencial a su maestro Lutero, es posible dicha separación —como piezas autónomas y sin relaciones mutuas— de una parte «pactable» dentro del ámbito estatal y de otra situada en terreno religioso. Y por ello,

110. El afán de conseguir una separación tan nítida entre el enlace civil y el matrimonio religioso era tan grande que el PStG de 1875 estableció expresamente que a los ministros religiosos no se les pudiese nombrar funcionarios estatales. Dicha disposición estuvo vigente hasta el año 1937.

111. Sobre la situación política en el Imperio Alemán de aquella época vid. p. ej. SCHWERIN, Claudius v., *Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte*, Berlin, 1941, pp. 340-348.

112. Por parte católica citamos p. ej. K. MOERSDORF, *Der hohe Preis der zivilen Ehe*, en «FamRZ» (1954), pp. 123-125; dice ahí: «Das System der Zwangszivilehe wurde uns für Gesamtdeutschland in der Kulturkampfzeit als späte Frucht der französischen Revolution beschert, als offene Kampfmaßnahme gegen die katholische Kirche».

La gran autoridad protestante Rudolph SOHM lo ve de esta manera en su libro, *Die obligatorische Zivilehe und ihre Aufhebung*, Weimar, 1880: «illiberal und intolerant» (...) eine Vergewaltigung zugleich der christlichen Sitte und des nationalen Rechtsbewusstseins».



en la parte civil solamente interviene —y de modo exclusivo— la autoridad estatal¹¹³.

El católico, sin embargo, está convencido de que su consentimiento conyugal —creador del matrimonio indisoluble— lo puede emitir sólo y únicamente en el momento de la verdadera celebración matrimonial; esto en la mayoría de los casos —no vamos a considerar aquí, dentro de nuestra visión esquematizada, el supuesto de la dispensa de la forma canónica— se realiza contrayendo el matrimonio canónico. De acuerdo con —o, mejor dicho, obligados por— la legislación estatal, los novios católicos se acercan al Registro Civil para asegurar los efectos civiles de su enlace, puesto que el legislador no les deja otra opción para conseguirlos. Por lo tanto, se les fuerza a dar ante un funcionario del Estado su consentimiento mutuo del que están perfectamente convencidos de su total ineficacia para la verdadera unión matrimonial. Opinan que esta declaración es meramente fingida y sin ninguna consecuencia personal, es decir, ni se consideran ni se comportan como esposo y esposa¹¹⁴.

1.1. *La historia y la problemática del discutido párrafo 67 PStG.*

La historia del régimen del matrimonio civil obligatorio, y por consiguiente del rechazo de todos los enlaces contraídos en forma religiosa, coincide en gran parte con la introducción misma del párrafo 67 PStG (Ley del estado civil de las personas).

113. Para un estudio más completo en lo que respecta a este tema vid. p. ej. H. A. DOMBOIS, en *weltliche und kirchliche Eheschliessung*, en la Colección *Glauben und Forschung*, 6, Gladbeck 1953, pp. 110 ss.; M. GERPE GERPE, *La potestad del Estado en el matrimonio de cristianos y la noción contrato-sacramento*, Salamanca, 1970, pp. 65-69; A. BELLINI, *Il matrimonio nel protestantismo*, en Enciclopedia del matrimonio, Brescia, 1965, pp. 292-323.

114. Sobre la problemática que se presenta al católico ante una discrepancia sustancial de las normas canónicas y leyes civiles en temas matrimoniales, ver el artículo de Amadeo de FUENMAYOR, *La actitud del cristiano ante la legislación matrimonial civil*, en «Palabra», número especial, agosto-setiembre 1969, pp. 29-31. El Magisterio de la Iglesia ha hablado muy claramente en muchas ocasiones. Reseñamos a modo de ejemplo la Alocución «*Acerbissimum vobiscum*» del 27 de setiembre de 1852 del Papa Pío IX: «Pero ningún católico ignora o puede ignorar que el matrimonio es verdadera y propiamente uno de los siete sacramentos de la ley evangélica, instituido por Cristo Señor, y que, por tanto, no puede darse el matrimonio entre fieles sin que sea al mismo tiempo sacramento, y, consiguientemente, cualquier otra unión de hombre y mujer entre cristianos, fuera del sacramento, sea cualquiera la ley,

El § 67 PStG en su formulación inicial del año 1875 dice así:

«Un sacerdote o ministro religioso, que realiza las ceremonias religiosas de un enlace matrimonial antes de que le hayan demostrado que el matrimonio ha tenido ya lugar ante el funcionario civil, se castiga con una multa que puede ascender hasta 300 marcos o con una pena de prisión, hasta de tres meses»¹¹⁵.

No deja lugar a dudas lo que se pretendía conseguir con esta disposición de carácter penal; con ello se prohibía tajantemente —con el respaldo de las penas que lleva anejas la disposición— casarse en forma religiosa si antes no había procedido a la celebración matrimonial en forma civil que, según la opinión del legislador estatal, era lo verdadero y únicamente importante en la celebración matrimonial. En el caso de infracción de esta ley, no se castigaba a los consortes sino al sacerdote. Este razonamiento es ilógico e inconsecuente por parte del legislador, puesto que si de verdad intentaba cortar de raíz los matrimonios contraídos en forma religiosa, tenía que imponer penas principalmente a los mismos contrayentes. Además, como es sabido de todos los juristas, según la doctrina de la Iglesia Católica, los ministros del sacramento del matrimonio son los mismos novios y no el sacerdote, que solamente es el testigo cualificado que asiste a él. Existen además supuestos que imposibilitan practicar la forma ordinaria y en los cuales ni siquiera interviene el sacerdote, sino que los contrayentes se pueden casar en la presencia de dos testigos laicos (cfr. CIC can. 1.098).

Para las iglesias protestantes la introducción de este punto no era de relevancia primordial, puesto que ellos parten de la regulación del matrimonio como contrato, que estiman de exclusiva competencia del poder estatal; así Lutero en ciertas ocasiones des-

aun la civil, en cuya virtud esté hecho, no es otra cosa que torpe y pernicioso concubinato tan encarecidamente condenado por la Iglesia; y, por tanto, el sacramento no puede nunca separarse del contrato conyugal, y pertenece totalmente a la potestad de la Iglesia determinar todo aquello que de cualquier modo pueda referirse al mismo matrimonio». Cit. por D. Z. 1.640.

115. El texto original citado por F. MASSFELLER y W. HOFFMANN, *Das Personen...*, o. c., III, Neunter Abschnitt, 1. Párrafo 67 PStG 1875: «Ein Geistlicher oder anderer Religionsdiener, welcher zu den religiösen Feierlichkeiten einer Eheschliessung schreitet, bevor ihm nachgewiesen worden ist, dass die Ehe vor dem Standesbeamten geschlossen worden sei, wird mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft».



cribe el matrimonio como «ein weltlich Ding» o «ein weltlich Geschäft» («un asunto secular o un negocio civil») ¹¹⁶. En la práctica de las iglesias protestantes, por lo tanto, la función del ministro se reduce casi siempre y exclusivamente a la administración de la bendición nupcial a los contrayentes del enlace.

Tal disposición del año 1875 prohibió cualquier celebración matrimonial en forma religiosa antes de la celebración conyugal conforme a las leyes civiles, aunque, claro está, la intención del legislador civil se dirigió fundamentalmente contra los matrimonios canónicos y la pretensión de la Iglesia Católica de tener Ella la exclusiva jurisdicción sobre el matrimonio de sus fieles.

Con la Ley de introducción al BGB (EGBGB) —en vigor a partir del 1 de enero de 1900— el Código civil alemán (en concreto, por su artículo 46 III EGBGB), optó por añadir el siguiente párrafo al § 67 PStG:

«No existe delito cuando el sacerdote o el ministro religioso realiza las ceremonias religiosas del enlace en caso de enfermedad mortal —que no permite demora— de uno de los novios» ¹¹⁷.

Esto significaba ciertamente una atenuación de parte del legislador civil respecto a lo formulado anteriormente en el párrafo 67 PStG. Su formulación inicial, como ya hemos visto, no permitía

116. Por ejemplo: en su obra *Von Ehesachen* dice textualmente: «Es kann ja niemand leuchnen, das die Ehe ein aeusserlich, weltlich Ding (matrimonio como un asunto exterior, secular) ist, wie Kleider und Speise, Haus und Hof, weltlicher Obrigkeit unterworfen; wie das beweisen so viele Kaiserliche Rechte darueber gestellet». Además, en su obra *Tischreden* es donde dice: (...) Zum anderen so geht die Ehe die Kirche nicht an ('Por lo demás, el matrimonio no es asunto que incumba a la Iglesia') (...) ist ausser derselben, ein zeitlich weltlich Ding, drum gehoert sie fuer die Obrigkeit». Cit. por E. FRIEDBERG, *Das Recht...*, o. c., pp. 157 ss.

Tomando como telón de fondo dicha actitud de las iglesias protestantes, resulta coherente el enorme descenso de las celebraciones matrimoniales religiosas; disponemos solamente de los datos de las iglesias protestantes de la República Federal de Alemania. En 1963 de 100 parejas protestantes, unos 86 contraían matrimonio en forma religiosa, mientras en 1975 lo hacían solamente 68; es decir, ha tenido lugar una disminución de un 21 por ciento. Cit. por K. A. ODIN de su artículo *Die kranke Ehe*, en «FamRZ» (1978), p. 1.

