

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

Los matrimonios civiles contraídos por católicos durante la vigencia de la Ley del Matrimonio civil de 28 de junio de 1932

NOTAS A LA SENTENCIA DEL T. S. DE 25 ENERO 1956

MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIROS

I. En *resumen*, esta sentencia sienta la doctrina de que tales matrimonios no son nulos; la infracción del artículo 42 del Código no provoca la nulidad del matrimonio civil, la cual sólo es posible por las causas taxativas que establece el artículo 101 del mismo cuerpo legal. Tampoco puede pretendérsela ineficacia del matrimonio civil por el mero hecho de que fuera contraído durante la vigencia de la Ley de 2 de marzo de 1932, que admitía el divorcio vincular.

II. EXPOSICIÓN DE LA SENTENCIA

A) *Hechos*.—En el año 1933 se casaron, sólo civilmente, don José y doña Cristina. En 1946, don José, que afirma haber profesado constantemente la religión católica, pretende la resolución o, subsidiariamente, la nulidad del matrimonio fundándose en la implícita condición de disolubilidad con que se contrajo; tal condición —según el demandante— o tiene su propia fuerza si se considera lícita o anula el matrimonio, conforme al artículo 1.116 C. c., por ser ilícita. Desestimada la demanda en ambas instancias, don José interpone recurso fundándose: 1.º En la retroactividad de la Ley de 12 de marzo de 1938, derogatoria de la Ley del matrimonio civil, y consiguiente infracción, al contraerse el matrimonio, del artículo 42 C. c. 2.º En el carácter nulo, o al menos anulable, conforme a los artículos 1.116 y 1.275 C. c., de las uniones de católicos contraídas sin compromiso de indisolubilidad, lo cual se opone a la esencia del matrimonio.

B) El T. S. *desestima* el recurso por las siguientes razones:

“No es procedente el primero de los motivos del recurso interpuesto, en que por las razones que en el mismo se expresan se pretende *la nulidad del matrimonio civil, celebrado bajo el régimen de la legislación republicana, por la razón fundamental de que los cónyuges no hicieron la declaración de no profesar la religión católica a que se refiere el artículo 42 C. c., ya que aparte de que a la fecha en que el matrimonio civil se contrajo no se exigía el cumplimiento de ese requisito, tampoco su infracción constituía una causa determinante de nulidad, sólo posible, durante la vigencia del Código, por las causas que exhaustivamente establecía y establece el artículo 101*, y que, por su carácter específico, no puede ser ampliado por analogía a otras situaciones, en tanto que una norma del mismo rango lo determinara con fuerza obligatoria, sin que a esta consideración pueda

obstar la legislación derogativa de la Ley de Divorcio ni las demás reguladoras de sus consecuencias, porque lo mismo la Ley de 12 marzo 1938 que la de 23 septiembre 1939 (que no deja de tener antecedentes en la historia de la legislación española a partir de 1870 y disposiciones que en relación con ella hicieron posible la fórmula de concordia entre la legislación canónica y la civil, que cristalizó en el art. 42 del Código) ni decretaron ni autorizaron la nulidad de otros matrimonios que los señalados específicamente en ambas disposiciones, a las que, obligadamente ha de atenerse y que, además, han sido rectamente interpretadas en su sentido y alcance por el Tribunal *a quo*." (Considerando 1.º)

"Ni bajo el régimen de la Ley de Matrimonio Civil, ni de la Ley de Divorcio, implantados por la segunda República, constituyó la ilegítima disolubilidad del vínculo, supuesto de la celebración del matrimonio civil, sino mera posibilidad que la inmensa mayoría de los españoles no tuvieron en cuenta...". (Considerando 2.º)

III. OBSERVACIONES

A. Aspectos procesales de la cuestión.

1. *Jurisdicción competente*.—A lo largo del proceso no se cuestiona que la jurisdicción civil sea la competente para hacer la declaración de validez o nulidad del matrimonio. En efecto, parece darse por supuesto que los Tribunales civiles son los competentes para conocer de los pleitos de nulidad de los matrimonios civiles, sin distinguir entre los contraídos por bautizados o por no bautizados. Esta es la solución que se desprende del Código civil, que, a la vez que reconoce la competencia de los Tribunales eclesiásticos en cuanto a los matrimonios canónicos (art. 80), atribuye a los Tribunales civiles las causas relativas a los matrimonios civiles (arts. 103 y 107) (1).

