



COMENTARIOS SOBRE UNA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA FEDERAL ALEMANA

José PUENTE EGIDO

La sentencia del Tribunal Constitucional de la R. F. A. de 5 de mayo de 1971 ha pasado hasta ahora entre nosotros sin pena ni gloria, muy al contrario de lo ocurrido en la literatura jurídica alemana, que la hizo desde el primer momento, y continúa haciéndola, objeto de comentario y apostillas. Para explicar este silencio, bastaría remitir a nuestra escasa densidad científica en estas materias; lo explicaría aunque no lo justificaría, ya que este silencio es ahora tanto menos disculpable cuanto que la conexión que el asunto presenta con el D. I. Pr. español lleva necesariamente a reflexiones sobre nuestro Derecho privado material y conflictual. En la crisis en la que ahora se halla el Derecho de familia, la comparación con soluciones y modelos extranjeros contribuiría igualmente a poner mejor en contraste —con sus zonas de luz y de sombra—, tanto la situación presente, como las innovaciones que con mejor o peor conocimiento y técnica han sido introducidas o van a serlo en un futuro inmediato¹.

1. De entre la bibliografía jurídica alemana, relativamente importante ya, pueden consultarse con provecho los siguientes estudios:

AUBIN, B.: «Die Rechtsvergleichende Konkretisierung von Kontrollmassstäben des Verfassungsrechts und des Kollisionsrechts in der deutschen Rechtsprechung». *Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung. Festschr. zum fünfzigjährigen Bestehen des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg*, Heidelberg, 1967.

BEITZKE, G.: *Grundgesetz und Internationalprivatrecht*, Berlin, 1961.

BERNSTEIN, H.: «Ein Kollisionsrecht für die Verfassung», *Neue Juristische Wochenschrift*, Dic. 1965, págs. 2.273 y ss.

JAYME, E.: «Grundrecht der Eheschliessungsfreiheit und Wiederheirat geschiedener Ausländer». *Rabels*, 1972, pág. 19.

El supuesto de hecho contemplado en la sentencia puede quedar sintetizado así:

Un español, soltero, probablemente emigrante, deseaba contraer matrimonio civil con mujer alemana, divorciada por sentencia firme de tribunal alemán de su anterior matrimonio celebrado con súbdito alemán. Requisito previo y necesario para esa unión era un certificado de soltería que las autoridades españolas, sin que se nos digan las razones, se negaban a dar. Por aplicación de la ley alemana sobre matrimonio (EhG) en su art. 10, 2, el contrayente extranjero podría ser dispensado de tal requisito por el Presidente del correspondiente Oberlandesgericht (Audiencia Territorial). Ante la negativa de éste, el español recurrió ante el propio tribunal quien estimó que la denegación, por las razones que recogía la sentencia, estaba fundada en Derecho, y contra esta decisión los contrayentes interpusieron recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal constitucional (BVerf. G.).

De acuerdo con normas conflictuales alemanas (art. 13 EGB

HABSCHIED, W.: «Grundsätzliche und aktuelle Fragen zur Scheidung von Ausländern in der Bundesrepublik Deutschland». *Familienrecht*, 1975, págs. 76 y ss.

HENRICH, D.: «Die Bedeutung der Grundrechte bei Anwendung fremdem Rechts». *RabelsZ*, 1972, págs. 2 y ss.

HENRICH, D.: «Gleichberechtigung im internationalen Privatrecht und im Staatsangehörigkeitsrecht». *Familienrecht*, 1974, págs. 105 y ss.

HENRICH, D.: «Verfassungswidrige Kollisionsnormen— Ein Rechtskaos?». *RabelsZ*, 1974, pág. 490 y ss.

JUENGER, F. K.: «Möglichkeiten einer Neueorientierung des internationalen Privatrechts». *Neue Juristische Wochenschrift*, agosto 1973.

KEGEL, G.: «Embarras de richesse». *RabelsZ*, 1972, págs. 27 y ss.

LÜDERITZ, A.: «Grundgesetz contra Internationales Privatrecht?». Vorschläge zur Bestimmung des Geltungsbereichs von Grundrechten». *RabelsZ*, 1972, pág. 35 y ss.

MAKAROV, A.: *Art. 6, 1*, «Grundgesetz und die Anwendung spanischen Eherechts». *RabelsZ*, 1972, págs. 54 y ss.

MÜLLER, K.: «Deutsches Scheidungsurteil als prozessuale Vorfrage und fremder ordre public». *RabelsZ*, 1972, pág. 60.

NEUHAUS, P. H.: «Bundesverfassungsgericht und internationales Privatrecht, Versuch einer Bilanz». *RabelsZ*, 1972, págs. 127 y ss.

NEUMAYER, K. H.: «Fremdes Recht und Normenkontrolle». *RabelsZ*, 23, 158, págs. 573 y ss.

NEUMAYER, K. H.: Zur Zivilehe eines Spaniers mit einer geschiedenen Deutschen». *RabelsZ*, 1972, págs. 73 y ss.

OTTO, Dr.: «Die Wiederverheiratung in Deutschland geschiedener Ausländer». *Das Standesamt*, 1972, págs. 157 y ss.

SIEHR, K.: «Grundrecht der Eheschließungsfreiheit und Internationales Privatrecht, Zugleich ein Beitrag vom Ordre Public». *RabelsZ*, 1972, págs. 93 y ss.

STURM, F.: «Durchbruch der Grundrechte in Fällen mit Auslandsberührung». *Familienrecht*, 1972, págs. 16 y ss.

WENGLER, W.: «Die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Bestimmungen über die Eheschließungsfreiheit und der Schutz der Familie für das Internationale Privatrecht». *RabelsZ*, 1972, pág. 116.

GB), la existencia de impedimentos matrimoniales debe ser regulada por la ley nacional correspondiente de cada uno de los contrayentes; respecto del contrayente español por la ley española. Pero en el caso concreto se daba una singularidad: según la ley española existiría un impedimento de doble ligamen, no en el contrayente español, que era soltero, sino en la contrayente alemana, a causa de su anterior matrimonio del que había sido divorciada.

Los contrayentes podrían haber tratado de eludir tales prohibiciones siguiendo una práctica relativamente extendida hasta entonces, pero en vez de «hacer un viaje a Tondern»², acudieron en recurso de inconstitucionalidad al Tribunal de Karlsruhe. Este recurso de inconstitucionalidad que, como veremos, fue circunstancia decisiva para aclarar algún aspecto de la relación Derecho constitucional y Derecho conflictual, presenta la faceta negativa de haber obligado al Tribunal a entrar en problemas de D. I. Pr. para los que abiertamente le faltaba la adecuada preparación técnica³.

El recurso fue montado sobre una triple argumentación:

a) Infracción del art. 6, 1 GG, puesto que se impide la libre elección del contrayente. El tribunal civil, en conformidad con el art. 13, EGBGB, tendría que haber deducido la permanencia o no permanencia del matrimonio anterior de la sola aplicación del Derecho alemán.

b) Infracción de los arts. 3, 3; 4, 1; 33, 3 y 140 GG, puesto que no se ha garantizado la neutralidad del Estado en cuestiones religiosas: «Si la recurrente hubiera sido católica, su matrimonio anterior —ya que celebrado solamente en forma civil—, no sería válido, según el Derecho canónico, y por consiguiente, no sería obstáculo a la celebración de ese matrimonio con el recurrente» (?)⁴.

2. Con anterioridad a esta sentencia se había ido introduciendo una práctica de fraude a la ley alemana, según la cual los contrayentes, para eludir los inconvenientes del certificado de soltería, constituían un domicilio en Tondern, Dinamarca, se casaban allí y retornaban inmediatamente a Alemania. Los fiscales alemanes, no obstante estar formalmente obligados por la ley, se abstendían sistemáticamente de intervenir.

Dentro de la misma R.F.A. tampoco había una práctica uniforme. Había presidentes de OLG «liberales» que otorgaban con relativa facilidad la dispensa de presentación del mencionado certificado de soltería respecto del contrayente extranjero. Vid. Dr. OTTO, *lug. cit.*, *Das Standesamt*, 6, 1972, pág. 159.

3. Vid. NEUHAUS, *op. cit.*, *RebelsZ*, 1972, pág. 136.

4. El fuerte de la sentencia que comentamos no está precisamente en un adecuado conocimiento del Derecho canónico y de la recepción material que

c) En la medida en que el Oberlandesgericht apela en su decisión a la protección del contrayente alemán efectúa una intromisión inaceptable en la esfera de intimidad de los futuros contrayentes, que es inconciliable con el art. 2, 1 GG: «Socaba la autoridad del Estado por cuanto obliga a los contrayentes a eludir la prohibición alemana matrimoniando en el extranjero» (?).

De los tres motivos, el Tribunal constitucional retuvo solamente el primero, aunque los otros dos no dejaron de estar presentes en alguna forma en toda la argumentación, como tendremos ocasión de ver a lo largo de este comentario.

En sustancia, pues, la solución a dar al supuesto así descrito estaba dependiendo de tres distintas cuestiones:

— De la interpretación que del Derecho español se hiciera por el Derecho alemán sobre la existencia o inexistencia de ese impedimento indirecto de doble ligamen y de su relevancia en el D. I. Pr. El BVerfG acepta sin más (en tanto que tribunal constitucional parece no podía hacer otra cosa) la existencia de ese impedimento en el Derecho español, de la que había partido, con acierto pero sin demasiada claridad, tanto la decisión del Presidente como la sentencia del Oberlandesgericht, confirmatoria de dicha decisión.

