

Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

POR MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
TIRSO CARRETERO GARCÍA Y
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO.

REGISTRO CIVIL

1. **FILIACIÓN NATURAL:** LA HIJA DE MADRE ORIGINARIAMENTE ESPAÑOLA, HOY ALEMANA EN VIRTUD DE MATRIMONIO CANÓNICO CON UN ALEMÁN, DIVORCIADA EN FORMA PLENA AL TIEMPO DE SU CONCEPCIÓN SEGÚN LA LEY ALEMANA, Y DE PADRE ESPAÑOL Y SOLTERO, ES HIJA NATURAL DESDE QUE AMBOS PADRES LA RECONOZCAN, Y COMO TAL PUEDE SER INSCRITA EN EL REGISTRO CIVIL.

Resolución de 23 de abril de 1970 («B. O.» de 3 de julio).

A) *Antecedentes de hecho.*—Don D. M. A., mayor de edad y soltero, compareció ante la oficina del Registro civil de V. y presentó la oportuna declaración suscrita por el compareciente y la madre de una niña, doña A. M. R., solicitando la inscripción como hija natural de ambos de la niña así nacida y manifestando su reconocimiento. En la declaración constaba la soltería del padre, y en cuanto a la madre, que había nacido en V. (España) el 24 de julio de 1926, y que era de estado divorciada, según la Ley y Tribunales de su nacionalidad alemana. Acompañaban certificado expedido por el Consulado de Ale-

mania en V., según el cual la súbdita alemana, doña A. M. K., nacida R., está divorciada del súbdito alemán don E. K., según sentencia del Tribunal Supremo de Karlsruhe (Alemania) de 28 de marzo de 1961; y otro certificado haciendo constar que dicha señora estaba inscrita en los Registros de tal Consulado.

El Juez encargado del Registro acordó que procedía inscribir a la nacida como hija natural de su padre, don D. M. A., y de madre desconocida, según el terminante precepto del párrafo 3.º del artículo 11 del Código civil.

Practicada así la inscripción, los padres de la interesada formularon recurso de reposición conjuntamente contra la decisión del Juez encargado, alegando, entre otros varios extremos que ahora no vamos a recoger, lo siguiente: Que la madre es de nacionalidad alemana. Que, de acuerdo con las leyes de su nacionalidad, y en virtud de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Karlsruhe antes citada, la recurrente tiene el estado de divorciada. Que, según la Ley alemana, que es la Ley nacional de la impugnante, los divorciados pueden contraer matrimonio nuevamente, como así en efecto ha ocurrido con el ex esposo de aquélla. Que en la providencia judicial recurrida, se alude a la excepción de orden público, que suele invocarse siempre que no se quiere aplicar la ley extranjera, interpretación de la que difieren los recurrentes por entender que no se produciría ningún escándalo en el orden familiar, social ni estatal, ni se iría tampoco en menoscabo de las instituciones de la Nación si, como procede, la niña M. T. apareciese en el Registro civil español como hija natural de ambos comparecientes, lo que estaría además en armonía con el reconocimiento de esta situación por otras leyes extranjeras, entre ellas la alemana, y en armonía también con los principios más humanitarios, para evitar que recaiga sobre la nacida la condición de paria de la sociedad y, por el contrario, si puede producir escándalo e iría abiertamente en perjuicio de la niña M. T., si ésta quedara definitivamente inscrita como—lo que no es—hija de madre desconocida.

El Juez encargado acordó no haber lugar a la reposición solicitada, por estimar vigente el principio de orden público internacional, contenido en el artículo 11 del Código civil, que veda el paso a cualquier resolución sobre la pretensión de los recurrentes, dada la rígida interpretación de dicho precepto en materia de Derecho matrimonial en España, donde no existe el divorcio vincular, lo cual impide la aplicación del estatuto personal de la ciudadana alemana. Queda en vigor así la ley territorial española, que no tolera el reconocimiento como natural de un hijo extramatrimonial de un casado (artículo 119-2.º C. c.).

Contra dicha resolución se entabló recurso ante el Juzgado de Primera Instancia. El Ministerio Fiscal de la Audiencia del Territorio estimó que se debía confirmar la resolución recurrida. Y el Juez de Primera Instancia acordó no haber lugar al recurso, por no admitir nuestra legislación la inscripción de otros reconocimientos que los de filiación natural y no conceder validez al divorcio vincular decretado por autoridades extranjeras, por rozar ello el principio de indisolubilidad del matrimonio, que ha de considerarse de orden público. Y porque el estado de divorciada de la madre, por sentencia dictada por Tribunal alemán, no le permitía casarse en España ni reconocer como hija natural a la nacida.