El Derecho canónico, sin embargo, reclama con exclusividad la legislación y jurisdicción en *cuestiones matrimoniales de bautizados* (cánones 1.012, 1.016, 1.038, 1.553 y sigs. y, sobre todo, 1.960). La discordancia de los ordenamientos civil y canónico es evidente. El Concordato no ha tocado directamente esta desarmonía; de manera concreta y directa, sólo se refiere al reconocimiento estatal de la exclusiva competencia eclesiástica en las causas referentes al matrimonio *canónico* y en otras determinadas (art. 24, 1).

La tesis canonista podría tener defensa, de "lege lata" o de "lege ferenda" (*vide* art. 36, Concordato), a la vista del párrafo final del propio artículo 24 del Concordato, que, "en general", reconoce efectos civiles a todas las resoluciones eclesiásticas "en cualquier materia dentro del ámbito de su competencia", y del párrafo 2 del artículo 35 que exige al Estado que se regulen, conforme al Dere-

(1) En este punto parece que los principios del Código en nada han quedado alterados por la disposición transitoria 5.ª de la ley de 23 de septiembre de 1939 que «reconoce plena eficacia jurídica en el fuero civil desde el momento de su firmeza y validez canónica, a las sentencias firmes de los Tribunales eclesiásticos competentes, declarando la nulidad de un matrimonio». Conforme a su fin esta disposición trata no de modificar, sino, simplemente, de dar eficacia retroactiva a la restauración de los principios del Código civil; si, vigente la legislación republicana, ha habido matrimonio canónico, los Tribunales eclesiásticos han sido y son competentes en las causas de nulidad. El reconocimiento de esta competencia es una consecuencia obligada del reconocimiento que de la eficacia civil de tales matrimonios canónicos hace la ley de 12 de marzo de 1938 (art. 2.º).

cha canónico vigente, "las materias relativas a personas y cosas eclesiásticas de las cuales no se ha tratado en los artículos precedentes".

Sin embargo, la posición de los órganos españoles parece ser contraria a la vigencia absoluta de las normas canónicas. De una parte, la actuación del Tribunal Supremo, entendiendo en causas de nulidad de matrimonios civiles contraídos por bautizados (2), a pesar de que los Tribunales en toda su jerarquía, *pueden*, de oficio, declararse incompetentes por razón de la materia (art. 74, LEC), indica que, al parecer, su criterio es que los Tribunales civiles son competentes en tales causas; dado lo que dispone el Código civil en los preceptos ya examinados, y presente las disposiciones del Concordato ya citadas, así como lo que dispone en su artículo 36, serían necesarias especiales disposiciones del Estado español en ejecución del Concordato para pensar que los Tribunales civiles no eran competentes. Pero, expresamente, la Dirección de Registros, en R. 8 agosto 1955, no sólo entiende que respecto de los matrimonios civiles, aunque conste el bautismo de uno de los contrayentes, la jurisdicción ordinaria es competente, sino que lo es con exclusividad en "toda cuestión relativa a sus efectos", denegando, en consecuencia, la inscripción de un Decreto eclesiástico que declara la nulidad canónica de un matrimonio civil; la propia resolución afirma que el artículo 24 del Concordato es coincidente con esta doctrina, pues, al referirse al matrimonio canónico, "implícitamente quedan excluidos de su esfera los matrimonios civiles" (3).