— Del contenido y alcance de la garantía otorgada por el art. 6, 1 GG y de la influencia de esta garantía constitucional sobre el sistema global del D. I. Pr. alemán.

— Finalmente, del enfoque conflictual que el supuesto descrito, pudiera tener desde el Derecho alemán.

I. DERECHO ESPAÑOL MATERIAL Y CONFLICTUAL.

Evidentemente, el D. conflictual español, al igual que el D. conflictual alemán, parte —en principio— de la ley nacional de cada uno de los contrayentes para regular la capacidad matrimonial respectiva⁵. Ahora bien, las dificultades surgen ya in-

del mismo se ha hecho en el Derecho matrimonial español. Este argumento, que indirectamente ha pesado sin duda en la argumentación del Tribunal Constitucional, olvida la validez que para el propio Derecho canónico puede tener el matrimonio contraído en forma meramente civil; pero desconoce igualmente la resistencia que el Derecho civil español puede oponer y de hecho opone frente a un matrimonio canónico, sin que el matrimonio anterior meramente civil contraído por alguno de los contrayentes en el extranjero haya sido regularmente disuelto. Vid. en este sentido la Res. 7 Feb. 1973, en relación con el art. 51 Cc., A, 1973, págs. 495-96.

5. La nueva redacción del Tit. Prel. del Cc. no ha introducido novedad alguna en tal regla, aunque sí la ha formulado con mayor claridad, art. 9.1.

mediatamente cuando se pretenda fijar el alcance de esta norma. Dicho en otros términos, la remisión inicial al Derecho de la nacionalidad de los contrayentes extranjeros está fuertemente cortapisada por las leyes imperativas que regulan el matrimonio en el D. español, tanto el matrimonio civil como el matrimonio canónico. Está en primer término el art. 42 Cc, están también los arts. 52 (no el 51) ⁶, y el 83,5 del mismo cuerpo legal.

Por la primera norma, y en virtud de la recepción material que el D. civil español hace del D. canónico, en última instancia la capacidad que el D. español exige en los matrimonios canónicos será la que determina la ley canónica. Pero todo esto con una salvedad importante, a saber, que el juego de aplicación de esta regla, no lo establece en el plano conflictual el Derecho canónico, sino el D. I. Pr. español ⁷.

El art. 52 Cc., de aplicación a ambas clases de matrimonio, al disponer que el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges, y el 83,5, aplicable sólo al matrimonio civil, al prohibir el matrimonio a los que se hallen ligados con vínculo matrimonial, consagran sin lugar a duda alguna el principio de la indisolubilidad del matrimonio en el Derecho interno español ⁸. Pero en cambio la cuestión no aparece tan clara en el ámbito conflictual, sobre la que el Cc. eludió conscientemente toda toma de posición.

Para tratar de esclarecer este punto, en la medida de lo posible, parece obligada una referencia a la Ley del Matrimonio Civil de 1870 que sí que, en cambio, se planteó este problema.

En apariencia dicha ley no modificaba nada respecto al principio tradicional de la indisolubilidad (art. 1), pero en apariencia nada más. En primer lugar, porque el matrimonio de extranjeros contraído fuera de España, con arreglo a las leyes de su nación, surtiría en España todos los efectos civiles del matrimonio legítimo ⁹. En segundo, porque es verdad que en el matrimonio de

6. Como erróneamente afirmó la sentencia del OLG, según el apunte que de ella hace el BVerfG en la suya. Vid. A-I, 2.

7. Lo que se suele de ordinario desconocer, y, desde luego, ha sido desconocido en la sentencia del Tribunal Constitucional.

8. Hablando con propiedad, el art. 83, 5.º Cc. en su formulación literal: «No pueden contraer matrimonio... 5.º Los que se hallen ligados en vínculo matrimonial», protege directamente la monogamia pero deja intacto el problema de la determinación de la existencia o inexistencia del ligamen matrimonial anterior y el Derecho material y conflictual que habrá de regular esta cuestión.

9. Con lo que quedaba bien claro que la indisolubilidad, proclamada en el art. 1 de la misma Ley, no se mantenía por el legislador español a «toda costa», sino en la medida en la que la ley nacional del extranjero lo mantu-

español(a) celebrado en el extranjero con contrayente extranjero, la aptitud de éste, se regularía no según su ley nacional¹⁰, sino según la ley española, pero de hecho esa remisión quedaba trucada con el art. 56 del Reglamento para la ejecución de la ley del Matrimonio civil y la del Registro civil, al disponer que «los matrimonios que en el extranjero intentaran contraer dos españoles, o un español y un extranjero..., deberán celebrarse ante quien corresponda, conforme a las leyes del país respectivo... debiendo limitarse los agentes diplomáticos y consulares..., etc.»¹¹.

Es bien sabido que el carácter revolucionario con el que esta ley se presentó¹², así como la evolución política general del país en los años inmediatamente posteriores a su promulgación, impi-

quiera. Quizá sea oportuno hacer notar que parece ser éste el primer texto legal de importancia que consagra claramente el principio de la ley nacional como reguladora del estatuto personal; desde la perspectiva de los redactores era un modo indirecto de secularizar el matrimonio en forma que no se atrevió a hacerlo el legislador de 1870 en la regulación meramente interna de esta institución.

10. Art. 41 de la Ley. En su Preámbulo el legislador justificaba así esta regla: «Hay sin duda en este precepto una desviación de la regla general que contiene el derecho internacional privado. La capacidad de uno de los contrayentes corresponde al estatuto personal; y sin embargo, el art. 41 se considera en cierto modo como parte del estatuto real, en cuanto se exige la capacidad según las leyes españolas al extranjero que contrajere fuera de España matrimonio con un español. Esta desviación descansa en principios de justicia y en consideraciones de moralidad. Sin ella podría ser sustancialmente violada la igualdad de derechos y deberes a que deben estar sometidos todos los españoles. Y el que adoleciese de algún impedimento según la ley de su nación, que no lo fuere según otra extranjera, podría eludir el cumplimiento de la primera yendo a contraer matrimonio al país en que estuviere vigente la segunda».

11. Es decir, desde la perspectiva de la Ley de Matrimonio Civil así como de la del Registro, la regla *locus regit actum* tenía carácter imperativo. El Preámbulo de la Ley de Matrimonio así lo confirma (Vid. cap. IV) e igualmente, como buena prueba, una circular reservada del Ministerio de Estado de 13 de agosto de 1873, transmitiendo otra del Ministerio de Justicia y por la que se ordenaba a los cónsules españoles «que se abstengan de autorizar matrimonios, limitándose a inscribir los que se celebren en el sitio donde se hallen acreditados» (Vid. MALUQUER Y SALVADOR, *Derecho consular español*, Madrid 1899, pág. 769). El asunto había sido ya planteado por Groizard años antes y lo había resuelto en el sentido de que el Derecho español habría de aceptar la validez del matrimonio de españoles (p. ej. de un ordenado *in sacris* celebrado en el extranjero según la ley local). Vid. GROIZARD, «Del matrimonio contraído en Francia por dos españoles, residentes en Francia, observando las formalidades que allí se exigen para la celebración del matrimonio», *Rev. de Leg. y Jurisprudencia*, t. XV, págs. 133 y ss. y t. XVI, págs. 46 y ss. y 307 y ss.

12. Vid. E. BRAVO, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1886, pág. 91. La secularización del matrimonio era un punto esencial en el programa de todos los partidos liberales, cuanto más liberal, más secularizador y exactamente lo contrario en el programa de los partidos conservadores. Puede consultarse sobre ello las atinadas observaciones de RIPERT: *Le régime démocratique et le Droit civil moderne*, Paris, 1948, págs. 65-83.

dieron que su normativa innovadora tuviera un desarrollo en la práctica. Con la Restauración fue derogada inmediatamente por un Decreto del Ministerio-Regencia de 9 de febrero de 1875¹³, y esta actitud inicial meramente negativa, con el potencial altamente conflictivo que encerraba el tema matrimonio civil-matrimonio religioso, explican el por qué en el momento de la redacción del Código civil la reglamentación de esta materia fue tan imperfecta. Más aún, a causa quizá de esta misma polarización se descuidó el aspecto conflictual, abandonando el precedente de la Ley de Matrimonio. A estos silencios intencionados y a las inexactitudes buscadas hay que cargar indudablemente la parte de culpa de las contradicciones, vacilaciones e inseguridades en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y en la práctica registral posterior.

Aún hoy, en efecto, al faltar en el C. c. toda referencia conflictual en materia matrimonial, cabe la duda justificada de si el principio de la indisolubilidad, mantenido inexorablemente en el Derecho material interno español, puede sufrir atenuaciones en el plano conflictual, como era sin duda la intención no confesada de los redactores de la Ley de Matrimonio, o si, por el contrario, constituyendo la indisolubilidad un elemento esencial del matrimonio canónico y civil en nuestro Derecho, en realidad ni siquiera puede haber planteamiento conflictual en la fijación de la ley reguladora de la capacidad de los contrayentes. La ley material española, en esa exigencia, *bloquearía el mismo sistema conflictual español y concretamente la determinación de la ley nacional en materia de estatuto personal.*

Si esto fuera así, sería igualmente inexacto hablar de orden público, y por consiguiente de que el mencionado principio formara parte del orden público español. Para que éste exista preciso es que haya funcionado previamente el sistema conflictual y, a través de él, se hayan operado las correspondientes designaciones de la ley material extranjera aplicable.