Interpuesto nuevamente recurso contra esta última decisión, quedó unido al expediente a instancia del Centro Directivo, entre otros documentos, una certificación expedida por el Consulado de Alemania en V., de la que resulta "que el divorcio que obtuvo la súbdita alemana A. M. K., nacida R. R., y declarado por sentencia por el Tribunal de Karlsruhe

(Alemania) el 28 de marzo de 1961, tiene el carácter, según la ley alemana, de disolución total del vínculo matrimonial”.

La Dirección General, oído el Consejo Consultivo, ha acordado revocar el auto apelado y declarar inscribible la filiación natural materna, ya por reconocimiento de la madre en la inscripción de nacimiento, ya en cuanto en ella coincidan la declaración del padre y el parte facultativo reglamentario (art. 47 L. R. C.), fundando su resolución en los siguientes argumentos:

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros*.—La cuestión a decidir—sin duda no fácil— es si puede calificarse como natural la hija en quien concurren las siguientes circunstancias: a) Nace de madre también nacida en España y aquí domiciliada al dar a luz. b) La madre, aunque originariamente española, era, desde antes de la concepción, alemana por razón del matrimonio canónico que contrajo en España con subdito alemán. c) Al tiempo de dicha concepción estaba divorciada en forma plena según la ley alemana. d) El padre es español y soltero.

No ofrece dudas que la nacionalidad de la nacida en cuestión ha de ser la española, con arreglo a los números 1.º y 4.º del artículo 17 del Código civil y, especialmente, porque el punto de conexión que podría determinar la nacionalidad alemana, esto es, que la madre ostente esta nacionalidad, carece de todo valor al darse la circunstancia de que la madre extranjera ha nacido también en España y en ella se halla domiciliada al tiempo del nacimiento (cfr. número 3.º del mismo artículo).

Al ser la hija española, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.º, el reconocimiento de la filiación materna se rige, en cuanto a sus condiciones de fondo, por la legislación española y, por tanto, es aplicable el artículo 119 del Código civil; sin embargo, no cabe resolver la cuestión aplicando mecánicamente este precepto y negar el carácter natural de la filiación en base a que el progenitor español no había podido, al tiempo de la concepción, contraer matrimonio válido con la madre, alemana y divorciada de matrimonio canónico; pues tal conclusión se ve impedida por las siguientes proposiciones, que se examinarán sucesivamente: 1.ª Conforme al Derecho español, el estado de la madre extranjera no es, en el supuesto, el de casada. 2.ª Para valorar, a este efecto, la sentencia de divorcio, no se requiere inscripción en el Registro Civil español ni *exequatur*. 3.ª Tienen los padres, según las reglas civiles ordinarias, aptitud para casarse entre sí, por lo cual nada se opone, en principio, al reconocimiento de filiación materna. 4.ª La excepción de orden público, o la inmisión del orden canónico que, no obstante ser la madre no casada, impida su matrimonio con el padre español soltero, no puede extenderse automáticamente a otras materias que la ley española regule sólo por vía de remisión, en función de la libertad matrimonial.

Para decidir si el estado civil de la madre era el de casada, es fundamental lo dispuesto en el artículo 9.º del Código civil, según el cual —presente el sentido que le han dado la jurisprudencia y los Reglamentos— los derechos y deberes de familia y el estado, condición y capacidad legal de las personas se rigen, cualquiera que sea el lugar de su residencia, por su respectiva ley nacional y, en consecuencia, esta materia, como ajena que es al ámbito de aplicación de las leyes españolas, no está afectada, en principio, por las estipulaciones concordatarias; así, pues, desde que la respectiva ley nacional considera a la madre como “no casada”, tal consideración será la que ha de tener en el orden civil español, en principio, a todos los efectos, y como ya “no casada” consideró a la extranjera divorciada, al efecto de que pudiera recuperar la nacionalidad española, la Resolución de este Centro

directivo de 26 de marzo de 1951, y no importa la originaria nacionalidad española, ya que el acto de matrimonio agotó las atribuciones de la ley española en cuanto a las ulteriores vicisitudes del estado por él constituido, mientras no estén en cuestión los requisitos de la validez del acto mismo.

Para valorar la sentencia extranjera de divorcio en cuanto determinante del estado civil de una extranjera, ni se requiere —ni es posible— la inscripción en el Registro Civil español, pues, por ser la sentencia extranjera y afectar a extranjeros, está fuera del ámbito de los hechos en él inscribibles; ni se requiere tampoco *exequatur*, lo que es evidente, porque no hay cuestión de ejecución judicial sobre personas o bienes, sino que se trata de calificar el estado civil de una extranjera, cuestión esta de la incumbencia de la legislación de la nación correspondiente, cuyos Tribunales son los que han decretado el divorcio.