2. *Especialidades del proceso civil de nulidad de matrimonios.*—Conforme a la *Disposición general* de la Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870, "el conocimiento y decisión de todas las cuestiones a que diere margen la observancia de esta Ley corresponderá a la jurisdicción civil ordinaria, según la forma y el modo que se establezca en las leyes de Enjuiciamiento civil". El Decreto de 23 noviembre 1872 establece, completando y desarrollando la Ley de 1870, reglas para la sustanciación y fallo de las demandas de nulidad y divorcio, y conforme a las cuales las causas se seguirían por el procedimiento del juicio ordinario con determinadas variantes, entre las que destacan las siguientes: 1.º El acto de conciliación, en los procesos de nulidad, sólo se exige cuando sea posible la "ratificación o subsanación" (4) del matrimonio, y únicamente será eficaz si, en tales casos, los cónyuges acordasen continuar la vida marital (arts. 2.º y 3.º).

(2) Así ocurre en los procesos correspondientes a las sentencias de 25 y 26 de enero y 7 de marzo de 1956; la de 25 de enero es la que estamos comentando; de las otras dos se da cuenta, respectivamente, en el tomo IX del ANUARIO, fascículos 2.º, págs. 731 y 722, y 3.º, págs. 1055 y 1056, con notas de GARCÍA CANTERO.

(3) Hay otros puntos, en materia de matrimonio, en que no parece que el Concordato resuelva directamente la desarmonía de los ordenamientos canónico y civil: 1.º Matrimonios civiles de católicos extranjeros contraídos conforme a su ley nacional (eficacia en España). 2.º Validez de los matrimonios civiles de católicos españoles contraídos durante la vigencia de leyes que permitan su celebración. (Así también DEL AMO: *Los matrimonios civiles durante la República*, Madrid, 1964, pág. 113; en el mismo sentido, implícitamente, de *lege data* la sentencia que comentamos y la de 26 de enero de 1956.) 3.º Validez de matrimonios civiles de los bautizados, ya fuera de la Iglesia católica (*vide nota 31*) y no convertidos a ella (*vide*, sin embargo, DEL AMO: *Ob. cit.*, págs. 116, 117 y 134; en cambio, véase G. BARRERANA: *Matrimonios mixtos*, ANUARIO DER. CIV., VII, 1.º, pág. 15, nota 35), ya dentro o convertidos de la herejía y el cisma, pero los cuales al contraer matrimonio ya no profesaban la religión católica (véase nota 21).

(4) Según técnica del propio Decreto.

2.º La menor edad no es causa de restricción de la capacidad procesal de los cónyuges (art. 7.º). 3.º Será siempre parte el Ministerio Fiscal (art. 8.º). 4.º A la admisión de la demanda precederá una información, con asistencia del Ministerio Fiscal, de los hechos causas de la nulidad (arts. 4.º y 5.º). 5.º La confesión no tiene un valor absoluto.

Publicada la Ley de Enjuiciamiento civil, puede cuestionarse la vigencia de las especialidades que introduce el citado Decreto en las causas sobre matrimonios civiles (5). De la derogación de todas las reglas que se hayan dictado para el enjuiciamiento civil, sólo se exceptúan en el artículo 2.182 las "reglas de procedimiento civil establecidas por la Ley Hipotecaria y demás Leyes especiales", por lo que sólo cabe considerar vigente el Decreto, si es considerado, en sí mismo o por su carácter de complementario de la Ley de Matrimonio Civil (sin duda, ya derogada) como "Ley especial". Pero, aunque se estime que el Decreto no está vigente, hay que reconocer que el proceso de nulidad del matrimonio civil tiene características análogas a las establecidas en el Decreto. La demanda se decidirá en juicio ordinario de mayor cuantía (art. 483, 3.º, LEC) y, además, se dan las siguientes particularidades:

a) *El acto de conciliación*.—En los procesos de nulidad de matrimonio civil se ejercita una acción de estado y, por tanto, es improcedente la exigencia del acto de conciliación (6); pero esta doctrina no obsta la posible convalidación del matrimonio en los casos permitidos por el artículo 102 del Código, y que, por lo mismo, en tales casos tenga cierto sentido el acto de conciliación en cuanto en él pueda aquélla tener lugar.