13. El texto de este decreto derogatorio en Bravo, *op. cit.*, págs. 91 y ss.

Sobre estos aspectos históricos ha formulado acertadas observaciones LA LAGUNA: *Estudios de Derecho Matrimonial*, 1962, sobre todo en la Primera parte. Muy útil es también la aportación histórica que desde la perspectiva de la negociación diplomática hizo al tema ESCUDERO ESCORZA: «Negociaciones entre España y la Santa Sede en 1887». *Cuadernos de Historia Diplomática*, 1958, págs. 79 y ss.

Es también desde este ángulo como hay que enjuiciar y valorar determinadas «imperfecciones» del Cc. Alonso Martínez y los redactores del Código eran demasiado buenos juristas como para no distinguir entre formas y clases de matrimonio (art. 42 Cc.). Como se ve, aún antes de Simmel las palabras eran un modo de ocultar los pensamientos y las intenciones.

La falta de claridad en la base jurídica y el peso, no obstante, de la ley nacional como reguladora del estatuto personal, pueden ponernos en la pista de las vacilaciones que en este sentido se advierten en la práctica de la Dirección General de los Registros. Al parecer, la primera vez que la DGR¹⁴ hubo de ocuparse de un supuesto igual fue con ocasión de consulta del cónsul español en Filadelfia sobre la validez del matrimonio (no se especifica de qué clase, aunque presumiblemente era civil) de un español con norteamericana divorciada. Se resolvió en el sentido de que «no se opone al o. p. español... (la celebración de ese matrimonio) siempre que el concepto jurídico de divorcio implique la disolución de un vínculo anterior, no una simple separación legal, como ocurre en el Derecho español»¹⁵. La capacidad pues del contrayente extranjero viene según esa doctrina, determinada en el D. I. Pr. español por su estatuto personal. Todavía se sigue manteniendo este criterio en otra Res. de 25 de marzo de 1950 en un matrimonio civil entre español sefardita y una extranjera divorciada, contraído en Bulgaria: «... es incuestionable que las disposiciones del C. c. relativas al mismo (estatuto personal) obligan a los españoles aunque residan en el extranjero, y que la (?) (probablemente quiere decir la capacidad) de los extranjeros se rige por su ley personal y por eso puede contraer matrimonio válido con un español el extranjero divorciado legalmente con arreglo a dicha ley, excepto por razones de o. p. derivadas de la recepción que del D. canónico matrimonial hace el art. 75 del C. c., cuando el divorcio vincular se refiere a un matrimonio canónico, en cuyo caso no podrá contraerse válidamente»¹⁶.

Una inflexión en esta doctrina fue la Res. de 27 de junio de 1969, que la inicia, así como la de 9 de noviembre de 1971. En la

14. Pero no el problema en sí, ya que con anterioridad (Res. 10 enero de 1923, A. 1923, págs. 410-11), se había solicitado por el interesado la transcripción de un matrimonio civil celebrado en Bayona, al Reg. civil de San Sebastián, desde el Registro civil del consulado español en aquella ciudad. El solicitando D. Pablo Beiner había sido divorciado de anterior matrimonio.

La Res. se apoya sustancialmente en la nacionalidad no aclarada del contrayente varón y ahora solicitante, pero cuya extranjería se presume en el momento de contraer el matrimonio disuelto. Solamente si ocurrió así y adquirió la nacionalidad española con posterioridad, habría lugar a acceder a lo pedido; en caso contrario «se instará la nulidad de la transcripción practicada indebidamente en el Registro civil del Consulado de Bayona».

15. Res. 13 oct. 1930, A. 1930, pág. 453.

16. Vid. Res. de 27 de jun. 1969 que la reproduce. La referida de 1950 no parece haber sido publicada en el Anuario correspondiente ni en ninguno posterior. Adviértase la confusión, el art. 75 Cc. nada de eso dice; equivocadamente se supone en esta resolución que la nota de indisolubilidad la tiene en el Derecho español sólo el matrimonio canónico, el civil no sería indisoluble (?).

primera se trataba de la inscripción de matrimonio civil en el registro consular español de Hannover, celebrado ante las autoridades alemanas entre español no católico y alemana divorciada¹⁷; por la segunda se contestaba a una consulta de la Embajada alemana en Madrid sobre si una española, acatólica, podía según la ley española contraer matrimonio válido con un no español de religión evangélica y divorciado ya dos veces por tribunales alemanes¹⁸.

Pero la reciente Res. de 23 de marzo de 1976 ha venido de nuevo a complicar las cosas. Se trataba en ella de la inscripción en el Registro civil español de un matrimonio civil celebrado en Gibraltar entre un español soltero, y una ciudadana norteamericana, ambos acatólicos. La norteamericana había sido divorciada de su anterior matrimonio por sentencia firme de tribunal norteamericano. La doctrina sentada en dicha resolución se concreta en lo siguiente:

a) La indisolubilidad del matrimonio en el Derecho español es básica en la organización de la familia y forma parte integrante del orden público español, pero no es una regla absolutamente rígida; sobre todo cuando se trata de matrimonios que se rigen por leyes extranjeras, si según éstas se admite el divorcio vincular.

b) Distinción en el matrimonio previo de la extranjera entre matrimonio canónico y civil. En el supuesto de matrimonio civil anterior, «la inscripción de un matrimonio (ulterior) ya celebrado en el extranjero (se estima) que ha desaparecido el impedimento de ligamen a consecuencia del divorcio dictado de acuerdo con la correspondiente ley personal» (?).

c) Constante el bautismo de la contrayente, obliga a decidir «si el matrimonio contraído es o no canónico, cuestión ésta de calificación que debe resolverse conforme a los criterios de la ley española (?). Que en el caso concreto no cabe calificar de tal pues aparte de «obligar a previas decisiones teológicas, impropias de estas actuaciones» (?), impondría «la vía canónica a los súbditos extranjeros acatólicos que quisieran hacer valer en el orden jurídico una eventual ineficacia (nulidad, disolución) de su matrimonio a efectos de pasar a ulteriores nupcias con español, lo que comportaría una grave opresión de las conciencias»¹⁹.

17. A. 1969, págs. 300-301.

18. *Ibid.*, 1971, pág. 344.

19. Evidentemente éste sería un resultado incompatible con la libertad religiosa, además de absurdo; pero la absurdidad misma del resultado, ¿no es indicio del carácter defectuoso de tal argumentación? Vid. B.O.E. 8 mayo de 1976, pág. 8.971.

Nuestro T. S. parece que sólo una vez ha tenido necesidad de contestar al problema, pero no resolviendo directamente sobre la validez o nulidad del matrimonio civil, sino indirectamente, sobre los eventuales derechos sucesorios según el Derecho español de una viuda. Se trataba del matrimonio civil de un diplomático español, celebrado en Londres, con francesa divorciada por sentencia firme de tribunal francés de matrimonio (canónico) celebrado en Francia²⁰. En su pronunciamiento nuestro T. S. consignó como doctrina que «los impedimentos dirimentes afectan a la capacidad» y que como tal, las leyes españolas deberán decidir sobre la capacidad de un español. Por otra parte, la recepción del Código de D. canónico «vigente en España, consigna también la indisolubilidad del matrimonio y la prohibición grave de contraerlo con sanción de nulidad, en tanto subsista el vínculo de otro anterior, aunque el impedimento afecte a sólo uno de los cónyuges (can. 1036)»²¹.

Como se advertirá fácilmente, tanto en esta decisión como en

20. *Juris. Civil*, vol. 6, Nueva Serie, págs. 696 y ss.

21. *Ibid.*, pág. 711.

Puesto que el matrimonio celebrado en Francia fue canónico además de civil, sin duda, se ha podido plantear el problema de si la solución de nuestro T. S. hubiera sido otra de haber habido únicamente unión civil seguida del correspondiente divorcio (MIAJA, vol. II, 1974, pág. 274). Creemos que una simple lectura completa de la sentencia bastaría para disipar la duda, en lo que a la interpretación de la misma sentencia se refiere. El T. S. afirma ser «inconciliable la disolución del vínculo matrimonial con los principios religiosos, morales y jurídicos que informan el orden público del Estado español». ¿Por qué además sólo español y divorciada y no divorciado extranjero y española?; es más que problemático que haya respondido a esta pregunta la Res. de 27 de jun. de 1969 «al admitir el matrimonio de un español con alemana divorciada de una unión civil» (MIAJA, *lug. cit.*). No es eso lo que dice la resolución mencionada:

1.º «Que, en principio, el Encargado del Registro no puede consultar cuestiones sometidas a calificación.

3.º Que en el supuesto de que sea posible la consulta previamente, el cónsul encargado debería haber resuelto por auto la cuestión planteada...

Esta Dirección General ha acordado:

No entrar, por ahora, en la cuestión planteada que en primera instancia es de la competencia del cónsul encargado del Registro, sin perjuicio de los recursos pertinentes..., etc. (A. 1969, págs. 300-301).