Para conocer si, en concreto, un español tiene el carácter de hijo natural, hay que averiguar si encaja en la noción legal que de hijos naturales acoge el Derecho español, para lo cual ha de acudir al artículo 119 del Código civil; ahora bien, este artículo, por sí sólo, no basta para conocer tal noción, sino que se completa, por vía de remisión, con las disposiciones que precisan la aptitud de los padres para contraer matrimonio entre sí; así, pues, el español en cuestión será hijo natural si los padres, al tiempo de la concepción, pudieron casarse; y, descendiendo ya directamente al caso planteado, si se aplicaran las reglas ordinarias de conflicto, es claro que el previo matrimonio de la madre ya disuelto según su propia ley nacional, no habría de ser obstáculo para el matrimonio ulterior con un español, soltero, de donde indirectamente se sigue también que, según las reglas ordinarias, el hijo habido entre ellos tiene el carácter de natural.

Si bien es indudable que la regla de la aplicación de la ley nacional en materia de capacidad y estado de extranjeros quiebra en numerosos supuestos —ya por razones de orden público, ya por el reconocimiento español del ámbito legislativo canónico— cuando precisamente de contraer matrimonio se trata, y aunque, en concreto, bien las exigencias de orden público, según reitera la jurisprudencia, bien el reconocimiento concordado al ámbito canónico, puedan impedir el ulterior matrimonio de esta alemana, civilmente divorciada, con español soltero, ello no permite extender tales excepciones o inflexiones del sistema en materia de matrimonio a otras materias —muy numerosas en el orden civil, en el penal y, en general, en todo el orden jurídico, y un ejemplo es el concepto de adulterio— que la ley española regula sólo por vía de remisión en función del ligamen o de la libertad matrimonial y como consecuencia directa de éstos, sino que se hace preciso discernir si el orden público o el reconocimiento del ámbito canónico exige también dicha extensión a cada una de estas materias no estrictamente matrimoniales.

En efecto, el orden público no exige que se excepcione la normal aplicación de las reglas ordinarias, nacionales y extranjeras, cuando se trata de calificar la prole habida entre la extranjera divorciada y el español soltero, pues a tal extensión se oponen los criterios restrictivos con que deben aplicarse: a) La noción de orden público por el carácter de excepción que le impone expresamente la Ley, en pro de la comunidad jurídica universal; y b) La noción de hijos ilegítimos no naturales, tanto por su mismo carácter de consecuencia penal, como por introducir, contra la igualdad, un régimen singular en el *status* de los hijos habidos fuera del matrimonio y particularmente odioso hoy por la revalorización actual de los deberes de los progenitores respecto del hijo engendrado, el cual —como expresa la doctrina de la Iglesia

en reciente y solemne documento (*Gaudium et Spes*, 27)— *inmerito patiens propter peccatum a se non commissum*.

Ciertamente el juego normal de las reglas civiles, españolas y extranjeras, debe dejar paso, en el orden jurídico español, a la aplicación de las normas canónicas en el ámbito que el Concordato vigente, y más concretamente los artículos 75 y 80 del Código civil, le reconocen como propio; y en la delimitación de este ámbito se plantea cuestión sobre en qué medida y en aplicación de los citados preceptos, y no ya por el orden público, debe ser reconocido en España el posible veto canónico al matrimonio de súbdito español con persona extranjera en el supuesto tan frecuente de que ésta esté o siga casada canónicamente —haya o no habido cumplimiento de la forma canónica—, pero que sea considerada libre según su propia ley nacional, e incluso quizá para su actual confesión religiosa; más ésta no es cuestión que sea ahora necesario resolver, pues no cabe invocar la interferencia de las normas canónicas en la calificación del estado civil de una extranjera —ya la declaren, tales normas, casada siendo civilmente libre, ya libre siendo civilmente casada— si no se trata precisamente de contraer matrimonio con español, sino de una materia totalmente ajena al ámbito reconocido a la ley canónica, como es el régimen de los hijos naturales; por lo cual, y al no haber elemento de conexión suficiente para dar entrada al Derecho canónico, la cuestión ahora planteada se ha de resolver exclusivamente por el juego ordinario de las normas de conflicto y sin dar relevancia a posibles vetos canónicos al matrimonio de los progenitores, sino sólo a los vetos que resulten del orden civil; evitando así el ensanchamiento del concepto —odioso— de hijos ilegítimos no naturales, que de otro modo comprendería los habidos entre personas tanto con impedimento de ligamen puramente civil —es decir, aunque no se reconozca canónicamente— como con ligamen puramente canónico—es decir, aunque el matrimonio no tenga sanción de efectos civiles—; a esta solución apoyan no sólo razones análogas a las expuestas en el considerando anterior respecto del orden público, y que, por tanto, ahora no se reiteran, sino otra de tipo práctico no despreciable: la necesidad de evitar, en lo posible, los casos en que entre las diversas relaciones paterno-filiales provenientes de madre extranjera sufran en el Derecho español la postergación que implica la filiación ilegítima no natural, en orden a los alimentos, herencia, etc., sólo aquellas relaciones en que el padre o el hijo fuera español.