b) *La menor edad como causa de restricción de la capacidad procesal*.—Esta cuestión obliga a distinguir distintos supuestos; en primer lugar, consideraremos el supuesto de que el menor haya cumplido los dieciocho años y además se trate de matrimonio válido o el cónyuge sea de buena fe en matrimonio putativo. En este supuesto no hay duda de que el menor tiene plena capacidad procesal por estar emancipado por el matrimonio y haber alcanzado esa edad; tratándose de matrimonios putativos, el matrimonio produce la emancipación en el cónyuge de buena fe (7). Es hoy doctrina bastante corriente y admitida por la jurisprudencia que la emancipación por matrimonio suprime las restricciones por razón de edad en la capacidad procesal de los *casados* (8), cuando éstos han llegado a los dieciocho años de edad.

Mayores problemas se plantean cuando el cónyuge no es de buena fe, respecto del que quizá se puede llegar a la misma solución en cuanto que, mientras

(5) GUASP (*Derecho procesal civil*, Madrid, 1966, pág. 1178 y 1180) cita el Decreto al exponer el «proceso matrimonial», pero no expresa con claridad la vigencia de las particularidades que establece. PRIETO CASTRO (*Derecho procesal civil*, Zaragoza, 1949, pág. 110 y ss.) expone como vigente la doctrina del citado Decreto e invoca que la vigencia ha sido reconocida expresamente por las sentencias de 23 de octubre de 1929 y 5 de junio de 1926; sin embargo, ambas sentencias se refieren sólo a la intervención del Ministerio Fiscal, y la primera de ellas expone, de pasada—*obiter*—, la doctrina sobre el proceso matrimonial, pues la cuestión discutida en el proceso era sobre filiación natural.

(6) Así, respecto de las acciones de estado en general, DE CASTRO, *Derecho civil de España*, tomo II, parte 1.ª, Madrid, 1962, pág. 100; así, en especial, respecto de los procesos matrimoniales, GUASP, *ob. cit.*, pág. 1179.

(7) Así DE CASTRO, *ob. cit.*, pág. 213.

(8) *Vide* sobre la cuestión DE CASTRO, *ob. cit.*, págs. 232 y 233; GUASP, *ob. cit.*, pág. 192.

la nulidad no se declara, hay, como se ha dicho, una apariencia de enérgica eficacia; en estos supuestos la demanda o la contestación puede, en ciertos casos, encerrar una cierta contradicción, pues podría suceder que en la misma se afirmase la nulidad y la mala fe y a la vez se pretendiese tener capacidad procesal suficiente fundada en la eficacia del matrimonio, aún no declarado nulo.

En todo caso, aunque sea de buena fe, aunque no haya, en realidad, nulidad del matrimonio, se plantea el problema de la capacidad procesal respecto del menor de dieciocho años. Conforme al artículo 59, II, C. c., parece que requeriría la asistencia de su padre, madre o tutor. Y, sin embargo, a pesar de este precepto, resulta muy fuerte hacer depender de la voluntad de un extraño el ejercicio de la acción de nulidad respecto de un acto, tan personalísimo, como el matrimonio, y para cuya *constitución* no hizo falta la asistencia de tales personas; es más, la exigencia a ultranza de ese complemento de capacidad podría, en caso de negativa del padre, madre o tutor, determinar la convalidación del matrimonio al hacer imposible la interposición de la demanda en el corto término que en algún caso se establece (art. 102, III, sobre todo en el caso de raptó), dando lugar a resultados incongruentes con el carácter personalísimo del matrimonio. Parece, pues, más lógico reconocer a quien es capaz para casarse, capacidad procesal para las causas matrimoniales (9). Estamos ante un caso en que los principios hacen saltar la rigidez de las normas sobre capacidad procesal y ponen de manifiesto su perturbadora desconexión con las normas civiles sobre la capacidad en la relación jurídica material objeto del debate.

c) *La intervención del Ministerio Fiscal.*—Es indiscutible que ella resulta obligada en todo proceso sobre cuestiones de estado civil (10).