K. NEUMEYER, *lug. cit.*, *RebelsZ*, 1972, pág. 79, n.º 28, cree, en cambio, que esta sentencia no debe ser citada aquí. Le achaca a esta decisión —siguiendo a AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, *REDI*, vol. XX, pág. 240—, incurrir en un círculo vicioso: «Sie (la sentencia) geht fehlerhaft von einen Zirkelschluss aus und wendet auf die französische Partnerin (bereits) das spanische Recht an, weil sie im Falle der Gültigkeit der Eheschliessung die spanische Staatsangehörigkeit erwürbe». Ni Neumayer ni Aguilar Benítez de Lugo han leído bien dicha sentencia que en ningún momento se plantea tal problema; de habérselo planteado sería completamente irrelevante, no es la nacionalidad

la doctrina de algunas de las resoluciones mencionadas parece insinuarse que el principio de la indisolubilidad, dentro del D. I. Pr., no en el Derecho sustantivo material, es una consecuencia del matrimonio canónico, lo que llevaría con toda lógica a la aceptación por el Derecho conflictual español de la validez de un matrimonio civil, celebrado dentro o fuera de España, ante autoridades locales extranjeras o consulares españolas, que esto no parece en buena técnica conflictual debiera ser jurídicamente relevante, siempre que el extranjero tenga capacidad según su ley personal²².

En el sentido de esa doctrina estaba formulada sin duda otra consulta de la misma Embajada alemana y la contestación dada por la DGR: «que después de la ley 44/1967 de 28 de junio, regulando el ejercicio del derecho a la libertad en materia religiosa, no ha tenido este Centro directivo ocasión para decidir directamente si el extranjero acatólico, casado canónicamente y divorciado puede contraer matrimonio civil con español acatólico, soltero o viudo»²³.

En otras decisiones, por el contrario, se mantiene con carácter general el principio de la indisolubilidad, dándole alcance conflictual: «ha de considerarse subsistente, ya que nuestra legislación no puede conceder validez al divorcio vincular decretado por autoridades extranjeras, por rozar con ello el principio de la indisolubilidad del matrimonio, que ha de considerarse como de orden público». Aunque eso sí, excluyendo de esa indisolubilidad los matrimonios no monogámicos, al menos mientras no afectara a un español metropolitano, porque entonces lo transformaría en monogámico e indisoluble, que es una de las posibles interpretaciones de la Res. de 18 de septiembre de 1971.

Recapitulando un poco las observaciones anteriores podremos

de los derechohabientes, sino la nacionalidad del causante la que en el D.I.Pr. español, determina la ley aplicable.

El mencionado autor alemán intenta probar que los tribunales alemanes han desahogado al aplicar a un español acatólico el Derecho canónico, puesto que el Derecho español no se lo aplica (Vid. *lug. cit.*, págs. 74-75). Dejando aparte el problema intertemporal, que precisamente en esas fechas clave 1968-1971 sufre en el Derecho español importantes modificaciones en el tema de la acatolicidad, la reflexión de Neumayer sería acertada si la indisolubilidad del matrimonio en nuestro Derecho fuera sólo para el matrimonio civil. Es curioso comprobar cómo es frecuente en autores alemanes este error, probablemente inducido por el precedente del «matrimonio católico» en el antiguo Derecho austriaco.

22. A. 1971, pág. 345.

23. Res. 3 de octubre 1952, A. 1952, pág. 424. Se había solicitado por dos extranjeros divorciados el matrimonio civil en España; y Res. 10 agosto 1961, el mismo supuesto y la misma doctrina, A. 1961, pág. 153.

decir que a causa de las lagunas y silencios normativos, no desprovistos de intención en muchos casos, el problema de la incidencia conflictual en el D. I. Pr. del principio básico de la indisolubilidad tan claramente aceptado en el Derecho material español, no está clara en el D. I. Pr. español. En consecuencia es incierta la «sombra conflictual» de los arts. 52 y 83, 5.º del Cc. En algo, no obstante, no deberá haber la menor duda y es la imposibilidad de deducir la capacidad matrimonial en el D. I. Pr. español pura y simplemente de la regla general de remisión a la ley nacional de las partes (art. 9 Cc.).

Las contradicciones que hemos visto se han dado en la práctica registral, se deben muy probablemente a una defectuosa comprensión de la naturaleza del matrimonio en el D. español y a la confusión, no infrecuente, que hace depender la indisolubilidad del matrimonio del carácter sacramental o religioso del mismo. Puesto que en la regulación del matrimonio meramente civil en el Derecho material español se afirma con igual fuerza el principio de la indisolubilidad, no parece razonable prescindir de este principio básico en el D. I. Pr. Quien mantenga la tesis opuesta a él le corresponde la carga de la prueba.

Por todo esto resultan más disculpables algunas de las afirmaciones que la sentencia que venimos comentando ha sentado sobre el Derecho español.

El Tribunal constitucional ha aceptado la base de partida de la decisión del Oberlandesgericht estimando la existencia del impedimento de doble ligamen que obstaculizaba el proyectado matrimonio civil; dentro de la inseguridad aludida ésta es sin duda la tesis más segura. Y no ya sólo por la validez canónica que el primer matrimonio de alemanes, disuelto por sentencia de divorcio, y su correspondiente indisolubilidad que el Derecho español reconocería, sino pura y simplemente por el carácter de indisoluble que para el Derecho español tiene toda unión matrimonial válidamente contraída. Pero el Tribunal constitucional incurrió en un notable error de apreciación. «El Derecho civil español, pretende imponer al matrimonio anterior de la recurrente el efecto permanente de la indisolubilidad, mientras los esposos vivan, cualidad que nunca tiene un matrimonio celebrado según el Derecho alemán...» (C, V, 1). La expresión es inexacta²⁴.

En ningún caso el D.I.Pr. español deberá negar la validez o eficacia a un segundo matrimonio de alemanes divorciados por sentencia firme de anterior matrimonio, si el Ordenamiento jurí-

24. Vid. Dr. OTTO, *lug. cit.*, 6, 1972, pág. 157.

dico alemán así lo reconoce. La intensidad de la conexión con el Derecho español será en este supuesto lo suficientemente débil para que no deba intervenir el o.p. Pero no es este el caso que contemplamos. El obstáculo y la oposición del sistema jurídico español no incide sobre la capacidad de la mujer alemana, sino sobre la capacidad del español, a causa del impedimento del doble ligamen que encuentra en la contrayente en razón a su anterior matrimonio, que es cosa muy distinta.

El BVerfG se dejó llevar un tanto del impulso de la argumentación, yendo más allá de lo que exigiría un riguroso tratamiento científico. La imputación al D. español de que pretenda imponer al matrimonio alemán disuelto el efecto de la indisolubilidad carece de todo fundamento; nadie podrá discutir al sistema jurídico español el derecho a fijar las condiciones y circunstancias que deben rodear al matrimonio de uno de sus súbditos para que su validez sea reconocida y produzca plenos efectos. Desde la perspectiva de los sistemas divorcistas una tal exigencia puede parecer chocante y hasta cargada de acentos e influencias «clericales»; pero la objeción es fácilmente rebatible si, cambiando de plano, en vez del principio de la indisolubilidad nos concretamos al principio monogámico. Todo es cuestión de grado y de medida; también el orden jurídico alemán tendría problemas semejantes a la hora de plantear la validez de un matrimonio de mujer alemana, soltera o divorciada con extranjero cuyo estatuto personal y «constitución» le garantizaran el «derecho» a casarse con varias mujeres.

II. DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHO CONFLICTUAL.

La incidencia del Derecho constitucional sobre el mecanismo constitucional, considerado en su conjunto, puede manifestarse en una doble vía, o bien la inconstitucionalidad presunta tiene su origen en la misma norma conflictual y muy especialmente en las relaciones que los puntos de conexión de esas normas conflictuales realizan, o bien en el resultado inconstitucional al que se llegue mediante la aplicación de una norma extranjera designada por esas normas constitucionales.

Por esta doble vía fue la argumentación del VBerfG en el presente caso dentro, claro está, de una temática constitucional que conviene aclarar brevemente.

El principio fundamental de libertad de matrimonio del art. 6,1 GG es un derecho universal garantizado a todos los hombres y no meramente a los alemanes. Como parte esencial de su

contenido está en cada contrayente la libertad de elegir al otro. A su vez, el mencionado derecho fundamental es entendido por la doctrina y jurisprudencia constitucional en Alemania en una doble manifestación. En un sentido negativo, crea un ámbito de libertad protegiendo al matrimonio y familia de las intromisiones del Poder público y con ello funda un derecho subjetivo para oponerse a tales intromisiones. En un sentido positivo el Estado coloca a ambas instituciones bajo una protección especial como elementos básicos del ámbito jurídico privado²⁵. El derecho así configurado lo es absolutamente, sin que esté limitado por reserva legal alguna (C, II, 1).

Ahora bien, ello no significa que una tal libertad exija la ausencia de la normativa jurídica que regule la celebración del matrimonio «sino que precisamente las presupone». La protección que otorga el mencionado precepto postula la necesidad de «una reglamentación jurídica general en el Derecho de familia que formule y defina aquella comunidad de vida entre hombre y mujer que goza de la protección constitucional en tanto que matrimonio». Y es aquí precisamente donde se nos sitúa ya la primera dificultad, cuando éste afirma que una tal reglamentación deberá en todo caso respetar los principios estructurales que configuran la institución del matrimonio y que se deducen del art. 6,1 GG y las formas de vida previas y tradicionales, atendiendo al ámbito de libertad del derecho así consagrado. O lo que es lo mismo, dicho en términos más llanos, la regulación previa que la norma constitucional presupone y necesita no puede, en modo alguno, condicionar el contenido del Derecho fundamental garantizado, puesto que ello sería contrario a la naturaleza y función de la propia regla constitucional.

