

JURISPRUDENCIA CIVIL

CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA EXTRANJERA

Con fecha 24 de octubre de 1979, la Sala 1.^a del Tribunal Supremo ha dictado un auto por el que se reconoce y ejecuta una sentencia de divorcio vincular, que, si bien afecta al extranjero y se dictó fuera de España, no se limita a reconocer sus efectos en el contenido de la resolución judicial, sino que hace manifestación expresa de que el divorcio no rompe con el orden público internacional español. De esta forma se concede el exequatur a una sentencia firme de divorcio por primera vez desde que se promulgó la Ley derogatoria de la de divorcio, en fecha 23 de setiembre de 1939 (cuyos efectos se habían ya suspendido anteriormente el 2 de marzo de 1938). Desde aquella fecha, y por vía del llamado “efecto atenuado”, los Tribunales españoles, por medio de la resolución de juicios declarativos de mayor cuantía, sobre nulidad matrimonial civil y la Dirección General de los Registros y del Notariado, habían citado, cada vez con menor rigor, reconociendo situaciones concretas de divorcio al admitir que nacionales españoles se pudieran casar con extranjeros divorciados, siempre que el concepto jurídico del divorcio implicase la disolución del vínculo anterior, es decir, que ese matrimonio no hubiese sido canónico. Así, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha dictado varias resoluciones en este sentido, como las de 27 de junio de 1969, 18 de setiembre de 1971, 23 de marzo de 1976 y de 6 de abril de 1979, entre otras. Sin embargo, el Tribunal Supremo sistemáticamente había denegado la homologación de sentencias de divorcio por ir contra el orden público internacional español, aunque últimamente había flexibilizado su criterio, así en el auto de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de fecha 26 de diciembre de 1973 sobre ejecución de sentencias, dictada por un Tribunal francés, de separación de matrimonio canónico y en la sentencia de 22 de noviembre de 1977, en la que se declara la validez de un matrimonio civil contraído en España, entre española y

extranjero divorciado de matrimonio civil anterior contraído en el extranjero.

Pero en esta ocasión, la resolución de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo no se conforma con aplicar el criterio de “efecto atenuado”, sino que, dada la oposición del Ministerio Fiscal a la concesión del exequator, por considerar que iba contra el orden público patrio, ya que el divorcio no está reconocido en el derecho positivo español y ante las manifestaciones que se hacían por representación del solicitante de la ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal de Gran Instancia de París, de que el divorcio se contempla desde la aprobación de la Constitución de 1978 de forma radicalmente contraria a como se hacía hasta el momento, es por lo que, entendemos, el Tribunal Supremo ha querido dejar patente su criterio actual al respecto huyendo de aceptar simplemente la homologación de la sentencia, al tratarse de un divorcio entre extranjeros dictado por un Tribunal extranjero y conforme a la regulación pertinente extranjera.

Así el Tribunal Supremo dice en los considerandos 5, 6 y 7 del auto que comentamos.

5. CONSIDERANDO que tocante a la excepción de orden público, aducida por el Ministerio Público, conviene puntualizar: a) que su noción, en extremo sutil, imprecisa e indeterminada, escapa a toda definición —“omnia definitio periculosa est”— por ser su contenido móvil, flexible y fluctuante; b) que del orden público podría darse una noción “hic et nunc”, aquí y ahora, de su sentido y alcance, siempre provisional, porque, distinto en el pasado, puede ser otro su sentido en el futuro o en otra circunstancia; c) que por ello es noción sujeta a variación y cambio, tal como del mismo modo varían las leyes, las costumbres y la misma moral social o ética colectiva; d) que integrado el orden público, según el ensayo de definición que dio la Sentencia de este Tribunal de 5 de abril de 1966, por los “principios jurídicos públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, necesarios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada”, habrá que estar, para su aplicación, al tiempo en que se vive o, como mejor dice el artículo 3.º, 1, del Código Civil, “a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas “las normas justamente por ese carácter relativo, dependiente de las concepciones sociales y políticas de cada momento histórico, según dice la Resolución de la Dirección General de los Registros de 6 de abril de 1979.