d) *La inquisición de los hechos.*—Aunque respecto de la actividad probatoria rige al sistema procesal español, en general, el principio dispositivo, aquí nos encontramos con ciertas particularidades que restringen ese principio. Los hechos “confesados llanamente” (art. 565, LEC) por el cónyuge no están excluidos de la prueba. Hay que aplicar a la *admisión* de los particulares la misma doctrina que a la *confesión* (que diremos seguidamente), y de otra parte, la intervención del Ministerio Fiscal impide que el simple asentimiento de los cónyuges sobre

(9) Según el Derecho canónico «en las causas espirituales y en las ajenas a ellas, los menores pueden demandar y responder sin consentimiento del padre o del tutor si han llegado al uso de razón; y esto pueden hacerlo por sí mismos si han cumplido los catorce años; o, en caso contrario, por un tutor dado por el Ordinario, o también por un procurador nombrado por ellos mismos con autorización del Ordinario» (canon 1.648; trad. MIGUÉLEZ, ALONSO y CABREROS, Madrid, 1947). También, análogamente el art. 27 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956 dispone: «Tendrán capacidad procesal ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, además de las personas que la ostente, con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento civil, la mujer casada y los menores de edad en defensa de aquellos de sus derechos cuyo ejercicio está permitido por el Ordenamiento jurídico administrativo sin la asistencia del marido o persona que ejerza la patria potestad o tutela, respectivamente.»

(10) Así DE CASTRO, ob. cit., pág. 99 y PRIETO CASTRO, ob. cit., págs. 110 y 111. La S. 5 junio 1926 entiende que conforme a los artículos 838 de la L. O. P. J. y 8.º del R. D. 23 de noviembre de 1872, la intervención del Ministerio Fiscal, en calidad de parte, en los juicios de nulidad de matrimonio y de divorcio es requisito para la validez del procedimiento; se trata de «evitar que por los efectos procesales del allanamiento a la demanda y por meras conveniencias de interés particular se burlen y eludan preceptos dictados en interés social» (Sentencia 23 octubre 1929).

los hechos equivalga a la admisión y excluya a éstos de la prueba, de acuerdo con la finalidad de su intervención, que es evitar en estos procesos las connivencias y maniobras de los litigantes. Así, con tal intervención, se obtienen resultados análogos a los proporcionados por la inquisición de oficio (11).

e) *La eficacia de la confesión.*—La confesión no tiene en este proceso la eficacia probatoria específica de este medio de prueba. “Para confesar es necesario —dice Carnelutti (12)— no sólo la *capacidad*, es decir, una cierta condición subjetiva, sino también la *legitimación*, es decir, una posición frente al bien discutido, en virtud de la cual se reconozca al agente el poder de disponer del respectivo interés; por eso, de la misma manera que a la confesión de un incapaz, se privaría de efecto a la confesión de un capaz hecha en relación a un objeto substraído a su disposición.” Nuestro Derecho está conforme con esta doctrina. 1.º La eficacia normal de la confesión requiere que en la misma se reconozcan hechos contrarios al interés del confesante: “perjudique” (art. 565, LEC) (13), “perjudicarán” (art. 580, LEC), “contra” (art. 1.232, C. c.) (13 bis). Y no puede decirse que los datos fácticos que fundan la nulidad de un matrimonio estén siempre en contradicción con el interés del sujeto de la confesión. 2.º Expresamente se establece que no puede pedirse juramento decisorio sobre cuestiones acerca de las cuales las partes no pueden transigir y, por tanto, sobre cuestiones matrimoniales (arts. 1.237 y 1.814 C. c.). 3.º De la eficacia probatoria normal de la confesión “se exceptúa el caso en que por ella *pueda* eludirse el cumplimiento de las leyes” (art. 1.232, II, C. c.; *vide* también art. 1.233, *fine*) (14).

A pesar de esta doctrina, en el proceso concreto relativo a la sentencia comentada, se dieron, según la sentencia —que en ningún momento alude al Decreto de 23 noviembre 1872— las siguientes particularidades: 1.º Hubo previo acto de conciliación sin llegarse a avenencia de las partes. 2.º El Ministerio Fiscal, demandado, no aceptó los hechos expuestos por el actor e invocó, en cuanto a la carga de la prueba, el principio formulado en el artículo 1.214 C. c.; sin embargo, no hay recibimiento a prueba “por conformidad de las partes, por tratarse de una cuestión de derecho” (15).