Una tal vinculación del legislador o juzgador alemán a los patrones constitucionales es absoluta, de modo que no se soslaya por la circunstancia de que las limitaciones eventuales que pueda sufrir esa libertad matrimonial no provengan de leyes alemanas, sino de una ley extranjera designada como aplicable por alguna norma conflictual alemana. En su jurisprudencia anterior, el Tribunal Civil Federal había excluido del ámbito de aplicación de las reglas constitucionales (en la influencia que estas puedan ejercer

25. En algunos autores la posición crítica a esta utilización en la sentencia de los derechos fundamentales en el ámbito del D. I. Pr. ha sido muy fuerte, no obstante ser favorables a la solución dada al caso concreto. Vid. KEGEL, *op. cit.*, *RabelsZ*, 36, pág. 30. Sobre la actitud, cada vez más crítica en algunos sectores doctrinales alemanes sobre la influencia del Derecho constitucional en las normas conflictuales vid. D. HENRICH, *RabelsZ*, 1974, págs. 490 y ss.

en relaciones de Derecho privado) todas aquellas cuestiones que no estuvieran íntegramente localizadas en el sistema jurídico alemán, «inclusive en el supuesto de que el caso presentara una conexión intensa con el Derecho propio». Posteriormente se moduló esta posición en el sentido de que determinadas reglas constitucionales podrían ser expresión de un contenido especial del orden público alemán y en tal concepto poner en juego el art. 30 EGBGB²⁶.

Pero el BVerfG rechaza esta postura por cuanto no tiene en cuenta el carácter supralegal de las normas constitucionales y la legalidad ordinaria de las reglas conflictuales. Las normas del D.I.Pr. alemán han de ser medidas con los mismos patrones constitucionales que cualquier otra norma ordinaria del sistema jurídico, otra cosa supondría aceptar que el Derecho conflictual pueda crear un ámbito jurídico sustraído a la influencia de la supralegalidad constitucional²⁷. Con tanta mayor razón en el caso del D.I.Pr. si se toma en cuenta lo imprevisible de los resultados concretos a los que pueda llegarse por el sistema de las conexiones conflictuales. Ciertamente que las normas extranjeras designadas por las normas conflictuales alemanas no pierden el carácter de extranjeras; no son incorporadas al sistema jurídico del foro; y es igualmente exacto que no se trata de censura alguna a la regla jurídica extranjera cuyo resultado al ser aplicada en el foro lleve a situaciones de inconstitucionalidad. Tal norma puede «ser defendible y acertada en su propio sistema». Se trata simplemente de comprobar si el resultado concreto al que lleva

26. Con ocasión de la sentencia del BGH de 12.2.1964 en la que el Tribunal, con un criterio excesivamente restrictivo había eliminado la prueba de la constitucionalidad del Derecho extranjero designado por reglas conflictuales alemanas, sin que pudiera entrar en juego siquiera el orden público alemán, Neuhaus defendió la tesis de que «el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales en el Derecho privado debe ser establecido por el D. I. Pr. alemán, concretamente, en principio, por las reglas conflictuales ordinarias y, en casos excepcionales, por la cláusula de reserva». Vid. NEUHAUS: «Internationales Familienrecht und Grundrechte», *FamRZ*, 1964, pág. 610.

27. Sobre esta problemática vid. BERNSTEIN, *op. cit.*, N.J.W. págs. 2.273 y ss., quien ha postulado la necesidad de un «Kollisionsrecht für die Verfassung», pág. 2.275, tesis que el Tribunal recoge y acepta en la sentencia. Hasta ese momento la jurisprudencia del Tribunal Civil federal, seguida por las instancias inferiores, era exactamente la contraria; a saber, «que las normas conflictuales, a pesar de ser normas de rango inferior a la constitución son límites de la efectividad en el ámbito del D. I. Pr. de las reglas constitucionales». Vid. FERID, *op. cit.*, *Festschr. Dölle*; igualmente GAMILLSCHIEG, *Die Grundrechte bei Anwendung ausländisches Recht*, *Festschr. Nipperdey*, 1965, Ed. I, págs. 323 y ss. El primero en manifestar su disconformidad en este sentido parece haber sido Wengler en su comentario a la sentencia del BGH de 29 de abril de 1964. *J. Z.*, vol. 65, págs. 99 y ss.

la aplicación de tal norma extranjera es compatible o no con las exigencias constitucionales. La autoridad pública que la aplica es «ejercicio de un poder en el marco constitucional» y por lo tanto sometido a la constitución.

El mismo juego conflictual está indicando que la relación jurídica concreta no se sitúa por entero en el ámbito jurídico alemán, y por lo tanto, no cae plenamente en la esfera de la validez de la constitución. Una indiscriminada aplicación de ésta a supuestos entera o preferentemente situados en el extranjero perturbaría el sentido mismo de la protección mediante esos derechos fundamentales, en consecuencia, «es a través de la interpretación de la correspondiente norma constitucional como habrá de establecerse si ésta ha de ser aplicada según su letra, sentido y fin a cualquier caso imaginable de ejercicio de soberanía dentro de la R.F.A., o si, en supuestos con un elemento de extranjería más o menos intenso, permite o exige una matización».

El Tribunal ha pretendido anticiparse a las objeciones posibles ante la dificultad de deducir un sistema conflictual de las reglas constitucionales, haciendo una sumaria referencia a que una tarea semejante ha sido posible en la adecuación y adaptación del Derecho privado a los nuevos principios constitucionales en el caso del Derecho material alemán o a la misma labor realizada por la doctrina y jurisprudencia alemana de D.I.Pr. «desde unas pocas e incompletas reglas jurídicas»²⁸.

Afirmada la sujeción al Derecho constitucional tanto de las reglas conflictuales del foro, como de la aplicación por las autoridades alemanas de leyes extranjeras designadas por aquéllas, el Tribunal examina la presunta inconstitucional del art. 13, 1 EGBGB. El Tribunal comprueba que dicha regla se funda sustancialmente en la idea de que es «conforme a los intereses de las partes ser juzgadas en cuestiones de estatuto personal, según el Derecho del Estado a que pertenecen», y llega a la conclusión de que nada hay que objetar constitucionalmente a pesar de que por el juego de esas normas conflictuales la libertad matrimonial del contrayente alemán esté más limitada de lo que pueda estar con la sola aplicación de las leyes alemanas. Inclusive llega a

28. «Precisamente eso es lo que no debe hacerse», advierte críticamente con justeza NEUHAUS, *lug. cit.*, *RabelsZ*, 1972, pág. 137, haciendo referencia al efecto creador que tuvo en el D. I. Pr. la innovación metodológica de Savigny frente a la esterilidad del método estatutario que es el que la sentencia sugiere.

La eliminación del D. I. Pr., concluye este autor, de la esfera de aplicación de los derechos fundamentales, llevaría necesariamente a una introversión nacionalista, *lug. cit.*

admitir la constitucionalidad de la limitación en la libertad del contrayente alemán en el supuesto de impedimento de doble ligamen y como «consecuencia indirecta de los impedimentos en la persona del contrayente extranjero».

Si detenemos aquí la exposición de la argumentación de la sentencia e iniciamos el turno de las observaciones críticas, saltan dos objeciones mayores.

La primera estaría en relación con el contenido de la libertad para contraer matrimonio del art. 6, 1 GG. Una tal libertad, como derecho fundamental, es menos evidente; de contenido menos cierto que algunos otros derechos fundamentales, como p. ej. el de la integridad corporal o la libertad personal. Sustancialmente este derecho fundamental tiene un contenido negativo (que es además la parte más indiscutible) libertad para que a nadie le sea impuesto el matrimonio con persona determinada. Pero no es una libertad absoluta de matrimonio de «cualquiera» con «quienquiera» sino una libertad relativa, a ejercer necesariamente dentro de «un marco normativo».

Primordialmente el contenido de este derecho fundamental puede ser explicitado en una doble dirección. En su forma más elemental es base de un derecho del individuo frente al Estado, imponiendo a éste un deber de abstención. En este sentido primario el derecho fundamental crea un ámbito de libertad en el individuo. Pero el referido derecho es además una «instituts-garantie». Los principios estructurales —dicen Leibholz/Rinck— que caracterizan a estas instituciones (matrimonio y familia) surgen de un orden de vida al margen del Derecho. Ambas instituciones son desde antiguo por tradición, y en su esencia misma inmutables... El matrimonio es para la Ley Fundamental el consorcio entre un hombre y una mujer con intención de crear una comunidad de vida sustancialmente indisoluble²⁹.

Es aquí precisamente donde se instala una de las argumentaciones menos convincentes de la sentencia³⁰. El juez constitucional alemán reconoce al legislador ordinario un amplio margen de libertad en la configuración jurídica del matrimonio; acepta que el Derecho civil tradicional esté en armonía ampliamente con el contenido de esa garantía institucional, pero no que el contenido

29. LEIBHOLZ-RINCK: «Grundgesetz», 4. Auflage, pág. 215. Cabe además la mención de un tercer contenido del art. 6, 1 GG: «darüber hinaus eine wer-tentscheidende Grundsatznorm für das gesamte Ehe und Familie betreffende Recht». Esto es, coloca al matrimonio y familia, como célula primaria de toda sociedad humana bajo la protección especial del Estado. *Ibid.*, pág. 212.