No es obstáculo a la calificación de la filiación como natural el que ésta no pueda ser legitimada por ulterior matrimonio, pues ello también ocurre, por ejemplo, cuando el otro progenitor haya muerto o haya sobrevivido en cualquiera de ellos un impedimento, o se trata de uno de aquellos impedimentos (imposibilidad de intervalos lúcidos, impotencia *coeundi*, impedimento civil de adulterio o conyugicidio) que, no obstante el tenor literal del párrafo II del artículo 119 del Código civil, no pueden ser causa suficiente, dada la tradición y precedentes a que el artículo 119 responde, para motivar que una filiación merezca la calificación de ilegítima no natural y la exclusión, respecto de ambos progenitores, en los derechos de los hijos naturales.

C) Comentario.—Con la noticia que ofrecemos de la presente Resolución damos entrada en esta Sección a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros que se refieren al Registro Civil. Y ello por varias razones: a) Porque siendo la persona humana la realidad básica, primaria y fundamental y el centro unificador de las instituciones de Derecho privado, las cuestiones relativas a la persona y a su estado civil tiene superlativa importancia para todos los que trabajamos en este campo del Derecho.

b) Porque aunque la dirección y el funcionamiento de las oficinas del Registro Civil no estén a cargo de los Registradores de la Propiedad, sin embargo, la identificación de las personas, su capacidad y su estado civil son cuestiones todas ellas que encajan dentro del contenido de la función calificadora reservada a estos funcionarios y, por tanto, revisten para ellos especial interés. Para determinar la validez de un negocio o la eficacia de una relación jurídica, pocos temas tienen tanta trascendencia como éstos de la capacidad de obrar y el estado civil.

c) Porque la construcción de un Derecho registral unitario tiene que hacerse necesariamente estudiando las líneas fundamentales de la publicidad registral a través de los principales Registros públicos de carácter sustantivo—no meramente administrativo—en que esa publicidad se exterioriza. Por lo que respecta a nuestra patria, y dejando aparte todavía otros tipos de Registros, la futura elaboración científica de ese Derecho registral tendrá que partir por lo menos de la consideración de los tres Registros fundamentales, más técnicos, más desarrollados y de mayor eficacia: el Registro de la Propiedad, el Registro Mercantil y el Registro Civil. De donde resulta que también el Registro Civil, y la publicidad que con él se obtiene, deben ser objeto de reflexión rigurosa y comparativa por los estudiosos del Derecho registral.

d) Al margen de estas razones de fondo, que tienen a mi juicio valor permanente, concurre en este caso otra específica y ocasional que bastaría por sí sola para justificar esta referencia. La presente Resolución viene a romper con una reiterada jurisprudencia anterior y a abrir la puerta a una interpretación más progresiva y actual en el siempre delicado problema de los hijos habidos fuera de matrimonio por personas extranjeras divorciadas.

Además, en el presente caso entran en juego normas de derecho español, de derecho extranjero y de Derecho internacional privado. Lo que dota al problema planteado de una mayor complejidad y subraya su trascendencia y dificultad.

La resolución se inicia con una afirmación inicial relativa al derecho aplicable. De la hija cuya filiación natural se discute, el padre era español (Art. 17, 1.º C. c.) y la madre extranjera nacida en España y domiciliada en España al tiempo del nacimiento, que había ocurrido también en nuestro País. Por la concurrencia de ambas circunstancias, resulta claro que la nacionalidad de la hija así nacida es la española, como reconoce el Centro Directivo. Y que, por tanto, para resolver el problema aquí planteado de su filiación natural, habrá que aplicar el derecho español.

Dentro ya del Ordenamiento jurídico español, la filiación natural es consecuencia del reconocimiento, el cual, a su vez, puede ser voluntario (declaración de voluntad negocial: reconocimiento—admisión) o forzoso (declaración judicial). Limitándonos ahora al supuesto más frecuente de reconocimiento voluntario, recordemos que se trata de un negocio jurídico de Derecho de familia, que funciona como título de atribución del correspondiente estado civil de hijo natural, caracterizado —según ALBALADEJO— por ser un acto voluntario, expreso, personalísimo, irrevocable aunque impugnabile, puro, constitutivo y de eficacia irretroactiva (1).

