

Dos Dictámenes

PRIMER DICTAMEN: DIVORCIO

Hechos:

1.º Don Abel, español y católico, y doña Lorene, alemana y protestante, contrajeron matrimonio en Colonia el 26 de febrero de 1965, ante el Registro civil de dicha población y también, previas las dispensas canónicas necesarias, en la Iglesia Católica de San Pedro.

2.º En noviembre de 1965 se trasladaron a España, habiéndose producido graves disensiones matrimoniales, a consecuencia de las cuales la esposa, con su hijo nacido en 29 de mayo de 1965, se marcharon a Colonia.

3.º Ante la Cámara civil del Juzgado de Colonia la esposa formuló demanda de divorcio contra su marido, por malos tratos. Por sentencia de 10 de octubre de 1969 se dio lugar al divorcio, condenando al marido al pago de las costas.

Se solicita dictamen sobre los extremos siguientes:

A) Habida cuenta de que la esposa, al contraer matrimonio con un español adquirió la nacionalidad de éste, quedando sujeta a las leyes españolas, ¿es válida la sentencia pronunciada por un Tribunal extranjero?

B) Eficacia que pueda tener respecto del marido la sentencia de divorcio dictada por un Tribunal alemán, tanto respecto de su

persona como respecto de sus bienes, como consecuencia del pronunciamiento sobre el pago de costas.

C) Valor y eficacia de dicha sentencia respecto al hijo del matrimonio, que es español según nuestro derecho.

D) En el supuesto de que el marido instara la separación ante los Tribunales Eclesiásticos y obtuviera sentencia favorable—lo cual es muy posible, pues dispone de pruebas sólidas—, la cual a su vez tendría eficacia civil, ¿cómo podría resolverse el posible conflicto entre dos sentencias contradictorias?

A) *Nacionalidad de doña Lorene.*

1. *Planteamiento general.*

El sentido patriarcal de la familia, herencia del Derecho Romano, pasó al Código napoleónico, a los por él influidos directa o indirectamente, y al Código alemán, manteniendo como regla general que la mujer siguiese la nacionalidad del marido. Regla que llegó a ser admitida por los países anglosajones, a pesar de su inicial resistencia a reconocer que una nacional suya dejase de serlo por casar con un extranjero.

Con la primera guerra mundial aparece una idea contraria. Se ataca la unidad familiar, a merced de presiones feministas y de la idea de igualdad de sexos, tendiéndose a la nacionalidad independiente de la mujer.

La doctrina ha mantenido también estas dos posiciones contrarias:

a) La teoría que defiende la unidad de nacionalidad en el matrimonio se apoya en diversas razones: la hegemonía doméstica que se reconoce al marido; la necesidad de que la familia tenga una sola Ley y de que no se enfrenten las Leyes del marido y de la mujer; la mejor solución de posibles conflictos de Leyes; el favor que la familia como conjunto merece, impidiendo medidas contra el extranjero (Vid. SAUSER HALL: *La nationalité de la femme mariée*, 1933; AUDINET: *La nationalité de la femme mariée*, 1925;

LOZANO SERRALTA: *La nacionalidad de la mujer casada*, en «Información Jurídica», 1953, pág. 577).

b) La teoría que aboga por mantener la nacionalidad de la mujer, que no cambia el matrimonio, alega: que debe admitirse la igualdad de sexos y no la servidumbre femenina; que es más sencillo no adquirir nueva nacionalidad; y que se justifica sobre todo en países de inmigración masculina.

2. *Legislación española.*

Nuestra legislación tradicional ha sido siempre favorable al sistema de la comunicación a la mujer casada de la nacionalidad de su cónyuge. Así: *Las Partidas*, los artículos 1º y 5º del Real Decreto de extranjería de 1852, y la primitiva redacción del Código civil (art. 22).

El nuevo artículo 21 del Código civil, después de la reforma de 1954 dispone que

«La extranjera que contraiga matrimonio con un español adquiere la nacionalidad de su marido».

3. *Legislación alemana.*

El Código civil alemán hace de la nacionalidad el factor decisivo para las disposiciones personales de colisión (artículos 7, 9, 10, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24 y 25 de la Ley de Introducción)

En caso de nacionalidad múltiple opina ENNECCERUS (Derecho civil, parte general, I-1.º, Bosch, 1934, pág. 273), que debe ser preferente aquella a la cual se añada para robustecerla el domicilio y a falta de éste la residencia (en igual sentido, KAHN, LEWALD y SCHNURRE); aunque no faltan autores que opinan que en caso de concurrencia de la nacionalidad alemana con la extranjera, sea decisiva la alemana (ZITELMANN, NIEMEYER, NIEDNER).

La nacionalidad alemana se *adquiere* por el origen, legitimación, matrimonio, adopción, naturalización y renacionalización. Y se *pierde* por matrimonio, legitimación, adquisición de una nacionalidad extranjera y privación. Esto es la regla general.