6. CONSIDERANDO que la consecuencia natural que se deriva de las anteriores observaciones es que no pueda afirmarse hoy que una sentencia de divorcio extranjera, respecto de un matrimonio civil contraído fuera de España, contraiga o atente al orden público español, y así ya la Sentencia de esta Sala de 22 de noviembre de 1977 afirmaba que, si bien la indisolubilidad del matrimonio es principio esencial del Derecho español, ello no quiere decir que sea un princi-

pio absolutamente rígido, pues “admite inflexiones y más cuando se trata de matrimonios que, por la nacionalidad de los cónyuges, han de regirse, según las normas españolas de conflicto, por leyes extranjeras, si según éstas se admite el divorcio vincular”, añadiéndose que al tratarse de “un matrimonio previo de carácter civil, los principios de la comunidad jurídica universal y el carácter restrictivo con que debe hacerse uso de la excepción de orden público, han obligado, cuando de matrimonio celebrado en el extranjero se trata, a estimar que ha desaparecido el impedimento de ligamen a consecuencia del divorcio dictado de acuerdo con la correspondiente ley personal...”.

7. CONSIDERANDO que no es necesario insistir en el profundo cambio social, político y jurídico que, por influjo y mandato de la voluntad colectiva del pueblo español, aparece reflejado en la norma básica y primera del Ordenamiento jurídico patrio, es decir, en los artículos 16, atinente a la libertad religiosa y a la aconfesionalidad del Estado, y 32, que permite la disolución del vínculo matrimonial y que priva de rango constitucional al principio de indisolubilidad del matrimonio, y por ello, por integrar la Constitución la cúspide del orden jurídico, en el cual se subsume el orden público, es evidente la necesidad de afirmar que no choca con él la resolución judicial extranjera que decreta la disolución del vínculo conyugal y, consecuentemente, que su ejecución es lícita en España, como exige que así sea el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Por el profesor Dr. D. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre, profesor numerario de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia del mes de noviembre de 1979, se ha publicado un documentado y minucioso estudio de esta resolución judicial, en el que, tras analizar el supuesto de hecho y la evolución de la excepción de orden público en la jurisprudencia, destaca que, si bien la indisolubilidad del matrimonio ha dejado de ser constitucional, no significa que se admita ya el divorcio, además de que el orden público no se recoge sólo en la Constitución, sino que numerosas normas de rango inferior son de orden público y sus supuestos regulados no lo están en la Constitución, concluyendo que hoy “hic et nunc” el divorcio vincular continúa siendo de orden público, creemos que esa manifestación es totalmente acertada y que en este

A este respecto debemos significar que si bien se podía haber obviado la referencia a que la disolución del vínculo matrimonial no es cuestión de orden público, creemos que esa manifestación es totalmente acertada y que en este sentido es indiferente el que uno de los cónyuges divorciados sea español o extranjero o el que el matrimonio disuelto hubiere sido canónico o civil, máxime desde que los artículos 16 y 32 de la Constitución española de 1978 declaran la libertad religiosa, la aconfesionalidad del Estado y la posibilidad de disolución

del vínculo matrimonial. Y así la ya citada resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 6 de abril de 1979, reconoció un matrimonio en España de extranjero divorciado de matrimonio civil y canónico con española.

La Constitución dice en el artículo 32-2 que “la Ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”, y es evidente que, aunque aún no se haya promulgado una Ley de divorcio y que el día 24 de octubre de 1979, fecha del auto que comentamos, todavía no se conocía el proyecto de Ley de divorcio que preparaba el Gobierno y sí que se sabía la negativa de éste a aceptar el proyecto de ley de divorcio de la oposición parlamentaria. Sin embargo, el que la norma en concreto no existiese ni exista, no supone que el orden público patrio esté cerrado en esta cuestión, hasta que esta disposición se promulgue, porque si toda norma de rango inferior tiene que estar conforme a lo que señale la Constitución, en este sentido, al examinar el artículo citado, sólo podemos plantearnos dos supuestos: o que la Constitución no admita el divorcio o que lo admita.