Como en todo negocio jurídico, y aquí con mayor rigor por afectar a las relaciones personales y familiares, para que el reconocimiento cumpla su función de servir de título constitutivo al estado civil, es preciso el cumplimiento de determinados requisitos legales de va-

(1) Citado por LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: *Derecho de familia*, Librería Bosch, Barcelona, 1966, págs. 396-397.

lidez y eficacia; requisitos que apuntan, unos a los sujetos que intervienen en el reconocimiento, y otros a la forma del acto negocial.

Entre los primeros, requisitos de validez y subjetivos, tiene especial importancia el regulado por el artículo 119 C. c. Según la clásica definición legal contenida en este precepto, son hijos naturales los nacidos fuera de matrimonio de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse con dispensa o sin ella. Como la filiación natural deriva del reconocimiento (cfr. art. 129), para que éste pueda realizarse será preciso, aparte otros elementos que ahora no interesan, que los padres pudieran casarse al tiempo de la concepción del hijo. Sin esa posibilidad de matrimonio, el reconocimiento no es viable por falta de un requisito intrínseco al mismo. He ahí el marco donde se alberga el problema fundamental planteado en este recurso.

La posibilidad legal de contraer matrimonio (facultad o derecho de familia) es un tema que afecta a la capacidad y al estatuto personal y, como tal, deberá regularse por la ley nacional de la persona de que se trate (art. 9 C. c.). En cuanto al padre de la niña cuyo estado civil se discute, no hay cuestión. Por ser español, mayor de edad y soltero, en principio podría contraer matrimonio al tiempo de la concepción, y no se le impide el reconocimiento de la filiación natural de su hija por tal motivo. El problema surge en relación con la madre. Aunque originariamente española, esta señora había perdido su nacionalidad de origen y adquirido la alemana por su matrimonio canónico con un súbdito alemán conservando en la actualidad la misma nacionalidad alemana. Había obtenido en Alemania sentencia firme de divorcio vincular de su matrimonio anterior. Y, por tanto, con arreglo a su ley nacional, tenía el estado civil de divorciada y podía contraer nuevo matrimonio. Lo que no impediría, desde este punto de vista, el reconocimiento de su hija como natural.

Hasta aquí la cosa parece clara. Pero la cuestión se complica a través de la interposición del orden público internacional

En nuestro Derecho, todo lo relativo al matrimonio canónico se rige en principio por los preceptos del Derecho canónico (arts. 75 y 80 C. c.). A su vez, uno de los principios que informan nuestro sistema jurídico en esta materia es el de la indisolubilidad del matrimonio (arts. 51, 52, 83-5.º y 101 C. c.). A partir de estas normas, los autores españoles entienden unánimemente que el principio de indisolubilidad del matrimonio es de orden público, por ser uno de los fundamentales en la organización de nuestro Derecho matrimonial. Y que las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros que declaran el divorcio vincular, aunque sean competentes por razón de la nacionalidad de las personas o del lugar de la celebración del matrimonio para esa declaración, no pueden tener eficacia en España por la excepción de orden público internacional (confróntese art. 11-3.º C. c.).

Por el mismo camino discurre la jurisprudencia dedicada a este problema en nuestra Patria, al menos hasta ahora, en numerosas sentencias del Tribunal Supremo y resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

a) Veamos algunos ejemplos de esta línea de interpretación jurisprudencial. Según la sentencia de 26 de mayo de 1887, «es doctrina de Derecho internacional privado que al extranjero le acompañan su estado y capacidad y deben aplicársele las leyes de su país para evitar los inconvenientes de no juzgarle por una sola ley, cuando esto no contradiga los principios de orden público y los intereses de la nación en que hace sus reclamaciones».

Más concretamente, en la sentencia de 12 de mayo de 1944 se consagra que «admitir la licitud de los actos de los españoles en el ex-

tranjero contrarios a las leyes vigentes en España, cuando éstas sean aplicables, como lo son las relativas al matrimonio, privaria de eficacia al artículo 9 C. c. y violaría el artículo 11 del mismo, que prescribe el respeto a las leyes prohibitivas...; debiendo entenderse que—por ser incompatible la disolución del vínculo matrimonial con los principios religiosos, morales y jurídicos que informan el orden público del Estado español, y que deben prevalecer siempre y sin excepción alguna, caso de conflicto entre este orden público nacional y la ley extranjera—, no puede estimarse eficaz el divorcio vincular de un matrimonio canónico dictado en el extranjero con arreglo a ley civil de los cónyuges, como premisa del reconocimiento de efectos civiles en España al nuevo matrimonio civil celebrado en país extranjero por uno de aquellos cónyuges divorciados con un súbdito español.