A partir de la segunda guerra mundial, se destacan algunas excepciones, para proteger a la mujer alemana. La ocupación del territorio alemán por potencias extranjeras trajo la inevitable consecuencia de un elevado número de matrimonios entre alemanas y nacionales extranjeros ocupantes, con la consiguiente pérdida de nacionalidad y adquisición de otra nueva. Para remediar sus consecuencias el artículo 16 de la Ley fundamental de 23 de mayo de 1949 dispone que no se puede quitar la nacionalidad alemana a ningún subdito alemán, a no ser mediante una ley alemana; así, la mujer alemana que casa con extranjero conserva su nacionalidad mientras no la renuncie expresamente, y aunque adquiera la del marido.

4. *Doble nacionalidad de doña Lorene. Su domicilio.*

Celebrado el matrimonio en su doble vertiente civil y canónica (lo que supone respecto de las Leyes alemanas hacia la condición católica del marido español), resulta que doña Lorene tiene *doble nacionalidad*.

a) Conforme al artículo 21 del Código civil español, en España se la considera española, por el simple hecho de haberse casado con un español, siendo el matrimonio plenamente válido, sin posibilidad de juego del artículo 69 (matrimonio putativo).

b) Conforme a la ley alemana, no ha perdido su nacionalidad alemana. Sigue siendo alemana.

Estamos ante un caso de *doble nacionalidad, como anomalía*. ¿Qué Ley nacional debe ser preferente? ¿Para qué efectos y consecuencias?

En casi todos los supuestos de doble nacionalidad anómala, una sola nacionalidad es efectiva: la del país de residencia, que es donde el individuo binacional cumple sus obligaciones y ejercita sus derechos. Y con más valor que la simple residencia, el domicilio efectivo.

¿Qué domicilio tiene doña Lorene?

a) En Derecho español, que la considera española, no cabe duda: el domicilio de la mujer casada, es a todos los efectos, el

domicilio del marido (art. 58 C. c.: La mujer está obligada a seguir a su marido donde quiera que fije su residencia...).

b) En Derecho alemán, que considera que la esposa sigue siendo alemana, conviene algunas puntualizaciones.

Se entiende por domicilio el lugar que el Derecho considera como centro de las relaciones de una persona. No es un concepto de mero hecho, sino que tiene naturaleza jurídica. Casi siempre coincide con la residencia permanente de hecho, con el lugar en que se habita (pero no es necesario que así sea).

El *domicilio legal* puede radicar en lugar distinto de la residencia. El artículo 10 del Código civil alemán dispone: «La mujer casada comparte el domicilio del marido. No comparte este domicilio si el marido establece el suyo en el extranjero en un lugar al cual la mujer no le sigue y no está obligada a seguirle. Mientras el marido no tenga domicilio o la mujer no comparta el de su esposo la mujer puede tener un domicilio independientemente». No tiene que seguirle cuando la decisión del marido aparezca como un mal uso de su derecho. Lo que no sucede aquí por cuanto el marido español fija su domicilio en su patria (*).

El domicilio legal de la mujer casada dura en tanto existan los supuestos de matrimonio y domicilio del marido, y no es susceptible de supresión voluntaria, ya que el citado artículo 10 regula un

(*) La Ley alemana de equiparación jurídica de 18 de junio de 1957, no establece modificación alguna ni sienta disposiciones en el Derecho internacional alemán y no se opone a la invariada aplicación de las normas de Derecho internacional privado, en especial a la aplicación de la Ley de Introducción al Código civil. Tampoco afecta al Derecho internacional de la familia. En las deliberaciones de la Subcomisión parlamentaria de «Leyes de familia» no fueron admitidas las propuestas de reforma del Derecho privado internacional alemán ni del Derecho procesal, por lo imprevisible de esas reformas y sus efectos en el tráfico jurídico internacional (acta de la sesión de 12 de noviembre de 1956).

En el proyecto del Gobierno sobre la Ley de Equiparación Jurídica se prescindió de propuestas sobre Derecho internacional privado, toda vez que dicha Ley de 1957 solamente tendía a la adaptación del Derecho civil interno al principio de equiparación jurídica de varón y mujer.

De igual forma fueron excluidos de la comisión parlamentaria sobre Derecho y protección constitucional los problemas jurídicos internacionales, y se hizo especial referencia a la resolución del Tribunal Supremo federal de 18 de enero de 1954, según la cual la aplicación unilateral de la Ley nacional del marido no implica infracción del principio de equiparación jurídica de varón y mujer.

Interesa destacar esta sentencia a los efectos de considerar que el domicilio legal de la esposa, en el caso debatido, debe ser el que determina la Ley nacional del marido, o sea, la española.

supuesto de existencia y no solo de constitución. Por tanto el domicilio legal de la mujer casada se extingue por la muerte del marido o por divorcio. Solo entonces puede la mujer fundar un domicilio voluntario en cualquier lugar (HOLDER, OERTMANN, PLANCE).