30. Vid. también en este sentido, aunque menos diferenciadamente, LÜ-DERITZ, *op. cit.*, *RebelsZ*, 1972, pág. 41.

de dicha garantía sea deducido de la legislación ordinaria: «Vielmehr müssen die einzelnen Regelungen des Bürgerlichen Rechts an Art. 6 Abs. 1 GG als vorrangiger, selbsts die Grundprinzipien enthaltender Leitnorm gemessen werden»³¹.

Sin duda tiene razón el Tribunal constitucional al afirmar que la idea plasmada en la Constitución es la imagen del matrimonio secularizado, de la que forma parte integrante el que los cónyuges puedan divorciarse con los requisitos establecidos por la ley y recuperen con ello su libertad matrimonial³². Pero una cosa es la afirmación del principio, y otra muy distinta es la fijación del alcance del mismo.

Por de pronto, que sepamos, esta concepción fundamental del «matrimonio secularizado» en el Derecho alemán no ha llevado a los tribunales alemanes a afirmar su competencia para divorciar a extranjeros residentes o domiciliados en Alemania cuyo estatuto personal común lo prohíba. La tarea con la que se enfrentaba aquí el juez constitucional no era fácil; puesto que la norma constitucional debe prevalecer sobre la ordinaria, no se discute que, efectivamente, deba prevalecer la garantía institucional deducida de las reglas constitucionales, pero ¿y cuando la regla constitucional sea manifiestamente insuficiente? ¿Cómo deducir las líneas estructurales de una institución tan compleja desde una sola regla constitucional? La dificultad aumenta cuando, como en el presente caso, las normas reguladoras de tal institución no se insertan exclusivamente en el sistema jurídico abarcado por esas normas constitucionales.

Y con esto anudamos la segunda observación crítica que se centra en la indeterminación en que queda en la sentencia el importante tema de la localización de la relación con elementos de extranjería. El Tribunal constitucional ha rechazado, con razón, la distinción que había establecido en su jurisprudencia el Tribunal Civil Federal entre lesiones «soportables» e «insoportables» de los derechos fundamentales; afirma, como hemos visto, la superioridad en rango normativo de las reglas constitucionales sobre las conflictuales, pero no puede menos de reconocer que la garantía de cualquier regla constitucional alemana protegiendo un derecho fundamental tiene forzosamente límites en su aplicación.

31. Vid. Sentencia, C, II, 2.

32. *Ibid.*, C, V, 1. De nuevo la argumentación es defectuosa. La protección que la constitución otorga al matrimonio, no indisoluble en el Derecho alemán, se la transforma en una protección constitucional al derecho de divorcio. NEUHAUS, *RabelsZ*, 1972, pág. 134. En la sentencia, C, V, 3.

Consciente de esta dificultad, y no obstante haber afirmado antes que el alcance de los derechos fundamentales habrá de ser deducido de modo inmediato de las propias normas constitucionales, admite más tarde que «un derecho fundamental, de acuerdo con su propia sustancia, puede presuponer una determinada relación con el orden social... de tal manera que una ilimitada aplicación a supuestos entera o preferentemente situados en el extranjero perturbaría el sentido mismo de la protección». O lo que es lo mismo, la protección constitucional más intensa o menos intensa está en relación directa con la conexión mayor o menor de ese derecho con el orden jurídico alemán. ¿No era esta en realidad la idea que subyacía en la referida distinción del Tribunal Civil Federal entre lesiones soportables e insostenibles de los derechos fundamentales, bien que expresada defectuosamente?

El derecho fundamental protegido por el art. 6, 1 GG es un *Menschenrecht*; con esta afirmación el Tribunal no hace más que recoger formalmente aquí la jurisprudencia que en otras ocasiones había sentado. Pero anotemos, en primer lugar, si se afirma que es un derecho humano universal ¿no hay una clara contradicción al limitar el alcance de esta garantía constitucional a la mayor o menor conexión con el orden jurídico alemán? Ciertamente que la universalidad de todo derecho fundamental humano es siempre una universalidad relativa; la que le da la perspectiva del texto constitucional que lo consagra, pero ello no deberá ser obstáculo a la pretensión de validez absoluta con que la que dicho texto fundamental lo garantiza.

Del texto de la sentencia se deduce que la acepción en la que el Tribunal toma a este derecho es, primeramente, en el sentido negativo anteriormente explicado «dicho derecho fundamental tiene como parte esencial el derecho o la libertad de celebrar el matrimonio con la persona que se haya elegido libremente»... «esa libertad y el derecho que de ella nace para oponerse a intromisiones del Estado, valen no sólo respecto de alemanes...».

Quizá hubiera sido oportuno que el Tribunal distinguiese entre el derecho fundamental a la libertad de matrimonio en el sentido negativo, como *Menschenrecht*, y la garantía institucional, en tanto que *Bürgerrecht*. A nuestro entender esta diferenciación hubiera dado consecuencia lógica a la argumentación de la sentencia que venimos comentando, inconsistente en este punto. Desde luego el derecho fundamental protegido a los *ciudadanos alemanes*, aceptando que sea una exigencia básica del matrimonio según el Derecho alemán su solubilidad, llevará indiscutiblemente a la inconstitucionalidad de cualquier norma ordinaria

del Derecho material alemán que no reconociera ese carácter soluble del matrimonio en Alemania. Sería igualmente clara la inconstitucionalidad de la aplicación por juez u órgano alemán de aplicación del Derecho de toda norma extranjera contraria a la libertad matrimonial, en el sentido negativo, y por consiguiente al derecho fundamental humano así garantizado. Pero ¿ha querido de verdad el legislador alemán garantizar a todos los hombres (o sólo a los alemanes) una libertad matrimonial³³ que les permita contraer matrimonio con cualquier extranjero que no puede matrimoniar a dicho ciudadano u ciudadana alemana en virtud de las leyes que regulan su estatuto personal? Evidentemente, si las leyes nacionales limitativas de esa «libertad» matrimonial del extranjero afectaran al derecho fundamental en el sentido negativo antes analizado (ausencia de imposiciones en el contrayente que le impidan elegir libremente a su cónyuge), no habría duda en la contestación a esta pregunta. Pero la limitación puede proceder no de un *Menschenrecht*, sino de un *Bürgerrecht* que el Derecho de la nacionalidad del extranjero no garantiza simplemente porque parte de otra concepción del matrimonio como base de la familia, que por lo menos puede reclamar en su apoyo concepciones éticas y tradiciones jurídicas no menos respetables y en este caso es más que dudoso se pueda dar la misma contestación afirmativa.

El Tribunal tampoco ha podido aducir la prueba de que la constitución permita una interpretación del texto en el que no parece haber base alguna para suponer que los redactores del mismo aceptasen que el juez alemán podría llegar a validar un acto realizado por extranjeros en Alemania en fraude de su estatuto personal.

Más aún, el propio criterio de la intensidad de la conexión se vuelve en contra de la solución propugnada. Si en última instancia se trata de juzgar y regular la capacidad de un español, ¿cómo no reconocer una íntima conexión al Derecho español en tanto que Derecho de la nacionalidad? Y, lógicamente, a mayor conexión con el Derecho español, mayor desconexión con el orden jurídico alemán³⁴.

33. En contra de la formulación usual de los *Menschenrechte* (*Alle Menschen... Niemand darf..., Jeder hat...*) el texto del art. 6, 1 se limita a establecer: «*Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung*».

¿Hubiera llegado al mismo resultado el Tribunal constitucional alemán si los dos contrayentes fueran extranjeros, sobre todo, si siéndolo y teniendo un estatuto personal común ambos fueran súbditos de un país no divorcista?

34. En relación con este tema de la conexión y la referencia que la sen-

Hemos visto más arriba que el Tribunal acepta en su sentencia la tesis de la fijación del ámbito normativo de la constitución desde las mismas normas constitucionales, pero sin plantearse la cuestión del modo cómo habrá de realizarse. Más bien, prolongando la tesis de Neuhaus habrá que pensar que el grado de la mayor o menor conexión dependerá de las normas constitucionales, de las reglas conflictuales y del propio Derecho material interno. Pero como quiera que ello sea, lo que es indiscutible es que en todos aquellos derechos fundamentales cuyo contenido no esté dado por la propia constitución, sino que necesiten para su fijación una labor normativa complementaria en la legislación ordinaria, ¿no se incurre en una verdadera contradicción haciendo depender el alcance del derecho fundamental de las reglas constitucionales? ¿No se coloca así el condicionante de condicionado y viceversa? El grado de conexión, dice el Tribunal, depende del alcance y contenido del derecho individual y, a su vez, la incidencia de la garantía constitucional depende de la intensidad del elemento de extranjería.

La mujer divorciada alemana tendrá, sin duda, un derecho fundamental en tanto que ciudadana alemana (*Bürgerrecht*) a casarse de nuevo, pero no con quien quiera, sino con quien pueda; esto es, con quien pueda contraer legítimamente con ella matrimonio. Del derecho fundamental de la ciudadana alemana divorciada a matrimoniar de nuevo (indiscutido e indiscutible) es difícil hacer derivar un derecho fundamental en el contrayente extranjero que realiza un acto que presuntamente su ley personal se lo prohíbe.