117. Cfr. F. MASSFELLER y W. HOFFMANN, *Das Personen...*, o. c., III. Neunter Abschnitt, p. 1: «Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden wenn der Geistliche oder der Religionsdiener im Falle einer lebensgefährlichen, einen Aufschub nicht gestattenden Erkrankung eines der Verlobten zu den religiösen Feierlichkeiten der Eheschliessung schreitet».

ninguna excepción en favor del reconocimiento de un matrimonio religioso.

Durante la República de *Weimar* se dio una VO (ordenanza de ejecución) el 6 de febrero de 1924¹¹⁸ que afectó directamente al párrafo 67 PStG. Con dicha ordenanza se substituyeron, en la redacción anterior del § 67, las palabras 'una multa que puede ascender hasta 300 marcos' por la nueva fórmula de 'una multa que puede variar entre 3 y 10.000 marcos' (se sobreentiende «Reichsmark», en este contexto histórico).

No hemos encontrado muchos datos positivos que revelasen el *Leitmotiv* de dicho cambio de régimen. Nos parece, sin embargo, que aunque es de agradecer la actitud del legislador de fijar la pena mínima —sobre todo, si se trata de una cantidad de solamente tres marcos— el aumento de la pena hasta incluso 10.000 marcos da claras muestras de una agravación del acto delictivo por parte del legislador civil.

La disposición penal del § 67 PStG sufrió nuevamente un cambio. Con la entrada en vigor el 20 de julio de 1933— del *Reichskonkordat* entre la Santa Sede y el *Reich* alemán se disponía a través del artículo 26 del Concordato una notable restricción de lo anteriormente establecido. Este artículo va a ser en tiempo posterior una de las materias discutidas y frecuentemente expuestas a diferentes interpretaciones por las dos partes contratantes. Junto a esta disposición del artículo 26 aparece un comentario explicativo en el Protocolo Final del Concordato.

El art. 26 en su texto oficial de la versión italiana reza así:

«Senza pregiudizio di un ulteriore e più ampio regolamento delle questioni di diritto matrimoniale, si è d'accordo che il matrimonio religioso possa essere celebrato prima dell'atto civile, oltre che nel caso di malattia mortale di uno degli sposi che non consenta dilazione, anche nel caso di grave necessità morale, la cui esistenza deve essere riconosciuta dalla competente Autorità vescovile. In questi casi, il parroco è tenuto ad informarne senza indugio l'ufficio di Stato civile»¹¹⁹.

118. Dicha VO está publicada en RGBl. I, 44.

119. Cfr. A.A.S., vol. 25 (1933), pp. 403-411.

El art. 26 del *Reichskonkordat* dice así: «Unter Vorbehalt einer umfassenderen späteren Regelung der eherechtlichen Fragen besteht Einverständnis darüber, dass, ausser im Falle einer lebensgefährlichen, einen Aufschub nicht gestattenden Erkrankung eines Verlobten, auch im Falle schweren sittlichen



El Protocolo Final, que en su totalidad hace referencia a catorce artículos del Concordato, dice en relación con el art. 26:

«Si verifica una grave necessità morale, quando difficoltà insormontabili, o che non si possono rimuovere senza eccessivo incomodo, impediscono di poter produrre a tempo debito i documenti necessari alla celebrazione del matrimonio»¹²⁰.

Durante el régimen nazi —exactamente con fecha 3 de noviembre de 1937¹²¹— el § 67 PStG volvía otra vez a ser objeto de una modificación sustancial. Se le transformó, dándole la siguiente versión:

- «1) Quien realiza las ceremonias religiosas de un enlace conyugal antes de que el matrimonio haya sido contraído ante el funcionario civil, será castigado con una multa o con pena de prisión¹²².
- 2) No será castigado, sin embargo, si uno de los contrayentes sufre una enfermedad mortal que no permite demora»¹²³.

Sin embargo, lo establecido en el artículo 26 del Concordato alemán recientemente pactado —por lo menos teóricamente— no sufría modificaciones algunas, por dicho cambio del año 1937.

Notstandes, dessen Vorhandensein durch die zuständige bischöfliche Behörde bestätigt sein muss, die kirchliche Einsegnung der Ehe vor der Ziviltrauung vorgenommen werden darf. Der Pfarrer ist in solchen Fällen verpflichtet, dem Standesamt unverzüglich Anzeige zu erstatten». Citado por W. WEBER, *Die deutschen Konkordate und Kirchenverträge der Gegenwart*, Göttingen, 1962, pp. 24-31.

120. El párrafo complementario del Protocolo Final reza así: «Ein schwerer sittlicher Notstand liegt vor, wenn es auf unüberwindliche oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand zu beseitigende Schwierigkeiten stösst, die zur Eheschliessung erforderlichen Urkunden rechtzeitig beizubringen». W. WEBER, *Die deutschen...*, o. c., p. 31.

121. Esta modificación había sido publicada en RGBl. I, 1.146.

122. Esta formulación por su carácter general es bantante equívoca. Como afirma H. DOELLE, en su libro, *Das Familienrecht...*, o. c., p. 190, los jueces aplicaban en estos casos las penas máximas establecidas por la ley penal, es decir, en concreto hasta 5 años de prisión y hasta una multa de 10.000 *Deutsche Mark*, conforme a los §§ 16 y 27 StGB respectivamente.

123. Cfr. RGBl. I, 1.146: (1) Wer die religiösen Feierlichkeiten einer Eheschliessung vornimmt, bevor die Ehe vor dem Standesbeamten geschlossen ist, wird mit Geldstrafe oder mit Gefängnis bestraft. (2) Eine Bestrafung tritt nicht ein, wenn einer der Verlobten lebensgefährlich erkrankt und ein Aufschub nicht möglich ist».



El texto del § 67 PStG actualmente en vigor proviene de una nueva legislación del 18 de mayo de 1957:

§ 67 PStG:

«Violación legal de la celebración del matrimonio religioso antes de haber realizado el enlace civil. Quien realiza un matrimonio religioso o las ceremonias religiosas de un enlace matrimonial, sin que antes los contrayentes hayan comparecido ante el Registro Civil, con intención de querer contraer matrimonio, comete una irregularidad, a no ser que uno de los prometidos sufriese una enfermedad grave y no sea posible un aplazamiento, o que exista una necesidad moral, que no se pueda allanar, y cuya existencia venga testificada por el órgano competente eclesiástico de derecho público»¹²⁴.

1.2. Valoración crítica del § 67 PStG.

Hasta aquí la breve síntesis del desenvolvimiento histórico de las diversas formulaciones del § 67 PStG.

En una valoración de este conjunto de materias regulado a través de la Ley del estado civil de las personas (PStG) se ha de destacar que por el § 41 PStG de 1875 se introdujo de modo obligatorio para todo el Imperio alemán el principio del matrimonio civil obligatorio. Dicho principio, vigente durante todo el período de tiempo posterior, está regulado y garantizado actualmente por el art. 11 I EheG 46.

El § 67 PStG 1875 preveía la penalización «de las ceremonias religiosas de un enlace matrimonial» realizadas por un sacerdote u otro ministro religioso, a no ser que le hayan demostrado que el matrimonio tuvo lugar ante el funcionario civil. El régimen del § 67 PStG vigente ya no se basa en la «prueba» sino en el «supuesto

124. Cfr. F. MASSFELLER y W. HOFFMANN, *Das Personen...*, o. c., III, Neunter Abschnitt, p. 1: § 67 PStG «Ordnungswidrigkeit bei kirchlicher Trauung vor standesamtlicher Eheschliessung.

Wer eine kirchliche Trauung oder die religiösen Feierlichkeiten einer Eheschliessung vornimmt, ohne dass zuvor die Verlobten vor dem Standesamt erklärt haben, die Ehe miteinander eingehen zu wollen, begeht eine Ordnungswidrigkeit, es sei denn, dass einer der Verlobten lebensgefährlich erkrankt und ein Aufschub nicht möglich ist oder dass ein auf andere Weise nicht zu beherrschender sittlicher Nostand vorliegt, dessen Vorhandensein durch die zuständige Stelle der religiösen Körperschaft des öffentlichen Rechts bestätigt ist».

de hecho» de una anterior celebración civil. Desde el punto de vista del derecho material, no es de notar una diferencia fundamental.

Bajo la terminología de «ceremonias religiosas de un enlace matrimonial o de matrimonio religioso» —dado que no existe ninguna definición legal al respecto— se debe entender cualquier acción que según el rito de la Iglesia o de las comunidades religiosas causa o acompaña la celebración del matrimonio, de modo que los contrayentes se consideren por este hecho como esposo y esposa desde el punto de vista religioso.

El legislador fijó el orden temporal de sucesión de las ceremonias, primero el matrimonio en forma civil ante el funcionario estatal y después —si los novios lo quieren— el casamiento en forma religiosa ante el ministro de su credo. Con esta disposición, respaldada jurídicamente por una pena, que regula el orden de las ceremonias se da, por lo menos indirectamente, una valoración de las mismas formas que, claro está, va en detrimento de la forma religiosa. Más aún, para la aplicación del § 67 PStG es totalmente irrelevante si la celebración civil se realiza después de la ceremonia religiosa o se prescinde de ella; los dos casos provocan la misma infracción de la disposición legal del § 67 PStG.

La vigente versión del § 67 PStG ha llevado consigo un cambio importante, puesto que en el texto original y hasta la formulación actual —desde el 31 de diciembre de 1957— se trataba de una acción penal («strafbare Handlung») mientras hoy se emplea solamente el término de «incurrir en una irregularidad» («Ordnungswidrigkeit»). Tampoco se trata de una verdadera irregularidad —en el pleno sentido jurídico de la palabra— puesto que la infracción del § 67 PStG no lleva aneja ninguna conminación de pena. Esto no estaba conforme con la mente del legislador y no era positivamente querido por él en un principio¹²⁵. En el órgano legislativo se celebraron deliberaciones arduas —en dichas sesiones se pronunciaron diferentes opiniones, así desde la total substitución del § 67 PStG

125. La facción de los social-demócratas (SPD), que formuló y presentó por vez primera —el día 21-2-1957— en el *Bundestag* esta enmienda del § 67 PStG en su versión actual, pensaba que no hacía falta fijar expresamente una conminación de multa.