Dos principios suele admitir el Derecho internacional privado en éste tipo de diferencias (reconocidos por la comisión de conciliación y arbitraje italo-americana, instituida por el Tratado de Paz de 10 de febrero de 1947):

1.º El derivado de la igualdad soberana de los Estados, que exceptúa de la protección diplomática ejercida por un Estado sobre nacional el supuesto de que éste también ostenta la nacionalidad del Estado contra el que se formula la reclamación.

2.º La prevalencia de la nacionalidad efectiva sobre otra que pudiera poseer el mismo interesado. Entiende la Comisión que ambos principios no son contradictorios, sino que pueden completarse recíprocamente, determinando el ámbito de vigencia de cada uno de ellos. El que excluye de la protección diplomática los casos de doble nacionalidad debe ceder ante el principio de nacionalidad efectiva, en el caso de que ésta sea la del Estado reclamante, pero no en caso contrario.

No obstante cuando la cuestión de binacionalidad se plantea ante Tribunal o autoridad de uno de los Estados interesados, es claro que éste Tribunal o autoridad tiene que atenerse a la atribución de nacionalidad hecha por su propia legislación.

A falta de normas en la legislación interna que resuelvan el problema, los autores propugnan varios criterios o sistemas:

- Atender a la voluntad del sujeto.
- Dar preferencia a la primera nacionalidad, por respeto a los derechos adquiridos.
- Dar preferencia a la última nacionalidad adquirida, que en la mayoría de los casos será la efectiva.

Ordinariamente el problema de la nacionalidad aparece como previo a la aplicación del estatuto personal del individuo, y es lógico que el juez, supuesta su competencia, no se abstenga de decidir, lo que tendrá que hacer conforme a una fuente supletoria de su legislación (En España, los principios Generales del Derecho).

Cuando una persona tiene dos nacionalidades, el medio más lógico de tener una sola es renunciar a la otra. ¿Cabe que las alemanas que casan con españoles, renuncien a la nacionalidad española, para conservar como única la suya propia de origen?. La respuesta debe ser negativa, por el sentido imperativo que tiene el artículo 21 de nuestro Código civil.

La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de julio de 1949 condicionó la posibilidad de la renuncia a la española en caso de doble nacionalidad, a los siguientes requisitos:

1.º Que se acredite que el interesado ha adquirido originariamente y que conserva una nacionalidad extranjera con arreglo a las Leyes del país.

2.º Que ha residido habitualmente en el extranjero, o que por su arraigo patrimonial o familiar en el país de nacimiento, debe considerarse ligado al mismo.

3.º Que no ha realizado actos posesorios de la nacionalidad española en utilidad propia. Se añade que la renuncia deberá hacerse en un Registro consular del país de residencia, excepto si se trata de personas que están accidentalmente en España.

En definitiva:

Dña Lorene, es española, para la Ley española; y alemana, para la Ley alemana.

Su domicilio legal, es el del marido, aunque accidentalmente, por abandono del hogar haya vuelto a su anterior en Alemania.

La posibilidad de choque entre las legislaciones española y alemana, se producirá inexorablemente cuando una u otra dicten sentencias o realicen actos que la otra considere afectados por el *orden público* (art. 11 C. c. español; art. 30 Ley de Introducción alemana). Supuesto que juega, como veremos, en el caso planteado.

B) *Divorcio de doña Lorene.*

1. *Planteamiento general.*

Los problemas que plantea el divorcio vincular son de gran intensidad.

a) Si echamos una ojeada al Derecho Comparado, advertimos una gran diversidad respecto a la autoridad competente para pronunciarlo. La mayor parte de los países confían ésta misión a sus Tribunales eclesiásticos, civiles o administrativos.

b) En cuanto al derecho aplicado, la mayor parte de los países europeos aplican la Ley personal del marido, o de los cónyuges, tanto respecto a la admisibilidad de la disolución del vínculo, como de la causa alegada para solicitarla.

No obstante, los países que admiten el divorcio, suelen dar facilidades a sus mujeres que se casaron con nacionales de Estados hostiles al divorcio, de recuperar su nacionalidad prenupcial y de divorciarse en su patria. Alemania dio a este fin una Ley el 24 de enero de 1935, que se suele denominar «Ley del divorcio de la mujer» (*Frauenscheidungsgesetz*).

El Convenio de La Haya de 12 de junio de 1902, está en vigor para Italia, Luxemburgo, Holanda, Polonia, Portugal, Rumania y Hungría, aplica al divorcio y a la separación la última Ley nacional común de los conyuges, contando desde el momento de entablar la demanda de divorcio hacia atrás (art. 1, 8). La causa que se alega como causa de separación o de divorcio debe serlo, también, según el Derecho nacional de los conyuges en el momento en que se realizó (art. 4). Los tribunales competentes son, o los competentes según la Ley nacional o los que resultan competentes con arreglo a la Ley del domicilio (art. 5). Los tribunales del domicilio son siempre competentes para decretar medidas provisionales (artículo 6). Este convenio fue denunciado por Suiza en 1929 y por Alemania en 1934. España lo firmó, pero no lo ratificó (Aunque es citado por la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1933, vid. *Revista de Derecho Privado*, tomo XX, núm. 236, pág. 131).