Esta segunda opción creemos que, indudablemente, es la acertada, aunque la aprobación del divorcio esté limitada por la futura ley a unos supuestos concretos.

En este punto es donde posiblemente se pueda chocar en su momento con el orden público internacional español si se trata de reconocer y ejecutar sentencias de divorcio dictadas en el extranjero, cuando uno de los cónyuges sea nacional español y la causa de la sentencia de divorcio pueda no estar recogida ni aceptada por la legislación española. Pues se puede dar el caso de que en el momento de dictarse la sentencia de divorcio en el extranjero los dos cónyuges sean extranjeros, aunque uno de los dos fuese originariamente español (supuesto en que el cónyuge español adquiriera por el matrimonio la nacionalidad de su marido), y, sin embargo, una vez sea firme el divorcio, la cónyuge recobre su nacionalidad española, es decir, antes de que se llegue a solicitar posiblemente el exequatur del Tribunal Supremo Español.

Pero en el supuesto que nos ocupa, y sin entrar en las causas motivadoras de la sentencia de divorcio dictada por el Tribunal de Gran Instancia de París, es obviamente homologable, dado que en ningún momento se dice que la contrayente pueda haber recuperado la nacionalidad española, sino que sigue siendo francesa (pues, como advierte el profesor Tomás Ortiz de la Torre citando a Batiffol, la disolución del matrimonio no afecta por sí misma a la nacionalidad francesa) y por lo tanto el Tribunal Supremo no tiene porqué entrar en las causas de divorcio, ya que el artículo 951 de la Ley de Enjuiciamiento Civil estable-

ce que “las sentencias firmes pronunciadas en países extranjeros tendrán en España la fuerza que establezcan los tratados respectivos”. Y entre España y Francia existe vigente el Convenio de 28 de mayo de 1969, ratificado el 15 de enero de 1970, sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas en materias civil y mercantil. Y si bien en su articulado se prevé la posibilidad de denegación de reconocimiento por ser contraria, una decisión judicial francesa, al orden público español, en el tratado citado no se pudo establecer nada con respecto a causas prohibidas de divorcio porque en el año 1970 el artículo 22-2 del entonces vigente Fuero de los Españoles negaba expresamente la posibilidad del divorcio, al decir que el matrimonio sería uno e indisoluble.

Y si el divorcio, como interpreta el Tribunal Supremo, no es en la actualidad motivo de excepcionalidad para el reconocimiento de la sentencia, ésta se debe aceptar y ejecutar conforme a dicho Convenio y a las normas procesales que preceptúa la Ley de Enjuiciamiento Civil en sus artículos 955 a 958, ambos inclusive.

Hasta que se apruebe la próxima ley de divorcio, y aun considerando fuera del orden público patrio al divorcio, mientras tanto creemos que subsistirá la dificultad de poder considerar homologables a las sentencias extranjeras en las que uno de los divorciados sea nacional español; y posiblemente esa dificultad se presente hasta después de su promulgación, porque nos podríamos encontrar, de no establecerse unos límites de orden público internacional o normas delimitadoras en los tratados internacionales (los arts. 600 y 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ya prevén un requisito de licitud del asunto o materia objeto de la ejecutoria) con que se pudiera reconocer a España, por la vía de exequatur, sentencias de divorcio entre cónyuge extranjero y nacional por causas no admitidas en España. Circunstancias que no se producirán cuando el exequatur se refiera a extranjeros divorciados por ley extranjera como en el caso comentado.

José Angel Martínez Madridano