Argumentaban que, conforme al art. 5 de la «Ordnungswidrigkeitengesetz», dice así: 'La multa mínima es de dos marcos y, si la ley no lo determina de otro modo, la máxima puede ascender a 1.000 marcos'. Esta opinión de los social-demócratas, ha sido rechazada generalmente. Por ello se afirma hoy que el § 67 PStG es el caso de una irregularidad sin sanción. Sobre la génesis del actual § 67 PStG cfr. W. STEIN-MUELLER, *Kann ein Geistlicher mit Geldbusse belegt werden*, en «AfkKR» 130 (1961), pp. 471-477.

hasta su permanencia como antes—, y por fin se decidió adoptar este nuevo régimen: la irregularidad que no lleve aneja sanción.

Tal reglamentación no nos parece más que un compromiso por parte del legislador civil, dentro del abanico presentado de posibilidades, que intentaba así reconciliar las dos corrientes diversas. Por un lado están los que pretendían separar el matrimonio religioso totalmente del enlace civil y que —basándose en la opinión luterana de que «el matrimonio es un negocio secular» (*weltliches Geschäft*)— apoyaban tozudamente el sistema de matrimonio civil obligatorio. En el lado contrario estaban todas las opiniones que intentaban demostrar que el § 67 PStG —en la actual y en la anterior formulación— era irreconciliable con lo establecido en las Leyes Fundamentales de la República Federal de Alemania. Para probar ese carácter anticonstitucional dichos juristas recurrieron sobre todo a los artículos 2 I, 4 I y 4 II GG; estos textos hacen referencia al ejercicio de la religión de cualquier ciudadano y al derecho del libre desarrollo de la personalidad. Los artículos concretos dicen así:

art. 2 GG

«I) Todo el mundo tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad, en la medida que no lesione los derechos de otros y que no se oponga al orden constitucional establecido.»

art. 4 GG

«I) La libertad de creencia y de conciencia y la libertad de profesión religiosa e ideológica son inviolables.

II) El libre ejercicio del culto está garantizado»¹²⁶.

El ejercicio del derecho del ciudadano al libre desarrollo de su personalidad tiene —conforme a lo establecido en el art. 2 I GG— estos tres límites: los derechos de los demás, el orden constitucional y la ley moral.

126. Art. 2 GG (1): «Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmässige Ordnung oder das Sittengesetz verstösst». Art. 4 GG (1): «Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich (II): Die ungestörte Religionsausübung wird gewährleistet». Cit. por *Corpus Constitutionnel*, o. c., pp. 267-268.



El supuesto que estamos considerando de la penalización y de la prohibición del enlace contraído en forma religiosa antes de haber celebrado matrimonio civil —y a esto se reduce en definitiva la controversia que plantearon los juristas anteriormente mencionados, del § 67 PStG con el art. 2 I GG— ¿está justificado por el «límite» del orden constitucional?¹²⁷.

Contestamos por partes: El matrimonio contraído en forma religiosa es, según la consideración del Estado, un *nullum*, y por ello, parece ser que no puede oponerse al orden constitucional, es decir, a la esfera del orden público. Es en verdad contrario a toda lógica jurídica que una acción sea penalizada por infringir el orden público, si esta misma acción ha sido clasificada —por el legislador estatal— como un negocio jurídico totalmente irrelevante, sin efecto ninguno. Lo que jurídicamente no tiene importancia alguna, como p. ej. el enlace matrimonial de una novela presentada por los actores de un teatro¹²⁸, no se penaliza, sino por el contrario hay que tratarlo en todos los campos, como si no existiese tal negocio. Cuando, sin embargo, se imponen penas a un acto religioso se le reconoce así, por lo menos de modo indirecto, como un acto jurídico con cierta relevancia y se hace constatar que se combate los actos religiosos con el derecho público del Estado. Y esto, exactamente, es el supuesto considerado en el art. 4 II GG, por el cual se prohíbe dicha actuación tajantemente al Estado.

Este razonamiento se hacía a lo larzo de la historia del § 67 PStG de uno u otro modo¹²⁹.

127. Así se pronunció el jurista HOESLINGER, en su trabajo: *Oeffentliche Ordnung und kirchliche Trauung*, en «Jur. Bl.» 69 (1947), pp. 377 ss. Cit. por «OEAKR» (1950) p. 14: «Wenn jedoch der Gesetzgeber ein kirchlich Eherecht überhaupt nicht kennt, wenn für ihn eine kirchliche Trauungshandlung völlig Luft ist, dann kann er schwerlich sagen, dass eine solche rechtlich irrelevante Handlung aus Gründen der öffentlichen Ordnung zu verbieten sei, weil sie in Konkurrenz zur staatlichen treten könne». ('Pero, si el legislador no conoce en absoluto un derecho matrimonial religioso, si para él, el hecho de una celebración religiosa no tiene sentido, entonces difícilmente podrá decir, que tal acción irrelevante se pueda prohibir por razones de orden público, ya que esta podría suponer una alternativa al orden estatal'). En este sentido se pronunció el Tribunal Constitucional de Austria del 19-12-1955; publicada la sentencia en «JZ» (1956), pp. 216-218.

128. Ejemplo tomado de G. DUERIG en su artículo: *Die Verfassungswidrigkeiten des § 67 des Personenstandsgesetzes*, en «FamRZ» (1955), pp. 337-341.

129. P. ej. ya en el año 1927 el jurista TRIEBBS, en su colaboración: *Der § 67 PStG* publicado en la *Festschrift für Porsch*, calificó al § 67 PStG como una «*lex plus quam perfecta*», puesto que, según él, existe una clara contradicción: 'tenemos una acción meramente religiosa, que no afecta para nada al Estado y

Como hemos ido señalando en lo anteriormente expuesto, es muy fácil encontrar una y otra vez —en las revistas especializadas— la opinión que afirma el carácter anticonstitucional del § 67 PStG. Dicha corriente se ha visto apoyada por los juristas austriacos y por una sentencia importantísima, pronunciada por el «Oesterreichischer Verfassungsgerichtshof» (Tribunal Constitucional de Austria) del 19 de diciembre de 1955¹³⁰.

El fallo en síntesis dice lo siguiente: El § 67 PStG contradice el derecho al libre ejercicio de la religión y al derecho —concedido a las iglesias y comunidades religiosas legalmente reconocidas— de ordenar y administrar autónomamente sus materias internas, garantizados por los artículos 14 y 15 del StGG (*Staatsgrundgesetz*), del 21 de diciembre de 1867, como también por el art. 63 del Tratado de Estados de St. Germain.

Desde el momento del «Anschluss» (13 de marzo de 1938) Austria llegó a ser una parte del Tercer *Reich* y, por ello, estaba vigente también allí la Ley del estado civil de las personas (PStG). Años antes de la resolución del Tribunal Constitucional la jurisprudencia austríaca había aplicado con todo rigor el § PStG; así se había dictado sentencia firme por el «Oberste Gerichtshof» (Tribunal Supremo) de Viena (21 de setiembre de 1950) en un litigio contra dos sacerdotes. Se les castigaban con 200 *Schilling* o 15 días de prisión y 100 *Schilling* o una semana de prisión respectivamente¹³¹.

El estricto régimen del § 67 PStG con su tenaz prohibición de celebrar el matrimonio en forma religiosa antes de haber contraído el enlace en forma civil admitió por vez primera unos supuestos de excepción —si dejamos de lado el caso de una enfermedad mortal ya previsto en la formulación del 1 de enero de 1900— convenidos en el *Reichskonkordat* de 1933. Esto, sin embargo, significaba que lo ahí estipulado solamente se refería a la celebración de matrimonios canónicos y no a los celebrados según otros credos.

El art. 26 del *Reichskonkordat* establece dos posibles supuestos de celebración canónica antes de la contratación civil: «nel caso di malattia mortale di uno degli sposi che non consenta dilazione, anchè nel caso di grave necessità morale (...)». El caso de una enfermedad mortal de uno de los contrayentes es —dentro del mar-

a la cual el legislador estatal excluye intencionalmente de cualquier efecto civil, a la que, sin embargo, le impone una pena estatal'.

130. Cfr. «JZ» (1956), pp. 216-218.

131. Cfr. W. PLOEHL, *Die Peripetie des österreichischen Eherechts*, en «OEAKR» (1951) pp. 47-62.



gen, no muy grande, de posibles interpretaciones— exactamente fijado, mientras que el otro supuesto de «grave necessità morale» se constituyó en tema discutible. Por ello se entiende que ya en el protocolo final del Concordato de 1933 se hizo un primer intento en determinar qué es y cuándo ocurre el supuesto de una grave necesidad moral.

Sobre todo en los años del régimen nazi con sus leyes racistas se dieron con cierta frecuencia casos en los que el Estado se negaba a otorgar a determinadas personas los documentos necesarios para la celebración del enlace civil¹³². En estas circunstancias históricas surgieron los matrimonios canónicos a los cuales asistieron sacerdotes, alegando el citado artículo del *Reichskonkordat*, sin que hubiera tenido lugar una celebración civil anteriormente.

Años más tarde, en la posguerra, con la peculiar situación de los refugiados y de las personas que vivían en un «Rentenkunbinat» (un concubinato motivado por el deseo de no perder la renta de los dos consortes), otra vez era relevante el supuesto de «una grave necesidad moral».