2. *Ante la Ley española.*

La indisolubilidad del matrimonio se respetó incluso en el primer paréntesis laico que supuso la vigencia de la Ley de matrimonio civil de 1870.

Todo lo que afecta al divorcio, cae de lleno:

- En lo que afecta a españoles, dentro de la competencia de la Ley nacional.
- Y en lo que atañe a extranjeros, dentro de la excepción de orden público.

Es decir:

- No es posible el divorcio vincular de doña Lorene en España, ya se la considere española, ya alemana.
- No puede concederse eficacia a los divorcios vinculares obtenidos por españoles o por extranjeros en el extranjero (con mayor rigor para los primeros).

Hay que distinguir entre matrimonios canónicos y matrimonios civiles.

Los matrimonios canónicos de cualquier nacionalidad se regulan por el Derecho canónico y son enjuiciados por las autoridades canónicas (arts. 80 a 82 del Código civil español).

Los matrimonios civiles se rigen acumulativamente por la Ley nacional del marido en el momento de la litispendencia y la *lex fori*. Esta acumulación no se refiere a las causas de la separación o del divorcio, sino sólo al efecto de la suspensión o de la cesación del matrimonio: el matrimonio es separable o divorciable, si lo es con arreglo a las dos Leyes acumuladas, aunque lo fuese en cada una de ellas por causa distinta. Esta reglamentación se puede deducir del artículo 9 de nuestro Código civil en lo que a la nacionalidad como punto de conexión se refiere, de las reglas de colisión sobre efectos personales del matrimonio en lo que hace a la primacía y a la mutabilidad de la Ley del marido, y del principio del favor matrimonial en lo que a la acumulación concierne (canon 1.014).

Ahora bien, el divorcio, en cuanto disuelve el vínculo, infringe, como dijimos, el orden público español. Por ello ningún tribunal es-

pañol pronunciará el divorcio vincular; ni se reconocerá en España una sentencia extranjera de divorcio vincular.

El orden público español actúa en esta materia con tal energía que no sólo se opone a sentencias extranjeras de divorcio respecto a matrimonios católicos de cualquier nacionalidad (en cuyo caso no haría falta hacer uso del concepto de orden público, puesto que los tribunales civiles son incompetentes con arreglo al Derecho español. T. S. 12 de marzo de 1942), sino que refuta asimismo sentencias extranjeras de divorcio referentes a matrimonios civiles, tanto españoles como extranjeros (Auto del T. S. de 31 de marzo de 1911, y Real Orden de 16 de febrero de 1917). Tampoco España prestaría auxilio judicial a un tribunal extranjero en un pleito de divorcio vincular, por lo menos en la que atañe a la práctica de pruebas propuesta por la parte actora.

3. *Ante la Ley alemana.*

Doña Lorene, alemana, conforme a su Ley, ha obtenido sentencia a su favor, en Alemania, de la que cabe destacar como rasgos fundamentales:

a) Que el Tribunal alemán, estima la demanda de divorcio, en base al artículo 17 párrafo tercero de la Ley de Introducción al Código civil alemán, redactado (éste párrafo) conforme a la Ordenanza de 25 de octubre de 1941:

«Para la acción de divorcio de la mujer son competentes las Leyes alemanas, incluso si en el momento en que recae la decisión sólo la mujer posee la nacionalidad alemana; si en este caso es divorciado el matrimonio, la mujer ha de ser declarada culpable a petición del marido, si la petición fuese fundada según el derecho alemán».

b) Que, por tanto, el Tribunal, ni se plantea el hecho de que la mujer ostenta doble nacionalidad por su matrimonio con un español; ni atiende al domicilio legal de la misma, que también es español.

c) Que el Tribunal acepta como causas del divorcio, las que propone la demandante al amparo del artículo 46 de la Ley de Matrimonio de 20 de febrero de 1946 (faltas a las obligaciones que dimanaban del matrimonio, tales como la conducta indigna o inmoral, que hayan causado la desunión del hogar de manera tan grave, que no pueda esperarse la continuación de la vida común que corresponde al matrimonio).

d) Que para dicho Tribunal no tiene ninguna trascendencia, que la mujer haya abandonado el hogar familiar, para trasladarse a Alemania y ejercitar el divorcio, no inmediatamente, sino después de cierto plazo.

e) Que el demandado se opuso a la demanda proponiendo como prueba de ayuda, que fuese también declarada culpable la demandante, por haber mantenido ciertos contactos con un hombre en un hotel. Prueba que no fue admitida, al no presentar testigos y ser negada por la demandante.

f) Que el acusado fue declarado culpable (siendo decisivo el testimonio de la madre de la demandante) y condenado a pagar las costas del proceso.

g) Que la sentencia no menciona ni alude a la suerte del hijo del matrimonio.