III. ALGUNAS CONSIDERACIONES CONFLICTUALES DE LA SENTENCIA.

No estaba en la tarea del juez constitucional alemán ofrecer soluciones, sin embargo, era inexcusable rozar en la argumentación aspectos de D.I.Pr. a los que vamos ahora a hacer alusión:

1. *Orden público*. El texto de la sentencia que más directamente tiene relación con este punto dice así:

«El no reconocimiento de la sentencia alemana de divorcio

tencia hace al Derecho comparado se le ha achacado precisamente desconocer la íntima conexión al Derecho español y hacer referencia, en cambio a terceros Estados que nada tenían que ver con él, Vid. JAYME: *op. cit.*, *RabelsZ*, 1972, pág. 24. Sobre la falta de precisión y exactitud de ese aspecto de la sentencia, vid. también NEUHAUS: *op. cit.*, *RabelsZ*, 1972, pág. 135.

sobre la base del o.p. español no puede ser aceptada desde la perspectiva del Derecho alemán, puesto que se trata de un supuesto localizado por entero en el Derecho propio».

Comencemos afirmando que parece más bien inexacto que el orden público español se pudiera oponer a cualquier efecto de la sentencia alemana de divorcio. Muy probablemente el o.p. español no actuaría en todos aquellos supuestos en los que se tratara del reconocimiento de la validez y efectos de un acto enteramente localizado en el sistema jurídico alemán y que tuviera como presupuesto la pervivencia o no pervivencia del anterior matrimonio. Por vía de ejemplo, los derechos sucesorios en España de la viuda del segundo matrimonio, no podrían ser eficazmente atacados por la mujer del primero con el argumento de que el Derecho español no reconoce el divorcio. El juez español se limitará a aplicar la ley nacional del causante en toda su extensión.

Evidentemente sería contrario al o.p. español el reconocimiento, en sentido técnico, de una sentencia extranjera de divorcio. Pero en el caso presente ni hubo ni tenía por qué haber reconocimiento. Los esposos en el primer matrimonio eran alemanes y alemán era el juez que los divorció. Si la divorciada se hubiera casado en el segundo matrimonio con otro alemán, nada tendría que objetar a esa validez el D. español. Pero si éste interviene, es en virtud de la nacionalidad española del contrayente, cuya capacidad matrimonial se regula por la ley española, según la designación coincidente que de ella hacen el sistema conflictual español y el alemán. ¿Dónde está, pues, el orden público como correctivo al posible perjuicio que se derivaría de la aplicación del Derecho extranjero?³⁵ Tanto si se considera al o.p. en su función positiva, de validez ineludible de determinadas reglas materiales del foro, como en su función negativa, incompatibilidad de la ley extranjera con principios básicos del sistema jurídico del foro, no es posible ver en este caso un supuesto de orden público³⁶. El o.p. español no puede intervenir en el enjuiciamiento de la capacidad del español, pura y simplemente porque aquí no hay aplicación de ley extranjera.

35. NEUHAUS: *Grundbegriffe*, págs. 256 y ss.

36. En el mismo sentido MAKAROV: *lug. cit.*, *RabelsZ*, págs. 57-58, que atribuye a un error esta argumentación del tribunal. Si bien su razonamiento en relación con la obligación del español de celebrar matrimonio canónico, según el Derecho español vigente en el momento de la sentencia de fondo, 1968 (*lug. cit.*, pág. 59) no es tan seguro. El Decreto de 22 de mayo de 1969 y la Res. de 7 de jul. 1971 posterior desde luego a la sentencia del Tribunal, no tiene ese alcance. La jurisprudencia registral inmediatamente anterior a esa fecha prueba que la acatolicidad no se exigía con el rigor de los años 40, y era posible al español soltero bautizado casar civil y no canónicamente.

Por lo que al reconocimiento de la sentencia alemana respecta, si se habla técnicamente, no se da reconocimiento; no puede darse. El D. español aceptaría que los efectos de un divorcio alemán sobre un matrimonio alemán deben ser los que el Derecho alemán les reconozca. Desacierta el Tribunal constitucional cuando afirma lo contrario. Lo que sucede es que no se ha distinguido algo que era preciso distinguir. Los actos judiciales declarativos sobre el estado de las personas deben serlo, en principio, *erga omnes*. Ciertamente no es normal que alguien aparezca casado para un grupo de personas y soltero o divorciado para otras, nadie deberá ser hijo legítimo e ilegítimo a la vez según el grupo de personas desde el que se enjuicie la condición del primero. Ahora bien, ese efecto *erga omnes*, en el D.I.Pr. es necesariamente relativo, circunscrito, en principio, al ámbito jurisdiccional del órgano judicial que lo declara. «El Derecho español (no puede pretender) imponer al matrimonio anterior de la recurrente el efecto permanente de la indisolubilidad», según la expresión poco feliz del Tribunal. Con la misma falta de congruencia se podría decir: «el Tribunal pretende colocar al español una capacidad matrimonial ficticia de la que carece, según su ley personal».

El planteamiento es distinto si se atiende al posible orden público alemán. Puesto que en virtud del art. 13 EGBGB el español que contraiga matrimonio en Alemania deberá ver regulada su capacidad por el Derecho español, cabe pensar que desde la perspectiva conflictual alemana, una tal designación y aplicación de ley extranjera pueda ser contraria al orden público alemán. El impedimento de doble ligamen puede ser una limitación insostenible para el Derecho alemán, lo que lleva a una modulación de la regla general en la interpretación que Kahn daba al o.p. «*der noch unerkannte und der noch unfertige Teil des internationalen Privatrechts*»³⁷. Ahora bien, es conocida la resistencia del juez alemán a la utilización de la cláusula de reserva; de ella hace un uso muy parco. Y es desde esa parvedad en el uso y en la propia argumentación del Tribunal desde donde pueden apuntarse reser-

Pero no por eso queda invalidado su argumento sobre el impedimento de doble ligamen que no afectaría en el Derecho español solamente a los matrimonios canónicos, sino, salvo prueba convincente en contrario, también a los matrimonios civiles.

37. KAHN: «Die Lehre vom ordre public». *Iherings Jahrb.* 1898, pág. 108 y ss. NEUHAUS: *RabelsZ*, pág. 138, se ha preguntado si la sentencia no implica un abandono del principio de la nacionalidad y su sustitución (se entiende en materia de capacidad matrimonial) por la residencia habitual o el «domicilio social». Curiosamente desde la argumentación del Tribunal no habría razón para excluir de esta libertad al mero transeúnte, puesto que se trata de un *Menschenrecht*.

vas sobre lo bien fundado de su utilización en el caso presente. Dando por reproducidas aquí las consideraciones hechas más arriba sobre el juego conflictual de los derechos fundamentales al filo de la misma argumentación del Tribunal, el principio de igualdad de los Estados e independencia de sus respectivos sistemas jurídicos, también recogidos en ella, sería difícil al juez alemán justificar la no aplicación a un súbdito español de leyes nacionales españolas en materia de capacidad³⁸.

2. Armonía interna y externa.

Indiscutiblemente la intención de la norma 13 EGBGB es la no autorización en Alemania de un matrimonio en el que por no respetar la capacidad del o de los contrayentes extranjeros no esté asegurado el reconocimiento de su validez en los sistemas jurídicos nacionales respectivos. Armonía, pues, de soluciones externas. El Tribunal con la solución que propugna es consciente que tal armonía queda sacrificada en aras de la armonía de soluciones internas. ¿Es así del todo en realidad?

El texto de la sentencia está así concebido «El principio de la armonía externa de soluciones está aquí en una irreductible contradicción con el principio de la armonía interna, esto es, con el tratamiento unitario del divorcio y del estado civil de la reclamante por autoridades y tribunales internos... El Oberlandesgerichtspresident, el Oberlandesgericht y los funcionarios obligados por esas decisiones consideran a la recurrente como casada todavía, mientras que en la vida jurídica, estado civil, derecho de alimentos y asistencia etc. deberá ser considerada como definitivamente divorciada» (C. V, 2).

La oposición en las soluciones, radica no ciertamente en la pura y simple aplicación de la normativa conflictual establecida; desde ella no puede haber contraposición de soluciones, porque no habría más que una. Las soluciones opuestas se dan precisamente por la modificación a la que el tribunal quiere llegar en

38. De manera clara se ha definido D. HENRICH por la utilización del o. p. alemán (*lug. cit.*, *RabelsZ*, 1972, págs. 2-6, y concretamente por un o. p. en el sentido positivo: «Fragt man nun, welchen deutschen Rechtsnormen ein solcher Durchsetzungswille innewohnt, so bitet sich als Antwort an: als erstes den Normen, die vom Gesetzgeber für so fundamental gehalten worden sind, dass er sie in das Grundgesetz aufgenommen hat», pág. 5. ¡Excelente!, no habría más que decir si estuviera perfectamente claro que el legislador constitucional alemán quiso llevar la validez constitucional a casos como el presente. MAKAROV ha hecho valer en contra que la interpretación del art. 6, 1 GG es una «die bei dessen Beschaffung gar nicht vorgesehen war» *lug. cit.*, *RabelsZ*, 1972, pág. 59.

el Derecho aplicable según la norma conflictual mencionada, y la exclusión de ese mismo derecho. Sólo así puede hablarse de un sacrificio de la armonía externa «ideal inalcanzable» (?) en aras de la interna, sin que por lo demás se den las razones que la justifiquen³⁹.