En este último contexto hay que situar un cambio de notas verbales entre la Santa Sede y el Gobierno alemán —realizado con fechas 16 y 17 de julio de 1956— tratando de interpretar nuevamente el art. 26 del *Reichskonkordat*. Dicha Nota Verbal que consta solamente de dos puntos aceptados por las dos partes contratantes decía así:

«1. No puede considerarse como motivo suficiente para acogerse a la existencia de una grave 'necesidad moral' que justifique el que la ceremonia matrimonial religiosa preceda al enlace civil, el mero hecho de que el matrimonio civil

132. Cuando el citado estado impide —según el régimen del matrimonio civil obligatorio— el contrato civil, de modo indirecto prohíbe también contraer matrimonio religioso. Esto manifiesta la complejidad del supuesto y el posible conflicto de las conciencias. En este caso hay canonistas de gran prestigio (p. ej. K. MOERSDORF, en su trabajo sobre el tema del matrimonio civil obligatorio: *Zwangszivilehe...*, o. c.) que recurren a la Sagrada Escritura para argumentar la necesidad de observar el orden divino: Apo. V, 29: «*Oboedire oportet Deo magis, quam hominibus*». O citando palabras de A. de FUENMAYOR, en *La actitud...*, o. c., p. 30: «Dos cosas aparecen por demás diáfanas: que los ordenamientos canónico y civil sobre el matrimonio de los cristianos pueden, lícitamente, no coincidir y que tal discrepancia no exonera, en conciencia, a los súbditos de la Iglesia de la plena observancia del régimen canónico (...). El tema es simple por demás, todo se reduce en este punto a ejercer la libertad civil con conciencia cristiana, que ha de saber distinguir siempre (es el gran problema práctico de nuestra época) entre lo lícito civil y lo lícito moral».

conllevarse para los contrayentes un perjuicio de carácter exclusivamente económico.

2. Según el artículo 26 y existiendo las circunstancias en él enumeradas, está permitida la celebración matrimonial religiosa antes del enlace civil. Dicha disposición presupone que, en dichos casos, la ceremonia civil seguirá al enlace religioso. Por lo tanto, esta reglamentación no es aplicable en los casos en los que los motivos expuestos por los contrayentes, en su petición para celebrar la ceremonia religiosa con anterioridad al enlace civil, excluyen la posibilidad de dicho enlace civil después del religioso»¹³³.

En la versión italiana de la «Nota Verbale» de la Secretaría de Estado a dichos dos puntos se añade un párrafo breve pero muy significativo:

«Naturalmente la Santa Sede mantiene il suo punto de vista, e cioè che i casi espressi nel Protocollo Finale all'art. 26 sono esemplificativi, non esclusivi»¹³⁴.

La controversia sobre si esta determinación del Protocolo Final tiene o no carácter exclusivo, que el Gobierno alemán en años anteriores intentaba interpretar en el sentido de exclusivo —es decir, que la grave necesidad moral ha de provenir de las dificultades para conseguir los documentos requeridos—, ha sido aclarado por dicho cambio de notas.

Coinciden las partes contratantes en que el supuesto de una

133. «Nota Verbal» cit. en «AfkKR» 130 (1961), pp. 193-194. Los dos puntos convenidos dicen así, en su versión alemana:

1. «Ein schwerer sittlicher Notstand, der die Vornahme der kirchlichen Einsegnung der Ehe vor der Ziviltrauung rechtfertigt, liegt nicht vor, wenn mit dem Vollzug der Ziviltrauung für die Nupturienten ausschliesslich wirtschaftliche Nachteile verbunden wären.

2. Nach Artikel 26 darf beim Vorliegen der dort vorgesehenen Umstände die kirchliche Einsegnung der Ehe vor Ziviltrauung vorgenommen werden. In dieser Bestimmung wird vorausgesetzt, dass in den in ihr erwähnten Fällen die Ziviltrauung der kirchlichen Einsegnung der Ehe folgen soll. Daher ist diese Bestimmung nicht anwendbar, wenn die in dem Ansuchen der Nupturienten um Vornahme der kirchlichen Trauung vorgebrachten Gründe den Vollzug der Ziviltrauung nach der kirchlichen Einsegnung der Ehe ausschliessen».

134. *Ibidem*. «Der Hl. Stuhl behält selbstverständlich seinen Standpunkt bei; d. h., die im Schlussprotokoll zitierten Fälle —bezüglich des Artikel 26— sind beispielhaft und nicht ausschliesslich zu interpretieren».



«grave necesidad moral» no se da cuando con la realización del enlace civil surgen desventajas, pero solamente de índole económica para los contrayentes. También están de acuerdo en que normalmente a la ceremonia religiosa debe seguir la ceremonia civil, es decir, que no se pretende de antemano una única celebración en forma canónica. Pero según el parecer de la Santa Sede los supuestos mencionados en el Protocolo Final del *Reichskonkordat* —el caso de la dificultad en llevar a efecto los pasos requeridos para el enlace civil— son solamente ejemplificativos y no los únicos posibles.

Posiblemente para no provocar demasiados choques con el legislador civil los órganos eclesiásticos competentes han exhortado a sus sacerdotes a seguir el siguiente régimen en casos de «una grave necesidad moral»: estudiar caso por caso, presentar sobre él un informe al episcopado y pedir la decisión del Ordinario; se ha de esperar su contestación y proceder según ella¹³⁵.

Con la entrada en vigor del actual § 67 PStG (18 de mayo de 1957), el legislador estatal ha extendido el supuesto de la «necesidad moral», a todas las comunidades religiosas, de modo que no se aplica solamente al caso del matrimonio canónico. Este «éxito» —así lo parece a primera vista— de lo establecido por el *Reichskonkordat* y después por el actual § 67 PStG no es de tanta importancia jurídica como se puede pensar, y como de hecho enjuicia el hombre de la calle.

Los enlaces contraídos en forma religiosa, en los dos supuestos —una enfermedad grave y una necesidad moral— regulados por el § 67 PStG, son los únicos que desde el punto de vista del legislador civil —no hablamos aquí del caso del matrimonio canónico, p. ej., que ante la Iglesia pueden tener plena validez— han comportado jurídicamente que el ministro religioso que asistió a la ceremonia religiosa no incurriera en ninguna irregularidad. Sin embargo, y esto para los consortes es lo más importante, los así casados han contraído un matrimonio religioso sin efecto civil alguno. Así, p. ej. en el caso del casamiento entre dos contrayentes de los cuales uno está grave y muere de hecho poco después del enlace religioso,

135. Cfr. Instrucción de la Sede Episcopal de Hildesheim, 8 de noviembre de 1957, en «AfkKR» 127 (1957-1958), pp. 485-486. De modo análogo se habían ya pronunciado los obispos austríacos en su Conferencia de Otoño de 1950; lo citamos aquí, puesto que la situación en Austria es muy semejante a la de República Federal de Alemania. Cfr. «OEAKR» (1951), p. 97.

el cónyuge sobreviviente ante la ley civil no ha adquirido los derechos de esposo, ni puede obtener las rentas legales de la viudez¹³⁶.

Esta regulación nos parece que ha puesto de relieve una vez más la actitud del Estado: que quiere «consagrar» con el § 67 PStG sólo y únicamente que el matrimonio se ha de celebrar primeramente ante los órganos del Estado y después cada cual puede hacerlo según sus opiniones religiosas personales. Dicho principio viene exigido, según los civilistas, por el orden público del Estado. No entramos a discutir a fondo tal planteamiento, sólo nos parece más congruente con este razonamiento el castigar a los mismos contrayentes del enlace y no a los ministros religiosos asistentes¹³⁷.

Acabamos este punto ofreciendo un párrafo del PStG, en concreto el § 67 a, sin precedentes en la legislación alemana, que fue introducido con la reforma del 18 de mayo de 1957. Dicho artículo dice así:

«Deber de comunicar la celebración de un matrimonio religioso contraído antes del enlace civil.

El que contraiga matrimonio por la Iglesia o haya hecho una ceremonia religiosa de enlace matrimonial análoga, sin haber declarado los novios previamente ante el funcionario del Estado que quieren unirse en matrimonio, comete un delito, si no lo comunica inmediatamente por escrito al funcionario del Estado»¹³⁸.

136. Queremos resaltar este hecho por su peculiaridad y por no ser siempre bien entendido. En este sentido rectificamos una interpretación errónea de un punto del Concordato entre la Santa Sede y Alemania, que hace M. GERPE en su, por lo demás, interesante libro *La potestad del Estado en el matrimonio de los cristianos*, Salamanca 1970. En la página 180 se puede leer la siguiente frase: «El concordato con Alemania (20 de julio de 1933) no llega a conceder efectos civiles al matrimonio canónico, más que en casos de excepción». Como hemos intentado demostrar a lo largo de las últimas páginas, el *Reichskonkordat* —en ningún supuesto— llegó a considerar que el Gobierno Alemán concediese efectos civiles a los matrimonios canónicos. Lo único sobre lo que se convino es que, en los dos supuestos, se podía contraer enlace religioso, sin que los sacerdotes asistentes cometiesen una acción delictiva; no se convenía, sin embargo, que dichos matrimonios religiosos tuviesen efectos civiles.

137. Nos parece interesante —sobre esta problemática— llamar la atención sobre el nuevo PStG de la República Democrática de Alemania. Dicho régimen, que entró en vigor el 16-11-1956 (publicado en DDR-GBl. p. 1.283), y que a partir de entonces se separó de la Ley del estado civil de las personas (PStG) de la República Federal de Alemania, no contiene ya ninguna prescripción análoga al § 67 PStG anterior. Por lo cual, desde entonces, en la DDR puede ser lícita una celebración religiosa del matrimonio antes de la civil.