La sentencia de 21 de diciembre de 1963 estimó que «con arreglo a las leyes españolas no podría pretenderse en nuestra Patria la ejecución de una sentencia declaratoria de un divorcio vincular que afectase a un ciudadano español, aunque el testimonio de aquella sentencia estuviese adornado de todos los requisitos precisos para otorgarle autenticidad».

En la sentencia de 23 de octubre de 1965 se afirma que «el principio de indisolubilidad del matrimonio que rige en el derecho patrio ha de reputarse de orden público y, en consecuencia, sin valor ni efecto alguno cuanto se oponga al mantenimiento de dicho principio».

Y según la reciente sentencia de 5 de abril de 1966 «El orden público nacional está integrado por aquellos principios jurídicos públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada... Nuestro sistema legislativo imperante en materia de matrimonio es absolutamente opuesto a la disolubilidad del vínculo, como lo revelan las siguientes normas y precedentes legislativos: a) La Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, que prevenía que la declaración de fallecimiento no autoriza al cónyuge presente a contraer ulterior matrimonio (Base 6.ª); b) El artículo 52 del Código civil...; c) El artículo 51 de dicho Código...; d) El número 5 del artículo 83...; e) La Ley de 24 de abril de 1958, que a fin de poner en armonía el C. c. con el Concordato vigente, en su Preámbulo nos aice que «se ha querido desterrar del Código el término divorcio y sus derivados, lo que se ha traducido en el simple retoque de algunos artículos y rúbricas de Secciones, y en una disposición general por la que en todo el Código, el término "divorcio" se sustituye por la expresión "separación personal"»; f) El artículo 2.º de esta Ley que dispone esa efectiva sustitución en las rúbricas de varias Secciones; g) El artículo 4.º de la misma Ley, que ordena que en todo el texto del Código, la expresión «separación personal» sustituya al término «divorcio»; h) El artículo 104 del Código, redactado de conformidad a esa Ley, que dispone que la separación produce la suspensión de la vida en común de los casados y los demás efectos previstos en el artículo 73, entre los cuales no figura la disolución del vínculo... Que consiguientemente la norma de la indisolubilidad del vínculo matrimonial tiene que ser reputada como de orden público en nuestro país».

b) Como desarrollo de este mismo criterio, la Resolución de la Dirección General de los Registros de 3 de octubre de 1952, sanciona que «nuestra legislación no puede conceder validez al divorcio vincular decretado por autoridades extranjeras, por rozar ello con el principio de indisolubilidad del matrimonio, que ha de considerarse como de orden público dentro de nuestro Ordenamiento jurídico positivo».

Según la Resolución de 10 de agosto de 1961, «interpretando el artículo 51 en relación con el número 5 del artículo 83 del C. c., este Centro tiene declarado que nuestra legislación no puede conceder validez,

a este efecto, al divorcio vincular decretado por autoridades extranjeras, por rozar ello el principio de indisolubilidad del matrimonio que ha de considerarse de orden público (Resoluciones de 15 de febrero de 1941, 10 de enero de 1949, 26 de marzo de 1951 y 3 de octubre de 1952), habiendo de considerarse confirmada esta postura por la última reforma del C. c., en el que incluso se ha desterrado el término divorcio».

En la Resolución de 8 de mayo de 1964 se planteó la cuestión, bien semejante a la ahora suscitada, de si puede inscribirse en el Registro civil el reconocimiento de un hijo habido entre soltera y divorciado, y se decidió lo siguiente: «En congruencia con el artículo 119 del C. c., el artículo 187 del Reglamento del Registro Civil exige un mínimo de prueba al efecto de acreditar que los padres, al tiempo de la concepción, pudieron casarse con dispensa o sin ella, y en el presente caso del propio título del reconocimiento se desprende que en tal tiempo el matrimonio no habría podido efectuarse, por lo cual no es posible la inscripción solicitada, sin que esto signifique prejuzgar el concreto alcance sustantivo de este reconocimiento...».

En la Resolución de 20 de mayo de 1964, el problema discutido era el de la inscripción en el Registro Civil del reconocimiento de hijos habidos entre mujer soltera y hombre casado canónicamente, si bien en el Registro aparecía como divorciado por Sentencia de 14 de septiembre de 1937, dictada con arreglo al Decreto de la Generalidad de Cataluña de 18 de septiembre de 1936, por la «Sala Especial de Divorcios de la Audiencia de Barcelona». El Centro Directivo entendió igualmente en aquél caso que «del propio título de reconocimiento y de los documentos presentados se desprende que en el tiempo de la concepción el matrimonio no habría podido efectuarse, por subsistir conforme al artículo 6.º de la Ley de 8 de mayo de 1939, el impedimento de ligamen, por lo cual es indudable que debe denegarse la inscripción...».