Doña Lorene, ya decretado el divorcio, podrá casarse nuevamente en Alemania. Tal matrimonio no sería reconocido en España.

4. Efectos en España de la sentencia alemana.

a) Respecto de la persona del marido.

No produce ningún efecto. la sentencia de divorcio no puede obtener *exequatur* por ser contraria al orden público español. conforme al artículo 11 de nuestro Código civil.

«...Las Leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes, y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por Leyes o sentencias dictadas, ni por disposición o convenciones acordadas en país extranjero.»

Esta opinión parece refrendada por el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Los únicos efectos que se podrían reconocer al divorcio decretado por un Tribunal extranjero serían los que nuestra ley civil atribuye al divorcio en el sentido de simple separación de personas y bienes. Pero tal caso no es el del supuesto planteado en que por haber mediado matrimonio canónico, es competente la jurisdicción eclesiástica, y sólo después de su sentencia, caben los efectos de separación civil (salvo medidas provisionales).

Don Abel continúa siendo «casado». Y casado bajo el régimen legal de gananciales (por no haber mediado capitulaciones matrimoniales). Lo que puede plantear los problemas a que aludiremos en el punto D) de este dictámen.

b) *Respecto de los bienes del marido,*

Y como consecuencia del pronunciamiento sobre el pago de costas, tampoco produce ningún efecto, puesto que no cabe admitir una condena en costas por una sentencia que no reconocemos.

Podría objetarse que la sentencia contiene dos fallos: el de divorcio vincular, propiamente dicho, y la condena en costas, y que si se obtiene un título ejecutivo sobre las costas sin aludir a sus causas, podría tratar de obtenerse el *exequatur*. Pero tampoco podría conseguirse tal, ya que cuando se pretende un *exequatur* con una motivación en pleito más o menos abstracto, nuestra legislación procesal exige aclaraciones a fin de que no verse sobre materia ilícita; y en cuanto se diga o aclare que las costas son consecuencia de un divorcio vincular, la negativa al *exequatur* será rotunda.

c) *Respecto de los bienes gananciales*

Continúan teniendo tal carácter, los ya adquiridos, y los que se adquieran en lo futuro bajo concepto, porque el matrimonio no se considera disuelto en nuestra legislación.

En definitiva:

La sentencia alemana tan solo ha dado lugar a un *divorcio vincular claudicante*, y en consecuencia a una situación matrimonial y familiar confusa y contradictoria.

C) *Situación del hijo del matrimonio.*

1. *Planteamiento general.*

Todo lo referente a la regulación jurídica de la filiación es materia que está comprendida dentro del estatuto personal. De ahí lo intrincado de los problemas en que los sujetos de la relación paterno filial están investidos de diferente nacionalidad o domicilio. Los conflictos de leyes nacionales, el juego abundante de la excepción de orden público y la frecuencia de cuestiones previas, convierten los conflictos de Leyes sobre filiación en un difícil laberinto para el que muchas veces son insuficientes las escasas reglas de conflicto existentes sobre estos problemas (RAAPE: «Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes du droit international privé» en Recueil des Cours de la Academia de la Haya, 1934, IV, pág. 403).

2. *Derecho alemán.*

Conforme al artículo 18 de la Ley de Introducción: «La filiación legítima de un hijo se regula según las Leyes alemanas si el marido de la madre es alemán al tiempo del nacimiento del hijo, o lo había sido últimamente en caso de que haya muerto antes del nacimiento del hijo». Por la Ley de 12 de abril de 1938 el citado artículo fue incrementado con un párrafo segundo, del que nos interesa su proposición final: «Si el hijo está bajo patria potestad o bajo la tutela de la madre, ha de designársele un curador siempre que esto sea necesario para el cuidado de sus derechos».

No importa, pues, la nacionalidad de la madre del hijo en el caso de que sea distinta de la del marido de la madre. Si el matrimonio se disuelve por divorcio, serán decisivas las Leyes alemanas para juzgar el origen legítimo del hijo si el marido era alemán al disolverse el matrimonio (KIPP, WOLFF).

Según el artículo 19 de la misma Ley de Introducción: «La relación jurídica entre los padres y un hijo legítimo se regula según las Leyes alemanas si el padre, y en caso de que el padre haya muerto, la madre, posee la nacionalidad alemana. Lo mismo vale si, extinguida la nacionalidad alemana del padre o de la madre, ha subsistido, sin embargo, la nacionalidad alemana del hijo».

Aunque este artículo sólo determina la aplicabilidad del derecho alemán, se ha de aceptar correlativamente el principio que lo inspira, que también, respecto a los extranjeros, la relación jurídica entre los padres y los hijos se regula por la nacionalidad del padre y en su caso por la de la madre.