138. Cfr. F. MASSFELLER y W. HOFFMANN, *Das Personen...* o. c., III, Neunter Abschnitt, § 67a, PStG p. 1: «Anzeigepflicht bei Vornahme einer kirchlichen



Dicho § 67 a, PStG contiene como se ve, la obligación, que recae sobre cualquier persona que ha realizado un matrimonio religioso o las ceremonias religiosas de un enlace conyugal, de comunicar esta acción inmediatamente al Registro Civil. Se trata también en este caso de una irregularidad que no lleva aneja ninguna sanción.

Hasta aquí sobre este § 67 PStG: una disposición legal, como hemos visto, sometida a cinco enmiendas —en buena parte sustanciales— y que constituye sin duda alguna, ayer y hoy, una de las piezas claves en el sistema matrimonial alemán.

2. ¿EXISTEN CASOS DE RECONOCIMIENTO POR PARTE DEL ESTADO DE LOS MATRIMONIOS CONTRAÍDOS SOLAMENTE EN FORMA RELIGIOSA?

2.1. *Clasificación de los matrimonios contraídos en forma religiosa.*

El legislador civil alemán en su riguroso sistema de obligatoriedad del matrimonio civil anterior al religioso había admitido, sin embargo, algunas —y bien determinadas— excepciones a lo largo de los 100 años de historia de este régimen.

Estos casos de excepción del sistema matrimonial civil obligatorio —es decir, casos de reconocimiento de matrimonios informes celebrados en forma religiosa— se pueden clasificar en tres grupos:

a) Por el § 15 a EheG, introducido en la Ley de Matrimonio por la «Kontrollratsgesetz» n.º 52 de fecha 21 de mayo de 1947, se prevé que los extranjeros se pueden casar en Alemania de acuerdo con su régimen matrimonial nacional. El legislador —«Rat der Alliierten Hohen Kommission»— pretendía con ello, en primer lugar, dar la posibilidad a los súbditos de los Estados de Ocupación, de contraer matrimonio en Alemania, conforme a su Derecho nacional. Pero hoy en día —de acuerdo con una interpretación que se ha ido generalizando con el transcurso de los años y después de múltiples controversias—, no existe ya ninguna duda de que este artículo es aplicable a todos los extranjeros, y no solamente a los de los Estados ocupantes.

Trautung vor standesamtlicher Eheschliessung. Wer eine kirchliche Trauung oder die religiöse Feierlichkeit einer Eheschliessung vorgenommen hat, ohne dass zuvor die Verlobten vor dem Standesamt erklärt hatten, die Ehe miteinander eingehen zu wollen, begeht eine Ordnungswidrigkeit, wenn er dem Standesamt nicht unverzüglich schriftlich Anzeige erstattet».

El § 15 a EheG en su versión traducida al castellano, dice:

«I) «Como excepción a lo dispuesto en los parágrafos 11, 12, 13, 14, 15 y 17 de esta Ley, el matrimonio entre dos prometidos en que ninguno de los dos sea de nacionalidad alemana puede contraerse ante una persona que tenga competencia para ello, concedida legítimamente por las autoridades del país al que pertenezca uno de los contrayentes, y según la forma dispuesta en las Leyes de dicha nación»¹³⁹.

De la lectura de este artículo se desprende que constituye una excepción a la Ley de Matrimonio en cuanto a la forma del casamiento; pero en realidad el § 15 a EheG ha de interpretarse en primer lugar como una reserva al art. III, EGBGB y se contrapone al principio: «Celebración del matrimonio en el interior: la forma —necesariamente en cuanto a la forma sustancial— se regula de acuerdo con lo dispuesto en el interior» (o citando la expresión breve de L. Raape: «Inlandsehe - Inlandsform»¹⁴⁰). Por lo tanto, el § 15 a, I EheG, no es una prescripción de derecho material, sino una norma conflictual que pretende conseguir una atenuación del abuso provocado por el art. 13, III, EGBGB, en el campo jurídico-político.

El art. 15 a EheG no es un ejemplo de disposición jurídica de alta calidad, aparte de que late siempre en el fondo la dificultad de su interpretación exacta. Por las circunstancias políticas de entonces, la Ley de Matrimonio se publicó en tres idiomas con valor oficial: inglés, francés y ruso. Por ello las dudas de interpretación que suscita la versión alemana pueden resolverse acudiendo a los textos oficiales de la ley.

De un análisis sistemático del § 15 a EheG se sigue que la validez de un matrimonio en Alemania, con base en dicho párrafo, depende del cumplimiento de cuatro condiciones:

139. El texto original del § 15 a EheG dice: (I) Als Ausnahme von den §§ 11, 12, 13, 14, 15 und 17 dieses Gesetzes kann eine Ehe zwischen Verlobten, von denen keiner die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, vor einer von der Regierung des Landes, dessen Staatsangehörigkeit einer der Verlobten besitzt, ordnungsgemäss ermächtigten Person in der von den Gesetzen dieses Landes vorgeschriebenen Form geschlossen werden».

140. L. RAAPE utiliza esta fórmula brevísima, p. ej. en *Internationales...*, o. c., p. 248. «El matrimonio contraído en el interior debe regularse según la forma de este país».



- los dos novios tienen que ser extranjeros (se admite el caso de que uno sea apátrida);
- la celebración del enlace ha de celebrarse ante una persona —sea representante diplomático o sacerdote— válidamente *autorizada por el gobierno de su país*;
- por lo menos uno de los prometidos tiene que poseer la nacionalidad del Estado autorizante;
- el matrimonio ha de celebrarse en conformidad a la forma prescrita en el país autorizante. Por ello, un posible defecto en la forma se debe valorar según la legislación extranjera.

De acuerdo con los grandes intérpretes de la Ley de Matrimonio —Doelle, Raape, Gernhuber, etc.—, y conforme a la jurisprudencia constante¹⁴¹ se da en Alemania validez a los matrimonios contraídos en forma religiosa solamente cuando el ministro religioso está legitimado con una autorización expresa por parte del gobierno de su país (es decir, por parte del poder civil). Aquí indirectamente se hace alusión a la opción tomada por el legislador alemán de que lo único que vale es en el fondo el matrimonio civil obligatorio; en el caso de los extranjeros, se tolera que sea celebrado ante un sacerdote que cuenta con una legitimación estatal. Se desconoce que el poder civil tiene por derecho natural la obligación de dar plena validez —otorgándole plenos efectos civiles— al matrimonio canónico celebrado entre bautizados.

En cuanto a la licitud y la validez de la celebración del matrimonio en forma religiosa ante un sacerdote dotado de una autorización por el país correspondiente, es muy expresiva la argumentación del Tribunal Supremo:

«Por medio de este nombramiento el gobierno del correspondiente Estado garantiza que, por la colaboración del ministro religioso —nombrado para ello—, la celebración matrimonial realizada en Alemania en presencia del sacerdote causa un matrimonio verdadero en el sentido de su ordenamiento»¹⁴².

141. Resolución del BGH del 22-1-1965 en «FamRZ» (1965), p. 311 y la sentencia del BayObLG del 15-12-1965 en «StAZ» (1966), p. 11.

142. Citado por la anotación n.º 14 de EheG § 15 a de F. MASSFELLER y W. HOFFMANN, *Personenstandsgesetz: Kommentar*, to, I, o.c.; el texto alemán reza así: «Durch diese Benennung bürgt die Regierung des betreffenden Staates dafür, dass durch die Mitwirkung des von ihr benannten Geistlichen, die von diesem in Deutschland vollzogene Eheschliessung im Sinne seiner Rechtsordnung eine wirkliche Ehe begründet».

Antes del fallo del Tribunal Supremo se trataba el problema a nivel político, es decir, se realizaban negociaciones entre el gobierno alemán y los estados interesados a través de sus embajadores. Como resultado de ello el gobierno español facilitó con fecha del 2-3-1964 al gobierno alemán una lista de sacerdotes que tenían la autorización, lo mismo hizo el gobierno griego a través de una nota verbal del 15-6-1964.

Esto significaba que todas las uniones celebradas con anterioridad a las mencionadas fechas —de españoles y griegos— en forma religiosa eran para el ordenamiento alemán unos matrimonios inexistentes con todas las consecuencias que esto lleva consigo. La autorización otorgada a los ministros religiosos no tenía valor retroactivo ¹⁴³.

Conocemos bien la problemática que plantean estas autorizaciones. En el interior del país, por ejemplo, la «autorización especial» («Spezialermächtigung») que se da a los ministros religiosos para asistir a las ceremonias matrimoniales es totalmente irrelevante. Por ello estas listas, con los nombres de los sacerdotes autorizados especialmente no dicen mucho y, desde el punto de vista jurídico, son muy problemáticas porque en cuanto que los sacerdotes tienen ya en dichos píses una «autorización general» —es el cauce normal a través del cual se concluyen los enlaces— sobra una autorización especial.

b) Por la Ley Federal sobre el reconocimiento de las celebraciones matrimoniales de urgencia del 2 de diciembre de 1959 ¹⁴⁴ («Gesetz über die Anerkennung von Nottrauungen»), el legislador estatal, en su afán de mitigar las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo del período final de la Guerra, dio reconocimiento legal a ciertas uniones conyugales.