Como ha recordado recientemente JOSÉ ANTONIO DORAL, la idea de orden público se integra por aquellos principios que son esenciales a la vida social en su conjunto. Los principios inmanentes al Ordenamiento jurídico, que están por encima de las leyes estatales, son en última instancia el contenido del orden público (2). El orden público es un concepto vólculo, genérico, un «standard» jurídico, que habrá de ser formulado y concretado en cada caso. En esa labor de concreción, la jurisprudencia despliega un papel especialmente importante (3).

Dentro de esa amplísima noción de orden público, como subespecie en la aplicación de la misma, el orden público internacional funciona como una excepción a la aplicación de la ley extranjera competente cuando el resultado que con ella se obtiene contradice alguno de los principios fundamentales del Ordenamiento jurídico del país en que se ha de aplicar. Por virtud de este criterio normativo, la ley extranjera que debía aplicarse no se aplica, y se sustituye entonces la norma extranjera incompatible por otra norma del foro (4). El orden público internacional es un criterio excepcional, prohibitivo, que impide la eficacia internacional de las sentencias dictadas o negocios jurídicos rea-

(2) La noción de orden público en el Derecho civil español. Edic. Univ. de Navarra. Pamplona, 1967 págs. 48 y 42.

(3) La noción de orden público se refleja mejor en la jurisprudencia que en la determinación legal. Pero tampoco el orden público es sólo una noción jurisprudencial, ni solamente una noción legal, aunque cobre relieve de modo más ostensible a la hora de la aplicación de las leyes, en el plano de la realidad jurídica; en esa medida el papel de la jurisprudencia es relevante, y dicha concreción jurisprudencial resulta inexcusable para comprender en todo su alcance el desenvolvimiento del orden público en cada Ordenamiento jurídico (DORAL, loc. cit., pág. 46).

(4) DORAL: Loc. cit., pág. 128.

lizados conforme al Derecho extranjero. Por eso debe ser interpretado restrictivamente.

Decíamos que la jurisprudencia desarrolla una función preponderante en la determinación de qué se entienda por limitaciones de orden público en cada caso. Ello es tanto más importante por lo que respecta al orden público internacional en materias de Derecho matrimonial y de divorcio. Como hemos visto en los ejemplos propuestos, la jurisprudencia española se orienta en el sentido de negar eficacia a las sentencias extranjeras de divorcio, por estimar que ello va contra uno de los principios fundamentales de nuestro sistema: la indisolubilidad del vínculo matrimonial. La presente Resolución viene a dar un giro importante en esta línea doctrinal tan uniforme y rígida, y a abrir la puerta a otra interpretación más flexible y avanzada. A pesar de las circunstancias que concurrían en este caso, no se admitió la excepción de orden público internacional en cuanto a la sentencia de divorcio recaída en Alemania a efectos de rechazar el reconocimiento como natural de un hijo de la divorciada. Veamos las razones en que fundamenta la Dirección General su resolución:

a) Que si bien la aplicación de la ley nacional en materia de capacidad y estado de los extranjeros quiebra en numerosos supuestos, precisamente cuando se trata de contraer matrimonio, tanto por razones de orden público como por la vigencia en España del Derecho canónico en esta materia, de modo que en derecho español se impide el matrimonio de una alemana, civilmente divorciada, con un español soltero, sin embargo, tales excepciones no pueden extenderse a otras materias que la ley española regula sólo por vía de remisión en función del ligamen o de la libertad matrimonial y como consecuencia de éstos. Habrá entonces que discernir caso por caso si la aplicación del orden público internacional o la vigencia del derecho canónico exigen la eficacia de la norma excepcional.

b) Que la noción de orden público, por su carácter excepcional, debe ser aplicada restrictivamente, lo que justificaría aquí que no se dejaran sin efecto las leyes nacionales y extranjeras que normalmente regulan la calificación de la prole.

c) A la misma solución se llega si se piensa que la noción de hijos ilegítimos no naturales implica un régimen singular dentro de los hijos habidos fuera del matrimonio, y particularmente odioso, por su carácter penal, por suponer una desigualdad desfavorable para los hijos así calificados, y por ir en contra del pensamiento actual que subraya los deberes de los padres respecto de los hijos engendrados.

d) Que esta misma doctrina de no hacer recaer sobre los hijos las penas derivadas de la conducta de los padres, aparece hoy expresamente recogida en la más reciente doctrina de la Iglesia Católica.

e) Que no es obstáculo a ello la posible aplicación en España de las normas del Derecho canónico relativas al matrimonio, de acuerdo con el Concordato vigente y los artículos 75 y 80 C. c.; porque no cabe invocar la interferencia de las normas canónicas en la calificación del estado civil de una extranjera, si no se trata precisamente de contraer matrimonio con un español, sino de una materia totalmente ajena al ámbito reconocido a la ley canónica, como es el régimen de los hijos naturales.

f) Que tampoco es obstáculo para la calificación como natural de la filiación en este caso, el hecho de que no pueda ser legitimada por ulterior matrimonio, pues lo mismo ocurre, por ejemplo, cuando el otro progenitor haya muerto, o cuando concurren elementos impeditivos del matrimonio que no excluyan la filiación natural.