El derecho que regula la relación entre los padres y los hijos, es también decisivo para el derecho a cuidar de la persona del hijo y el derecho al trato con el mismo después del divorcio. El Tribunal alemán de tutelas puede dictar medidas para regular el cuidado de la persona y el trato con los hijos después del divorcio. Desde el punto de vista material decide también respecto a esas medidas el derecho que en general sea aplicable a la relación paterno filial (KIPP, WOLFF).

El Tribunal de tutelas alemán puede tomar también contra los padres extranjeros las medidas del artículo 1.666 del Código civil, si el hijo reside en Alemania, pero habrá de aplicar también el derecho material del Estado de que son súbditos los padres, siempre que esta aplicación no frustre la finalidad del citado artículo por consecuencia del orden público (Art. 1.666: «Si el bienestar espiritual o corporal del hijo corre peligro por la circunstancia de que el padre abuse del derecho de cuidar de la persona del hijo, porque abandone al hijo o porque se haga culpable de una conducta deshonesta o inmoral, el Tribunal de tutelas ha de adoptar las medidas necesarias para el apartamiento del peligro. El Tribunal de tutelas puede en especial ordenar que el hijo con la finalidad de educación, sea introducido en una familia adecuada para ello o en

un establecimiento de educación o en un establecimiento de corrección. Si el padre ha lesionado el derecho del hijo a la prestación del sustento y es de temer para el futuro un notable peligro de dicho sustento, puede ser sustraída al padre tanto la administración patrimonial como el aprovechamiento»).

Por lo que respecta al domicilio: un hijo legítimo comparte el domicilio del padre, y lo mantiene hasta que válidamente le sea suprimido (art. 11 C. c. alemán).

3. *Derecho español.*

También en nuestro Derecho la relación jurídica entre los padres y el hijo legítimo, condensado en la patria potestad, se regula por la Ley española si el padre tiene la nacionalidad española, aunque el hijo no la tenga. Así se infiere, sin género de duda, del sistema reflejado en la norma general del artículo 9.º Código civil, que somete los derechos y deberes de familia al imperio de la Ley nacional del jefe de ella, a la vez que de la consideración de que la patria potestad, según declaró la Resolución de la Dirección General de los Registros de 27 de noviembre de 1922, no se establece directamente en beneficio de los hijos, sino en interés general de la familia.

Los hijos legítimos comparten el domicilio del padre.

4. *Situación del hijo.*

De lo anterior resulta que el hijo nacido del matrimonio de doña Lorene y don Abel, es español, y tiene el domicilio legal de su padre.

La sentencia que comentamos en este dictamen, nada dice sobre la persona del hijo, quizá porque la demanda no se refiere a él, quizá porque dada su edad, fuese o no culpable uno o los dos esposos, conforme al derecho alemán y al derecho español, corresponde su guarda y custodia a la madre.

Si don Abel inicia en España la separación canónica y la obtiene, cuando se ejecute la separación, solo podrá obtener la po-

testad y protección del hijo si es declarado inocente (art. 73 de nuestro C. c.). Si se declara la culpabilidad de ambos, el Juez discrecionalmente podrá proveer de tutor. Y si otra cosa no se dispone la madre tendrá el cuidado del hijo hasta los siete años.

El mayor problema se plantearía, si la madre, declarada inocente en Alemania, y a quién compete hoy el cuidado del niño, pretendiera en Alemania, y lo consiguiese, ejercitar la opción del niño a nacionalidad alemana. Tal cambio de nacionalidad no sería reconocido en España (orden público), pero plantearía grave problema práctico si el padre obtiene la custodia y patria potestad del hijo en España, pues posiblemente nuestra sentencia no obtendría *exequatur* en Alemania.

D) *El marido debe instar la separación ante los Tribunales eclesiásticos.*

El dictamen se propone en cuanto a la posible contradicción o conflicto entre dos sentencias contradictorias; pero creo conveniente justificar la conveniencia de que se obtenga dicha sentencia.

Ha quedado ya admitido que don Abel, que tiene en Alemania la condición de «divorciado», tiene en España la de «casado». Y casado bajo régimen legal de gananciales, lo que significa que cuantos inmuebles adquiriera tendrán dicho carácter, y que necesitará el consentimiento de doña Lorene para enajenarlos en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1.413. Por otra parte, mientras no haya sentencia en España, doña Lorene conservará sus derechos a la cuota viudal.

Hay que convertir el sistema de gananciales en sistema de separación, consiguiendo la separación canónica y sus consecuentes efectos civiles (En Alemania, el sistema de comunidad se convierte en separación desde la presentación de la demanda de divorcio).

En España, para los casados canónicamente, son competentes en causa de separación los tribunales eclesiásticos, que aplican el Derecho canónico, con lo que quedan excluidos los conflictos de leyes.

Tan solo es competente la jurisdicción civil para las medidas cautelares que previene el artículo 68 del Código civil en relación a las personas y bienes de la mujer y de los hijos (que no jugarán en éste caso), y para ejecutar las sentencias canónicas en lo que afecte a sus efectos civiles.