143. Citamos en este sentido p. ej. la sentencia del *Amtsgericht Bielefeld* del 28-7-1964 que dice así: «Los matrimonios de los súbditos españoles contraídos en Alemania solamente en forma religiosa (se ha de sobreentender «canónica») son tan sólo válidos conforme al Derecho civil alemán con tal que hayan sido concluidos ante un sacerdote de la religión católico-romana, autorizado especialmente para esto desde el 2 de marzo de 1964», cit. por «FamRZ» (1964), pp. 566-569. En cuanto al supuesto de un matrimonio entre griegos de religión ortodoxa en Alemania, puede consultarse una decisión del *Bundesgerichtshof* del 22-1-1965 en «FamRZ» (1965), pp. 311-315.

144. Dicha ley está publicada con el texto íntegro en F. MASSFELLER, *Das gesamte... o. c.*, pp. 907-910. Un comentario a esta legislación se puede encontrar en H. DOELLE, *Das Familien... o. c.*, pp. 222-224.



En la parte dispositiva de la ley (en concreto, el § 1, I a) se exige para obtener el reconocimiento que:

— el enlace tenía que haberse celebrado en el territorio de aplicación del PStG del 3 de noviembre de 1937 o en los territorios ocupados por el *Wehrmacht*;

— con fecha de celebración dentro del 1 de enero de 1945 al 1 de agosto de 1948;

— el enlace tenía que haber sido presenciado por un hombre de confianza en los campos de guerra, o un antiguo funcionario civil, o un funcionario militar de justicia u otra autoridad alemana incompetente.

Pero lo que aquí interesa especialmente es lo establecido en el § 1, Ib¹⁴⁵. Se admitía la formulación de la solicitud al Registro Civil de Hamburgo de los contrayentes de un matrimonio contraído ante un sacerdote en el período comprendido entre el 1 de diciembre de 1945 al 1 de agosto de 1948. El texto legal dice así:

§ 1, Ib «en el territorio del *Reich* al este de la línea Oder-Neisse dentro de los límites del 31 de diciembre de 1937 en Danzig, en el antiguo país de Memel, en los territorios del oeste que habían sido anexionados o en el anterior territorio del Generalgouvernement. Quienes en estos territorios hubieran contraído matrimonio, podían presentar la solicitud ante un sacerdote.»

De la parte dispositiva de esta Ley Federal se deduce que el legislador estatal dio —previa la solicitud de uno de los consortes o, en el caso del fallecimiento de los dos, por solicitud de los hijos comunes— reconocimiento legal a dichos matrimonios informes, contraídos en forma religiosa ante un ministro de cualquier credo religioso.

El legislador concedía pleno reconocimiento —*ex tunc*¹⁴⁶— a estos matrimonios informes con tal que se cumpliesen estos requisitos:

145. El texto alemán del § 1 Ib citado por F. MASSFELLER, *Das gesamte...*, o. c., p. 908 dice así: «b) Im Reichsgebiet östlich der Oder-Neisse-Linie innerhalb der Grenzen vom 31-12-1937, in Danzig, im ehemaligen Memelland, in den eingegliedert gewesenen Ostgebieten oder im früheren Generalgouvernement vor einem Geistlichen» (geschlossene Ehe).

146. Sin embargo, los efectos patrimoniales se producían sólo a partir del día de la inscripción en el Registro Civil Central de Hamburgo —es decir, *ex nunc*—, a tenor de lo establecido en el § 1 (2).

- el enlace debía ser contraído en un territorio determinado del Tercer *Reich*;
- con una celebración conyugal dentro del plazo fijado por la ley;
- El enlace debía haber sido celebrado ante un sacerdote (o ante una de esas personas citadas conforme a lo establecido en el § 1, Ia).

Se trata, por tanto, de una legislación semejante a las cuatro leyes que hemos analizado en el capítulo II en los puntos 3.1. hasta 3.4. —que regulan cuatro supuestos de celebraciones matrimoniales en las cuales, sin embargo, el posterior reconocimiento de tales uniones —por parte del ordenamiento civil— no se basa en el hecho del matrimonio religioso, sino en otros motivos como, por ejemplo, por ser personas refugiadas que no podían celebrar el enlace en la forma civil¹⁴⁷.

c) Existen en la jurisprudencia alemana otros casos de reconocimiento de matrimonios religiosos que no se pueden incluir en los dos grupos anteriores.

El legislador alemán aplica rigurosamente, como acabamos de ver en el punto anterior, el sistema de matrimonio civil obligatorio, y admite pocas excepciones. Los casos que veremos a continuación son, sin duda, supuestos excepcionales y aislados que por su especial situación han conseguido posteriormente el «refrendo» del legislador estatal.

El denominador común de estos casos es que se trata de algunos enlaces contraídos en forma religiosa, canónica y no canónica; es decir, ante un ministro religioso, pero que después, por motivos diversos, no habían sido celebrados en la forma civil. Se trata, por tanto, de los supuestos que en el primer capítulo habíamos llamado

147. En la República Democrática de Alemania no se ha dado nunca reconocimiento legal a esas celebraciones matrimoniales de excepción. Cfr. p. ej. una sentencia del Tribunal (*Oberlandesgericht*) de Gera, publicado en «NW» (1950), p. 60.

En Austria se amplió legislativamente el 16 de septiembre de 1959, el reconocimiento del matrimonio —*Bundesgesetz* del 16-9-1959 en BGBl. p. 208, publicado en «StAZ» (1960), p. 25—: desde entonces se da la posibilidad de lograr, por vía judicial, el reconocimiento estatal de los matrimonios celebrados —entre el 29 de junio de 1945 y el 30 de abril de 1946 en Austria— sin la observancia de la forma civil, ante el ministro de una iglesia o confesión legalmente reconocida. Este reconocimiento tenía efectos desde el día de la celebración del matrimonio religioso, mediante sentencia judicial.



matrimonios informes concluidos en forma religiosa. No se les puede, sin embargo, incluir en los supuestos de matrimonios entre personas refugiadas o secuestradas o de los «matrimonios libres» de quienes por la peculiar situación de su estado personal no podían casarse civilmente y que, en algunos casos, habían sido celebrados en forma religiosa.

En nuestra investigación hemos encontrado —y es muy posible que no hayamos detectado todos y cada uno de los casos existentes— cinco matrimonios religiosos que han adquirido posteriormente la equiparación con los matrimonios civiles o, por lo menos, han conseguido los efectos de los enlaces legales. De los cinco casos reales, que comentaré brevemente siguiendo el orden cronológico de su celebración, los dos primeros son los supuestos más genuinos, más típicos, puesto que no pueden ser incluidos —ni haciendo una interpretación muy amplia de las leyes particulares; por ejemplo, la Ley Federal sobre los «Nottrauungen»— dentro del sistema del matrimonio civil obligatorio.

2.2. *Casos concretos de reconocimiento por parte del Estado.*

En el primer caso, que contemplamos, se casaron dos apátridas, emigrantes de Rusia, en Alemania ante un sacerdote el día 24 de julio de 1921. Dicha celebración nunca había sido transcrita en el libro familiar y, tampoco, repetida ante un funcionario del Estado; y hay que recordar que entonces, en los años veinte, estaba vigente el sistema matrimonial civil obligatorio. Después de su casamiento religioso los dos cónyuges se comportaban ante las autoridades civiles como legítimamente casados; así, por ejemplo, en sus pasaportes tenían la condición de casados, y la mujer llevaba el apellido de su esposo; los tres hijos nacidos de dicha unión habían sido inscritos como legítimos en el Registro Civil del distrito competente. En 1953, a raíz de regresar a Alemania, después de un viaje, la autoridad pública se dio cuenta de que los dos consortes no estaban casados válidamente a tenor del Derecho alemán. El Registro Civil competente dictó un decreto («Verfügung») declarando que aquel enlace no era válido y que por consiguiente la mujer tenía que llevar su apellido paterno y que los dos eran personas solteras. Las dos personas afectadas por dicha disposición recurrieron contra este decreto ante el Tribunal Administrativo de Berlín. Dicho tribunal dictó sentencia firme el día 30 de julio de 1954, con el siguiente fundamento:

'Que un matrimonio, que había sido contraído en Alemania hace más de treinta años, solamente ante un sacerdote ortodoxo y que desde entonces había sido reconocido constantemente como matrimonio por parte de las autoridades —en contra de las leyes escritas— ha de ser en adelante considerado como formado por una pareja válidamente casada a todos los efectos jurídicos.

Esta conclusión corresponde al concepto de una comunidad jurídicamente contraída de acuerdo con la justicia moral. Motivaría un gran desorden el intento de suprimir, con efectos retroactivos, un matrimonio que de hecho existía durante treinta años. La autoridad que no actuase conforme a dichos principios jurídicos actuaría sin título legal'¹⁴⁸.

Dicha resolución —dictada audazmente, puesto que no tiene ningún precedente— constituye, a nuestro modo de ver, un fallo totalmente justo, equilibrado y adecuado. El tribunal —para llegar al juicio— tenía que ponderar dos valores jurídicos dignos de consideración: por un lado, el respeto a una inequívoca norma de ley y, por otro, el deber de velar por la justicia y la seguridad jurídica. Es también, no cabe duda, objeto de la seguridad jurídica proteger aquello que había existido durante 30 años; puesto que el poder de los hechos consumados tiene también importancia en el ámbito jurídico. Un exquisito sentido de la justicia¹⁴⁹ llevó a los jueces en cuestión a tomar dicha resolución, dado que una sentencia divergente —amparada tal vez por la letra de la ley— hubiera sancionado indudablemente una injusticia evidente.