3. Cuestión previa.

Un enfoque especial del caso por la vía de la cuestión previa hubiera soslayado el problema de la inconstitucionalidad. La existencia del impedimento de doble ligamen que aparece en la capacidad del español, como consecuencia del anterior matrimonio de la contrayente, podía ser contestada o bien acudiendo al Derecho español que regula la cuestión principal (conexión autónoma) o bien mediante la ley del foro, reguladora del divorcio (conexión no autónoma). En nuestro caso, el impedimento aparecería o no según la conexión fuera autónoma o no lo fuera. En esta segunda conexión al no haber aplicación del Derecho español, desaparecería el supuesto de inconstitucionalidad⁴⁰.

Ahora bien, la opinión marcadamente predominante en la doctrina alemana se había decidido en favor de la conexión autónoma, por lo tanto, en favor de la aplicación del Derecho español si se seguía respetando el mismo criterio doctrinal. Esta es la razón por la que algún autor ha emprendido un esfuerzo encaminado a justificar en el caso concreto la conexión no autónoma. Conectando con sus propias tesis anteriores, K. Neumayer nos hace observar que la cuestión previa aquí no aparece en el momento de la aplicación de las normas conflictuales alemanas, ni tampoco en el de la aceptación de la remisión por las correspondientes normas conflictuales extranjeras. «La cuestión previa debe ser fundamentalmente resuelta con ayuda del D.I.Pr de aquel sistema cuyas normas jurídicas la hacen aparecer»⁴¹. Puesto que en el caso presente el impedimento de anterior ligamen nace de hechos enteramente localizados en el sistema jurídico alemán sin conexión

39. Posición crítica frente a este argumento de la armonía interna la ha mantenido también JAYME, *lug. cit.*, *RabelsZ*, 1972, págs. 23-24.

40. En este sentido entre otros KEGEL, *lug. cit.*, *RabelsZ*, 1972, pág. 29, quien, como es común entre los autores alemanes, insinúa su disconformidad con la argumentación del Tribunal dando como hecho que el impedimento, por ser de naturaleza, religiosa, hubiera sido más fácilmente tachado de inconstitucional que la mera aceptación en abstracto de la capacidad matrimonial contraria al art. 6, 1 GG.

41. NEUMAYER: «Eheschliessung und Wiedererlangung der Ehefähigkeit», *RabelsZ*, 29 (1959), pág. 75.

alguna con el sistema que ahora domina la cuestión principal, deberá ser contestada exclusivamente por aquel. En cuyo caso, tanto si la dificultad a resolver se centra en la validez de la sentencia de divorcio, como si se hace en la recuperación de la capacidad por la contrayente, la contestación será la misma ⁴².

En nuestra opinión la sutileza de tales razonamientos deja intacta la cuestión que sigue siendo si en la aplicación del Derecho español, imperada por el art. 13 EGBGB hay que entender incluida la limitación que la ley personal del español pueda eventualmente imponerle sobre la base de un estado que dicha ley puede considerar subsistente, no obstante haber desaparecido éste según el orden jurídico alemán.

Tema diferente es el de la articulación del alcance de las reglas conflictuales procesales y el de las conflictuales del conflicto de leyes. En otros términos; ¿las normas que regulan los efectos conflictuales (internos y externos) de una decisión judicial extranjera pueden ser puestos fuera de juego por las reglas de conflicto de leyes? ¿Puede el efecto de cosa juzgada ser puesto en tela de juicio por las normas conflictuales y el Derecho extranjero que éstas designan como aplicables? Es un tema complejo cuyo análisis en profundidad está aquí fuera de lugar.

Evidentemente, es manifiesto que el efecto de cosa juzgada no puede ser socavado por el juego de normas conflictuales; se atacaría así un principio básico del estado de Derecho. El punto está en la fijación misma del alcance del efecto de cosa juzgada. ¿Puede de verdad el efecto de cosa juzgada en la sentencia firme de divorcio de una mujer alemana fundar el derecho de la divorciada a contraer matrimonio con quien, ajeno a tal procedimiento judicial, tiene por añadidura un estatuto personal que le prohíbe el matrimonio? Sería ésta una extraña extensión de tal noción ⁴³.

IV. CONSIDERACIONES FINALES.

La sentencia que venimos comentando plantea un tema que en nuestro Derecho lo tenemos todavía a nivel de Dirección Gene-

42. NEUMAYER, *lug. cit.*, *RebelsZ*, 1972, pág. 82.

43. Esta es la crítica que a nuestro entender cabe hacer a las consideraciones de K. MÜLLER, *lug. cit.*, *RebelsZ*, 1972, págs. 62-64. Las consecuencias de la decisión del Tribunal constitucional en aspectos concretos procesales han sido analizadas por E. JAYME: «Zur Verfassungskonformen Auslegung des 606, b Nr. 1 ZPO bei Scheidung einer Ausländer-Ehe und verschiedener Staatsangehörigkeit der Ehegatten». *Fam.RZ*, págs. 4 y ss.

ral de los Registros y no de Tribunal Supremo; entre las posiciones de ambos puede detectarse hoy una clara posición antinómica. ¿Cómo interpretar esta situación?

Digamos en primer lugar, que el hecho no tiene en sí nada de extraño. Basta un somero conocimiento de ambas para saber que una de las líneas de interés, y no la menor, que presenta esa jurisprudencia registral es poseer un cierto papel anticipatorio de temas de D.I.Pr. a tratar más tarde por el T. S. dentro de los ámbitos, por supuesto, que esa jurisprudencia registral cubre.

La doctrina conflictual del caso concreto podría verse sobre todo en la confirmación —una vez más— de esa relación dialéctica de comunidad y falta de comunidad en las instituciones jurídicas. El matrimonio del Derecho alemán como comunidad de vida de hombre y mujer, intencionalmente indisoluble, resulta que no lo es en su esencia, y por lo tanto en la realidad. Hay ahí un juego de coincidencias y discrepancias con el matrimonio del Derecho español; discrepancia irreductible precisamente en el tema —entre otros— que motiva el caso; aunque quizá no del todo. O al menos no hoy como antes.

No del todo, porque por la tendencia que se apunta en la jurisprudencia registral reseñada, parece se va a una coincidencia con el Derecho alemán. Pero, ¿qué valor tiene esta jurisprudencia y la tendencia así detectada? ¿Es anticipatoria, como en otras ocasiones⁴⁴, de una evolución legislativa?, o por el contrario, ¿es una jurisprudencia coyuntural que por carecer de apoyo y base legal suficiente terminará desapareciendo, como también ha sucedido? Es difícil establecer predicciones, aunque el creciente ritmo de secularización de la vida española puede inclinar a pensar que muy bien pudiera ser lo primero.

Algo puede decirse, sin embargo, con relativa seguridad. La tesis de la solubilidad o indisolubilidad del matrimonio, según que el divorcio extranjero lo sea de matrimonio civil o canónico no tiene consistencia alguna desde el Derecho vigente y desde una buena política legislativa futura.

Desde lo primero, porque no hay argumentos sólidos que permitan probar que el principio de indisolubilidad matrimonial, tan firmemente asentado en el Derecho material interno, tanto en el matrimonio canónico como en el civil, se mantenga en el plano conflictual sólo respecto del matrimonio canónico, pero no del civil. Aunque las oscuridades, intencionadas o no, de nuestro le-

44. Uno de los mejores ejemplos es el de la nacionalidad de la mujer casada en nuestro Derecho.

gislador hayan inducido a pensar lo contrario. Desde lo segundo, y por distinto signo, porque en un Estado de Derecho moderno la regla del art. 42 C. c., con las diferencias de trato por motivaciones religiosas, es a la larga insostenible. De confirmarse esta evolución dejará de ser jurídicamente relevante para el Derecho español conflictual el matrimonio canónico del extranjero divorciado.

Curiosamente hasta ahora, el «reconocimiento» de esos matrimonios civiles de españoles, solteros, con extranjero(a) divorciados se han planteado por la vía de la transcripción o de la inscripción registral; esto es, por el mínimo contacto con el Derecho español y mínima participación de las autoridades españolas. Pero el paso inmediato es previsible, ¿por qué no directamente matrimonio civil en España de extranjero(a) divorciado? No hay razón, reconocida la capacidad del extranjero divorciado, para que las autoridades españolas se nieguen a prestar directamente su colaboración en los matrimonios que se deseen contraer en España. Y después, ¿por qué el soltero habría de ser siempre el español o la española?

La sentencia que comentamos, en sus concretas circunstancias, pone en evidencia la misma cuestión desde una nueva perspectiva. En la internacionalización creciente en el mundo de hoy, será cada vez menos fácil la conexión normal de un Derecho de familia aferrado a tradiciones y a lo que con frecuencia se califica de «concepciones religiosas» con un universo jurídico circundante secularizado, que estructura la vida matrimonial y familiar desde concepciones distintas y en ocasiones opuestas. En un futuro próximo se hará inexcusable para el legislador español enfrentar este problema con soluciones lúcidas; lo que hasta ahora hace es mera labor de parcheo.