Obtenida sentencia del Tribunal eclesiástico no creo sea ejecutable en Alemania, porque ya es cosa juzgada el divorcio (en toda su amplitud, y por tanto en su vertiente de separación de personas y bienes), y porque no se reconoce a la Religión ningún efecto jurídico.

El valor de las sentencias extranjeras de divorcio o separación, está en cuanto a reconocimiento en Alemania, sujeto en general a las prevenciones de su Ley procesal civil. En principio el derecho alemán tiende a reconocer tales sentencias, y a que produzcan los mismos efectos que produce en el Estado extranjero que la haya dictado. Pero se excluye el reconocimiento de sentencias extranjeras en los siguientes casos:

- Cuando según el derecho alemán, no sea competente ningún Tribunal del Estado en que se ha dictado la sentencia.
- Cuando se condena a un acusado alemán que no se haya presentado en el proceso por falta de citación personal o a través del amparo jurídico alemán.
- Cuando en asuntos referentes al matrimonio o derecho de familia, una parte alemana sea objeto de un trato menos favorable del que le correspondería, según las normas del Derecho internacional privado alemán.
- Cuando la sentencia extranjera resulte contraria al orden público alemán.
- Cuando no esté garantizada la reciprocidad, o sea, cuando ésta no resulte de Tratados internacionales o de las Leyes o del derecho consuetudinario o de la práctica constante.

¿Podría obtener don Abel, en España, sentencia absolutamente favorable a él, declarándole inocente y sólo culpable a doña Lorene?

La respuesta es dudosa. Puede ser afirmativa si doña Lorene, demandada, no contesta las acusaciones y es condenada en rebel-

día. Pero si contesta y alega la postura de don Abel en el pleito alemán, veo difícil la afirmativa, porque en tal pleito el marido español, pretendía más que su inocencia, la culpabilidad común; o sea, se reconocía culpable, y nadie puede ir contra sus propios actos, como reiteradamente ha reconocido nuestra jurisprudencia.

De todos modos, sea cuál fuere el resultado de la sentencia en España, culpabilidad común de la esposa, produciría los necesarios efectos de separación de bienes.

Creo que no se plantearía problema de alimentos, ya que doña Lorene necesitaría ir a otro pleito en Alemania (porque la sentencia de divorcio no dice nada), y siempre podría oponerse el marido (como admite el Derecho alemán), alegando que la esposa trabajaba antes de casarse y puede seguir trabajando después.

CONCLUSIONES

Primera: Doña Lorene ostenta una doble nacionalidad anómala, que conforme a los principios que inspiran un Derecho internacional privado universal correcto debería resolverse a favor de la Ley del domicilio legal efectivo, español en éste caso.

Segunda: Que ello no obstante, haciendo caso omiso de estos principios, la legislación alemana quiere a todo trance facilitar el divorcio en sus nacionales, manteniendo a la mujer su primitiva nacionalidad, para poder obtenerlo en cualquier momento. Y por tanto, aunque la sentencia sea válida conforme a las Leyes alemanas, nunca podrá obtener *exequatur* en España por ser contraria al orden público español, y no producirá efectos ni en cuanto a la persona, ni en cuanto a los bienes del marido.

Tercera: Que tampoco tiene ningún valor ni eficacia en cuanto al hijo del matrimonio, que tanto según el derecho español, como el alemán, es español y tiene el domicilio legal del padre (aunque transitoriamente por su edad esté al cuidado de la madre).

Cuarta: El marido debe instar la separación canónica y sus consecuentes efectos civiles, para resolver los problemas que de otro modo le plantearía el régimen económico matrimonial de ga-

nanciales, y aunque tal sentencia no llegue a ejecutarse en Alemania, produciría efectos en España respecto de la persona y bienes de doña Lorene, a la que nuestra legislación considera española.

Tal es mi dictamen, que someto a cualquier otro mejor fundado.
Valencia, 9 de diciembre de 1969.

SEGUNDO DICTAMEN: DERECHO DE VISITA

Supuesto:

1.º Un alemán casó con una española; de esta unión hay un hijo (que ostenta la nacionalidad alemana paterna).

2.º Los abuelos maternos (de nacionalidad española), pretenden *visitar* a su nieto, a lo que se opone el padre.

Pregunta: ¿Tienen los abuelos derecho de visita?

Dictamen:

Convengamos en primer lugar que siendo el padre alemán, como igualmente el hijo, por virtud de la legislación española ante cuyo Juez Tutelar se plantea el problema, remite a la Ley nacional (por tratarse de una relación de tipo familiar) (art. 9 del Código civil español).

No hay duda de la aplicabilidad de la Ley alemana, que tiene un punto de conexión idéntico al español.

¿Qué dice la Ley alemana?

Ningún precepto que sepamos. regula el derecho de visita de los abuelos a los nietos.

¿Quiere ésto decir, que puede el padre a su libre arbitrio prohibir que los abuelos visiten a los nietos?

Entendemos, que no.