El segundo matrimonio informe, que ahora nos interesa, es un enlace contraído entre dos alemanes («Volksdeutsche»)¹⁵⁰ el 20 de febrero de 1940 ante un ministro protestante en Czernowitz, una ciudad situada en la región rumana de la Bukowina del Norte. Este

148. Un resumen de esta sentencia y comentario amplio se encuentra en «FamRZ» (1955), pp. 70-72.

149. Como ya lo había formulado R.v. IHERING el objeto principal de cada juez debe ser la consecución de la justicia (la palabra latina *iustitia* proviene de *ius sistit*) el poder o la voluntad de realizar el derecho (o el orden). Cfr. R.v. IHERING, *Zweck im Recht*, to. I, p. 285.

150. «Volksdeutsche» son «alemanes de origen» que viven habitualmente fuera del territorio de Alemania, conservan en un principio su ciudadanía alemana, se consideran como alemanes y gozan también de cierta protección por parte del Gobierno alemán. Contingentes respetables de «Volksdeutsche» se encontraban y se encuentran aún en Polonia, Checoslovaquia, Hungría y Rumanía. En su viaje oficial a Rumanía a principio de 1978, el canciller alemán



territorio de Rumania se anexionó a Rusia por la fuerza militar, a finales de junio y principios de julio de 1940. Los gobiernos del Tercer *Reich* y de Rusia negociaron acerca de una posible emigración de los «Volksdeutsche» de esta parte de Rumania y convinieron sobre esto el 5 de septiembre de 1940; acogiéndose a dicho convenio, los dos esposos se trasladaron a Alemania en aquel año. De la unión conyugal nacieron dos hijos. En 1959 el esposo abandonó la familia y al año siguiente la esposa entabló un proceso para asegurar legalmente la pensión alimenticia de la prole. En dicho pleito el esposo alegó que su matrimonio no había sido celebrado válidamente, puesto que se casaron solamente en forma religiosa. En 1962 la Audiencia Territorial («Landgericht») de Ulm dictó sentencia firme en este pleito y afirmó que dicho matrimonio contraído ante el sacerdote protestante había de ser considerado como válido. Cito a continuación algunos de los motivos alegados por los jueces, que fundamentaban la resolución y que interesan especialmente ¹⁵¹.

En el momento histórico de la celebración matrimonial, realizada ante un ministro religioso, no estaba a disposición de los novios ninguna autoridad estatal ante las cuales pudieran entonces contraer matrimonio. Tanto en Rumania (en concreto allí estaba en vigor la legislación sobre el estado civil de las personas del 21 de febrero de 1928) como en Rusia, en el Estado de Ucrania (donde regía el Código del derecho de familia de 1926, que entró en vigor el 1 de enero de 1927) —al cual se incorporó el territorio de la Bukowina— estaba vigente el régimen de matrimonio civil obligatorio. En esta discrepancia evidente —el régimen del matrimonio civil obligatorio y a la vez la no-existencia de órganos estatales— los ministros religiosos estaban capacitados ¹⁵² para presenciar las celebraciones matrimoniales en forma religiosa ¹⁵³.

Los jueces tenían que juzgar y reconocer un supuesto de matrimonio religioso contraído en un caso urgente; ellos recurrían a

H. Schmidt hizo, una vez más, alusión al problema que plantean estos grupos de «alemanes de origen» en dicho país. Según los datos del periódico «ABC» siguen viviendo hoy día unos 340.000 «Volksdeutsche» en Rumanía. Cfr. «ABC», 8 de enero de 1978, p. 13.

151. La sentencia y un comentario sobre ella se encuentra publicada en «StAZ» (1963), pp. 158-161.

152. Hasta el año 1928 en la Bukowina estaba vigente el ABGB (el derecho austríaco) según el cual los ministros religiosos eran totalmente competentes para presenciar válidamente los enlaces matrimoniales.

153. Según lo afirma BAADE, en «StaZ» (1957), p. 106, estaban los ministros religiosos dispuestos a colaborar en las celebraciones matrimoniales, sobre todo

un razonamiento, que después se hizo célebre, del conocido jurista alemán P. H. Neuhaus, quien lo había formulado por vez primera y es el siguiente: «De los principios del derecho natural se deriva la regla jurídica que en cualquier parte donde convivan hombres debe existir la posibilidad de celebrar un matrimonio jurídicamente válido y precisamente en la forma que de hecho sea posible, y en caso extremo también, sin ninguna forma determinada»¹⁵⁴.

Dicho principio que versa sobre el derecho a casarse —en todo caso, en una forma que de hecho fuera practicable— ha de ser tomada como de derecho natural. Por lo tanto, los jueces en aplicación de tal principio decretaron la validez de la celebración matrimonial y del matrimonio mismo.

Según nuestra opinión el planteamiento de P. H. Neuhaus es muy interesante y la resolución del pleito, totalmente justa. Existen de hecho varias uniones matrimoniales de la misma época¹⁵⁵ en el territorio de la Bukowina del Norte celebrados en las mismas circunstancias; pero no son tan numerosos como para que el legislador alemán considerase oportuno dictar una legislación particular para estos supuestos.

El tercer caso que queremos reseñar es la historia de un matrimonio celebrado entre alemanes el día 25 de diciembre de 1945 en la ciudad de Bunzlau (dentro del actual territorio que quedó sujeto a la administración polaca). La ceremonia matrimonial, que tuvo lugar en la casa de uno de los novios, fue presenciada por un mi-

después de la ocupación del territorio por parte de las tropas rusas, tanto más que la situación del país era verdaderamente caótica y no era previsible cuándo acabaría dicha situación.

154. El texto alemán dice así: «Denn aus naturrechtlichen Prinzipien ist der Rechtssatz herzuleiten, dass überall, wo Menschen zusammenleben, sie das Recht und die Möglichkeit haben müssen, bei Vorliegen sonstiger Erfordernisse (Erreichung eines bestimmten Mindestalters, Fehlen bestimmter und anerkannter Ehehindernisse) eine Ehe einzugehen, und zwar in der Form, die tatsächlich möglich war». Cit por P. H. NEUHAUS, *Unmöglichkeit gültiger Eheschliessung?* en «StAZ» (1956), pp. 195ss; también se adhiere a este razonamiento W. MUELLER-FREIENFELS, *Ehe und Recht*, Tübingen, 1962, p. 115.

155. Según lo expuesto en «StAZ» (1957), p. 106 y (1963) p. 160, se daban en dicho período —sobre todo inmediatamente después de la ocupación rusa— numerosas celebraciones matrimoniales entre «alemanes de origen» («Eheschliessung im grossen Umfang»). Cfr. también otro comentario sobre esta situación en la Bukowina de P. H. NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts*, Berlin-Tübingen, 1962, p. 273. En una decisión firme del 8-11-1977 el BGH no reconoció un matrimonio entre dos alemanes de religión hebrea, que habían celebrado matrimonio conforme a su credo en Rumanía el día 1-1-1946. La sentencia está publicada en «FamRZ» (1978), pp. 232-233.



nistro protestante y otros testigos. El pastor —y sobre este hecho se centraba especialmente la cuestión de fondo— actuó como funcionario civil sin poseer dicho oficio estatal. De la celebración matrimonial «religiosa» certifica después el ministro religioso en un documento que firmaron los novios, los testigos y el pastor protestante; en el documento se dice que el funcionario civil declara: que a partir de entonces los prometidos serían tenidos como personas casadas según la ley.

En 1961 a raíz de la solicitud del esposo de abrir un nuevo libro de familia, los funcionarios del Registro Civil advierten lo complicado del caso y acuden al tribunal competente (el «Amtsgericht»). En la sentencia se resolvieron entre otros los siguientes puntos¹⁵⁶:

En la ciudad de Bunzlau en el momento de la celebración matrimonial —de acuerdo con el art. 13, III, EGBGB— estaba vigente, sin lugar a dudas, el derecho matrimonial alemán, en concreto lo establecido por el régimen matrimonial de 1938; esto mismo afirmaba un decreto al respecto del legislador polaco del 13 de noviembre de 1945¹⁵⁷. A tenor del § 1.317 BGB a. F., solamente se podía contraer válidamente matrimonio ante un funcionario estatal. Hay que partir del supuesto de que el ministro protestante no había recibido la colación del oficio de funcionario civil. Desempeñó, sin embargo, públicamente el oficio de funcionario del Estado; como prueba se remite al documento redactado por él sobre la celebración matrimonial. De acuerdo con el § 1.319, BGB, a.F., un enlace concluido ante una persona, que desempeña públicamente el oficio de funcionario civil, es válido, siempre que los novios actúasen de buena fe. Esto último no se puede probar jurídicamente en nuestro caso concreto, pero se puede presumir que los dos contrayentes actuaron de buena fe. La inscripción del enlace en el Registro de los matrimonios («Heiratsregister») regulado por el § 1.317, BGB, a.F., no constituye un precepto obligatorio, es decir, su incumplimiento no conlleva invalidez. Conjuntando los hechos del caso con la parte dispositiva de las leyes, el tribunal declaró válida la celebración hecha ante el ministro protestante.

156. La sentencia y un comentario sobre ella se puede encontrar en «StAZ» (1962), p. 100.

157. *Ibidem*, p. 100.

Este caso —como ocurre también en los dos que reseñaremos a continuación— se distingue de los anteriormente citados; se diferencian, sobre todo, en cuanto a las motivaciones que justificaban el reconocimiento. Dicha resolución del tribunal se basa, a mi modo de enjuiciar el caso, en una muy generosa explicación de los hechos ocurridos —por ejemplo, en cuanto al valor que se da al documento redactado por el pastor protestante—, y en una benévola interpretación de las leyes matrimoniales aplicables al caso, especialmente lo dispuesto acerca del funcionamiento del Estado. El telón de fondo que motivaba indudablemente a los jueces, en este pleito, era el intento de reconocer este matrimonio contraído en forma «religiosa»¹⁵⁸ como válido en consideración a las circunstancias especiales del año 1945 y a la peculiaridad del lugar de la celebración. Si no es éste el motivo, nos parece un poco rebuscado el argumento alegado, puesto que dicho ministro religioso no había nunca recibido el oficio civil y tampoco era normal conferir ese oficio a sacerdotes; al contrario, el legislador civil alemán establecía siempre una rígida distinción de ámbitos, de lo civil y lo religioso.