Tan numerosos y convincentes argumentos nos excusan de un comentario más detallado a la doctrina contenida en esta Resolución. A pesar de lo cual, no queremos silenciar nuestro aplauso a la solución que aquí se defiende y a la validez de las razones jurídicas alegadas. No parece justo, en verdad, que se niegue la condición de hijo natural en España al nacido de madre extranjera divorciada, cuando según su ley nacional podía casarse al tiempo de la concepción, y cuando la nacionalidad del hijo así nacido, por razón de filiación paterna, en todo caso es la española. Obsérvese que no se trata de convertir en legítimo al hijo habido fuera de matrimonio, sino de atribuirle el estado civil más beneficioso de hijo natural, y excluir el estado de hijo ilegítimo no natural, socialmente más odioso y jurídicamente más pobre de contenido. Cuando, además, esa filiación natural está perfectamente justificada en derecho español a través de la concurrencia de los distintos derechos nacionales de los padres.

Nos parece acertado que la idea de orden público internacional, siempre excepcional en su formulación y en su aplicación, no tenga eficacia en el presente caso para desvirtuar la solución impuesta por las normas de Derecho internacional privado sobre la colisión de leyes que aquí se produce. Porque, como se reconoce expresamente en esta Resolución, no es lo mismo el acto de contraer matrimonio, respecto del cual el orden público español puede excluir la celebración por extranjera divorciada, capaz según su ley nacional para hacerlo, por ir tal celebración contra el principio de indisolubilidad del vínculo vigente en nuestro país, que el acto de reconocimiento de un hijo natural, que sólo por vía de remisión legal se encuentra conectado con aquél en cuanto a sus requisitos. La exclusión del matrimonio, en virtud de aquel criterio excepcional, no debe implicar la imposibilidad de reconocimiento. Con el consiguiente perjuicio para el hijo y su vida social futura, a pesar de no ser responsable de las circunstancias que determinarían aquella sanción.

Ello es tanto más grave en el momento actual, por la facilidad y frecuencia de las relaciones entre personas de distintos países y nacionalidades. El criterio defensivo y excluyente del orden público internacional, que se opone a la debida aplicación de la ley extranjera e implica una muralla cerrada para el derecho nacional, deberá ser matizado en cada caso con suma cautela y prudente flexibilidad. Para evitar que su vigencia automática e indiferenciada provoque situaciones de auténtica injusticia y desvirtúe las normas de Derecho internacional privado cuando se trate de relaciones entre personas de distinta nacionalidad, hoy tan frecuentes.

Según DORAL, una nueva noción de orden público se apunta ya en la legislación y en la jurisprudencia españolas (5). Una aplicación rígida e inflexible del orden público contradeciría su propia finalidad. Por lo que se refiere al matrimonio, es preciso combinar todos los principios en que se inspira, que son de orden público, y en todos los casos debe conjugarse con otros criterios que, como el de no discriminación, el de libertad religiosa, disminución del número de indigentes, medidas de educación y asistencia de la prole, son también de orden público, en cuanto que éste es parte esencial del bien común (6).

Frente a la jurisprudencia hasta ahora vigente, que con carácter rígido y uniforme negaba eficacia en España a los actos que pudieran ser contrarios al principio de indisolubilidad del matrimonio, directa o indirectamente, la presente Resolución sienta un nuevo criterio más flexible y realista que, manteniendo los mismos principios de nuestro

(5) Loc. cit., pág. 15.

(6) Ibid., pág. 114.

sistema (7), los suaviza en su aplicación refleja y permite el juego de la ley nacional extranjera para admitir la filiación natural del hijo de madre divorciada. Lo que, en el caso concreto planteado, nos parece perfectamente admisible, justo y acertado. Hacemos votos para que esta nueva orientación, y el giro que supone en nuestra interpretación jurisprudencial de los problemas de filiación, se abra paso y consolide en sucesivas decisiones.

M. A. G.

(7) Principios jurídicos que, por depender de convicciones sociales, nunca son inmutables, sino que pueden estar sujetos a evolución y cambio en su valoración social. Aunque el criterio de la indisolubilidad del matrimonio siga estando vigente en Derecho español, parece claro que sus aplicaciones concretas en el mundo actual no son vividas de igual manera que cuando se publicó el C. c., especialmente por la presente facilidad de relaciones con personas de otros países.