Nuestros argumentos son:

1º. Que es evidente que las relaciones entre personas unidas por el parentesco (por descendencia o matrimonio) son usuales actualmente dentro de un círculo restringido de cónyuges, padres e hijos; más allá se han ido debilitando las relaciones, ya que el mundo moderno, de raíz individualista, ha perdido el sentido de la importancia de un círculo familiar cerrado, que sólo reaparece cuando entra en juego el problema de la herencia.

Ahora bien, sin olvidar, con cuanto acabamos de decir, que el parentesco ha perdido paulatinamente importancia en orden a las consecuencias jurídicas que de él derivan, queremos destacar, que *actualmente* en Alemania la *importancia del parentesco*, se pone principalmente de manifiesto:

a) En el derecho hereditario, mediante el reconocimiento de la sucesión legítima, para la que es decisivo el orden de parentesco.

Concretamente el artículo 1.926 del BGB dice: «Herederos legítimos de tercer orden son los abuelos del causante y los descendientes de éstos».

Y a la inversa, el 1.924 dice: «Herederos legítimos de primer orden son los descendientes del causante. Un descendiente que viva al tiempo de la muerte del causante excluye de la sucesión a los descendientes emparentados con el causante a través de él»...

Es decir, que coinciden en este caso las normas alemanas y españolas, en cuanto a considerar que los abuelos y nieto del caso propuesto, pueden llegar a ser herederos legítimos entre sí (en Derecho español, tal nieto tiene derecho de legítima, por premoriencia de su madre).

Y ello implica que la Ley no desconoce cierta *relación* entre ambos.

b) En el deber de alimentos, el artículo 1.601 del BGB establece una obligación recíproca entre parientes de línea recta.

c) También se reconoce cierta intervención de los abuelos en materia de *tutela*.

Concretamente el artículo 1.776 dice: «Como tutores están llamados por orden sucesivo...: 4º. *El abuelo del pupilo por parte materna*; y el 1.778: «Quién está llamado como tutor según el

parágrafo 1.776, solo puede ser preterido sin su asentimiento si según los párrafos 1.780 a 1.784 no puede o no debe ser designado como tutor, o si está impedido para la asunción de la tutela, o si retrasa la asunción de la misma, o si su designación pudiese en peligro el interés del pupilo... [los citados artículos 1.780 y siguientes prohíben ser tutores a los menores, sujetos a curatela, concursados, privados de derechos civiles, excluidos por el padre, mujer casada (precepto derogado por la Ley alemana de Protección a la Juventud de 9 de julio de 1922), funcionarios o religiosos que necesiten permiso especial].

d) Determinados artículos 1.673, 1.847 y 1.862, reconocen el derecho de los abuelos (comprendidos dentro de la determinación genérica de «parientes y afines»), a ser oídos en determinados problemas tutelares: para decidir la subtracción o limitación de la facultad del padre de cuidar a los hijos; asuntos importantes de la tutela que supervisa el Tribunal competente; nombramiento de vocales del Consejo de familia.

2º. El principio de analogía. Ya que al cónyuge a quién no compete el cuidado de la persona del hijo no se le impide por ello trato personal con el hijo. El derecho al trato personal es una consecuencia del cuidado de la persona, el resto que se conserva de la patria potestad (Tribunal del Reich). El Tribunal de tutelas puede regular el trato con más detalle, incluso suprimirlo por cierto tiempo si es aconsejable para el bien del hijo.

3º. Este mismo principio de analogía llevado al campo del Derecho comparado: En derecho español, no se regula el derecho de visita, pero lo reconoce la Jurisprudencia.

CONCLUSIONES

Entendemos, que el derecho alemán no ignora, sino que reconoce:

— Determinadas relaciones entre parientes, y entre abuelos y nietos.

- La necesidad de proteger a los menores: se habla del interés del niño...
- Un derecho de visita del cónyuge que no tiene la guarda de los menores.

En definitiva, creemos posible, que se determine un derecho de los abuelos españoles a visitar a su nieto alemán (que vive en España), sin que el padre pueda oponerse. Para ello sería conveniente que el Tribunal fijase el modo y periodicidad de las visitas.

Cabe, sin embargo:

1. Que el padre traslade su domicilio a Alemania, en cuyo caso los abuelos deberían plantear nuevamente el caso ante tribunales alemanes, que creo fallarían a su favor.

2. Que sea el padre quien plantee la negativa:

a) Ante Tribunales españoles, pretendiendo que el derecho alemán no regula este derecho de visita. Lo que considero de difícil viabilidad y prueba.

b) Ante tribunales alemanes, que creo no podrían basarse en violación de orden público, ya que no es contrario a los principios básicos del derecho alemán, el mantener la relación moral de abuelos a nietos que el propio BGB reconoce en todos los preceptos que hemos transcrito.

Tal es mi dictamen que someto a cualquier otro mejor fundado, en Sagunto, a 10 de abril de 1970.

VICENTE L. SIMÓ SANTONJA