El cuarto supuesto, que hemos encontrado, es un enlace contraído por súbditos alemanes ante un sacerdote católico, el 6 de enero de 1945 en el distrito de Oppeln (territorio, que también después de la ocupación de 1945, quedó sujeto a la administración polaca). No se hizo ninguna celebración civil, ni tampoco se solicitó su inscripción en el Registro Civil. De esta unión nació en 1948 una niña que los padres inscribieron en el Registro Civil de Oppeln, como legítima, y lo hicieron sin ninguna dificultad administrativa. En 1958 con motivo de la emigración de la familia a la República Federal de Alemania los funcionarios civiles pusieron en duda la validez de este enlace y no les querían abrir el libro de familia. Ante esto, se vio el caso ante un tribunal competente, después ante el Registro Civil Central de Hamburgo y su respectivo órgano superior de vigilancia, el *Amtsgericht de Hamburgo*. En 1961 dicho tribunal dictó la siguiente sentencia que reseñamos en síntesis¹⁵⁹:

El *Amtsgericht* decretó que a tenor de la legislación sobre el reconocimiento de celebraciones matrimoniales de urgencia del 2 de diciembre de 1950 (cfr. el punto 2. b) de este capítulo) se había de inscribir dicho enlace como válido en el

158. Intencionadamente hemos puesto aquí la palabra «religiosa» entre comillas, puesto que esta celebración es un tanto especial; se mezclan los dos campos jurídicos, el estatal y el religioso.

159. Una síntesis de este supuesto está publicada en «StAZ» (1962), p. 105.



Registro Civil Central de Hamburgo. Conforme a dicha Ley Federal (en concreto según el § 6) se podían presentar solicitudes de reconocimiento hasta el 31 de diciembre de 1951. Solamente para los prisioneros de guerra se hacía una excepción; podían solicitar la inscripción de su matrimonio informe hasta un año después de su regreso del campo de prisioneros de guerra. En nuestro caso toda la familia llegó a Alemania en marzo de 1958 y el 24 de mayo de 1959 la esposa solicitó abrir un libro de familia; esto es, presentándolo dentro del plazo de un año. Pero la cuestión principal a resolver estaba en si los consortes podían gozar de la consideración de prisioneros de la Segunda Guerra Mundial. Parece evidente que, según los conceptos comunes del derecho internacional, eran personas que pudieran ser consideradas como tales. Existe, sin embargo, en la República Federal de Alemania una legislación de la postguerra, en concreto una ley sobre la indemnización de los prisioneros de guerra («Kriegsgefangenenentschädigungsgesetz») del 30 de enero de 1954) que ofrece un posible camino; su § 2 (II), dice así:

«Además se consideran como prisioneros de guerra aquellos alemanes que por razones directamente relacionadas con los acontecimientos bélicos han sido o están retenidos por un Estado extranjero.»

Se interpreta esta disposición en el sentido de que para ser considerado prisionero de guerra basta la imposibilidad de abandonar libremente el territorio ocupado.

No sabemos —en la fuente usada¹⁶⁰ no se dan más datos— si de hecho esta familia no podía o no quería trasladarse antes del año 1958 a Alemania. Los jueces, en cualquier caso, no vieron inconveniente en recurrir a la legislación sobre los matrimonios de urgencia y en concederles posteriormente el reconocimiento legal de personas casadas, alegando para ello que se había presentado la solicitud antes de transcurrir el plazo de un año.

No poseemos muchos más datos para enjuiciar el supuesto en cuestión y tampoco para interpretar mejor el proceder de los jueces. Nos parece, no obstante, conveniente resaltar también aquí el interés de la jurisprudencia en reconocer dicho matrimonio informe. Para ello se acude a una interpretación muy amplia de estas

160. *Ibidem.*

leyes que pueden justificar el reconocimiento legal del enlace celebrado en forma religiosa. Los motivos de dicha actitud judicial son, en definitiva, los mismos que en el caso anterior, es decir, las circunstancias históricas y locales que existían durante y después de la celebración del matrimonio informe.

El último caso que estudiamos surge de un enlace contraído en Alemania más recientemente —conocido por los tribunales en 1976—, concretamente en 1961, entre dos griegos de rito ortodoxo. Poco después de la celebración religiosa —que realizó un sacerdote griego que no tenía la autorización especial de su gobierno (cfr. lo dicho sobre el § 15 a, en el punto 2 a, de este capítulo)— se inscribió sin más el enlace en el Registro de matrimonios del Registro Civil de Munich. En 1963 se inscribió también como legítimo un hijo nacido en aquel año. Fallece el marido en 1969 y en el Registro de fallecidos se anotó como estado de la persona: «casada». Cuando en 1971, previa la solicitud de parte del órgano estatal de los seguros y rentas de viudez («Sozialverwaltung»), se borró del Registro Civil la nota de la celebración conyugal, la viuda entabló un pleito contra la «Sozialverwaltung». Conoció de este caso el Tribunal de la Audiencia Territorial para asuntos sociales («Landessozialgericht») y dictó el 27 de setiembre de 1976 la sentencia que resume¹⁶¹:

«En el caso del matrimonio de unos griegos, concertado en Alemania a través de la celebración ante un ministro religioso que no poseía la autorización de su gobierno, y que se inscribió en el Registro de matrimonios del Registro Civil alemán, no se puede después del fallecimiento del esposo denegar a la esposa su derecho a la renta de viudez, alegando que, según las prescripciones jurídicas alemanas, no había existido antes matrimonio válido.

El hecho de no poseer la autorización, se ha de considerar —haciendo uso de una aplicación análoga del § 11 EheG— como sanado con la inscripción misma en el Registro Civil alemán de matrimonios. Con dicha inscripción en el Registro de matrimonios, la administración ha hecho todo lo prescrito por conceder a la celebración matrimonial la apariencia externa de validez jurídica. Los interesados pueden confiar en esta apariencia jurídica.»

161. Cfr. «FamRZ» (1977), pp. 259-260.

En este pleito, el tribunal ha resuelto la cuestión añadiendo a la analogía con un supuesto —que está regulado en la Ley de Matrimonio—, el del pseudo-funcionario del Estado (cfr. § 11 II Ehe 46). La causa principal que justifica el reconocimiento es la inscripción de la celebración conyugal en el registro de matrimonios, realizada por funcionarios competentes¹⁶². Si se hubiera fallado de otro modo se descalificaría profundamente el organismo de los Registros Civiles y la misma jurisdicción alemana, dado que con ello se destruiría en los súbditos extranjeros cualquier confianza en el ordenamiento jurídico alemán. El órgano estatal de los seguros y rentas de viudez ha recurrido contra dicha sentencia ante el Tribunal Supremo para asuntos sociales («Bundessozialgericht»); aún no tenemos conocimiento del fallo pero, estamos convencidos, será confirmada sustancialmente la sentencia anterior.

Este enlace, que indudablemente constituye uno de los supuestos de matrimonios informes —contraído éste en forma religiosa— y que se inscribe por un descuido del funcionario civil en el Registro de matrimonios, consigue así por vía judicial, posteriormente, el pleno reconocimiento legal. Las razones motivadoras son, sobre todo, la seguridad jurídica y la justicia, puesto que no parece justo que los jurídicamente inocentes (aquí los contrayentes del matrimonio) paguen la inadvertencia del personal administrativo¹⁶³.

Durante nuestra investigación, no hemos encontrado más casos concretos¹⁶⁴ que hayan recibido un tratamiento favorable, es decir,

162. En dos casos semejantes —se trataba del pago de la pensión de viudez a uno de los cónyuges, cuyo matrimonio había sido contraído solamente en forma religiosa y que, por tanto, no habían hecho la inscripción en el Registro Civil de los matrimonios— los tribunales competentes decidieron no reconocer dichos enlaces; vid. BGHZ 43, 213; publicado también en «FamRZ» (1965), pp. 311 ss., y la resolución del *Bundessozialgericht* en «FamRZ» (1972), pp. 131ss.

163. Un caso semejante en el cual se trataba de un matrimonio entre dos griegos, contraído en Alemania ante un ministro religioso y que después del fallecimiento del marido la mujer reclama judicialmente la renta de viudez, había sido resuelto positivamente en 1974 por la Audiencia Territorial para asuntos sociales del Estado de Renania-Palatinado. En dicha sentencia firme se concedía a la viuda el derecho legalmente prescrito a una renta prevista para una viuda de un matrimonio válido. El marido había trabajado durante años en una cooperativa («Berufsgenossenschaft»), que en definitiva tuvo que pagar dicha renta. Cfr. la sentencia con un comentario en «FamRZ» (1974), pp. 373-378.

164. Citamos solamente un caso entre muchos de una negación ante una acción jurídica para el reconocimiento del matrimonio. Se trata de un enlace contraído en forma religiosa en territorio alemán (que está bajo la administración polaca) entre dos alemanes, en el año 1947, ante un ministro religioso; publicada en «StAZ» (1963), p. 10.



que hubieran conseguido el reconocimiento por parte de los tribunales competentes. Es, no obstante, muy posible que en un futuro previsible algunos de los supuestos citados —sobre todo los dos últimos— vuelvan a presentarse con más frecuencia ante nuestros tribunales. Se puede esperar que en esos futuros pleitos se siga el mismo criterio de resolución.