B. Cuestiones de fondo.

1. *La falta de compromiso de indisolubilidad.*—El matrimonio no es una pura creación del Derecho positivo, sino una institución de Derecho natural; el matrimonio es una comunidad plena, integral; una exigencia de esta plenitud es la

(11) En este sentido, GUASP, ob. cit., 1180.

(12) *Sistema de Derecho procesal civil*, trad. ALCALÁ-ZAMORA y SERTIS, II, Buenos Aires, 1944, pág. 484; en este mismo lugar extiende CARNELUTTI que son aplicables, por analogía a la confesión, las normas que determinan qué puede ser objeto de transacción.

(13) El artículo 565, LEC, se refiere a los llamados *hechos admitidos*, hechos «confesados llanamente»; pero a este respecto ha de aplicarse a la admisión la misma doctrina que a la confesión como ya hemos dicho.

(13 bis) Sobre la confesión como una *contra se pronuntiatio*, NÚÑEZ-JAGOS, *El pasado y su prueba*, Rev. Der. Not., julio-diciembre, 1956, pág. 7 y ss.

(14) Sobre otras peculiaridades del proceso matrimonial *vide*: DE CASTRO, ob. cit., página 94 y ss.; PRIETO CASTRO, ob. cit., pág. 106 y ss.

(15) En el proceso correspondiente a la 8. 26 de enero de 1956, que resuelve un caso análogo, el Ministerio Fiscal no aceptó el hecho de la celebración misma del matrimonio civil, la catolicidad de los contrayentes, la falta de declaración de acatolicidad, etc. y el pleito se recibió a prueba.

indisolubilidad, propiedad esencial, por tanto, del matrimonio. Por eso, cuando se da, con los demás requisitos, el consentimiento matrimonial, se constituye, cualquiera que sea el tiempo o país en que tiene lugar, aquella comunidad indisoluble. Sin duda pensando así, el legislador español derogó la Ley del divorcio de 2 de marzo de 1932, sin exceptuar los matrimonios contraídos estando ella vigente (L. 23 septiembre 1939).

De la simple vigencia de la Ley del divorcio no puede deducirse que los matrimonios se contraigan bajo la condición de disolubilidad o que no haya serio consentimiento matrimonial. Para la existencia de la condición habría sido necesario que la voluntad de las partes se concertara especialmente en cuanto a su establecimiento (16). Tampoco es suficiente causa la vigencia de la Ley del divorcio para negar el serio consentimiento matrimonial, pues, como dice el Tribunal Supremo, "ni bajo el régimen de la Ley del Matrimonio civil, ni de la del divorcio, constituyó la ilegítima disolubilidad del vínculo, supuesto de la celebración del matrimonio civil, sino mera posibilidad que la inmensa mayoría de los españoles no tuvieron en cuenta".

En cambio, la vigencia de esta legislación sí puede ser un dato para que, con otras pruebas más directas y referidas al supuesto concreto (entre las que sería indiciaria, pero evidentemente insuficiente, la confesión católica de los cónyuges), se hubiera podido concluir que, al pretenderse sólo una sociedad disoluble, no hubo verdadero consentimiento matrimonial de parte de uno o de ambos contrayentes con la consiguiente inexistencia del matrimonio; pero este camino, siempre difícil por las dificultades de prueba dado el principio del "favor matrimonii", no ha sido el seguido en el proceso; además, la solución de la inexistencia del matrimonio, adecuada en el Derecho vigente, encontraría obstáculos al tratarse de aplicar a situaciones originadas en épocas en que en el Ordenamiento positivo se tenía una concepción distinta del matrimonio.

2. *La infracción del artículo 42 del Código civil.*—Para que, con el recurrente, se pudiera sostener que el matrimonio, en el caso resuelto, es nulo por infracción del artículo 42 C. c., habrían de ser ciertas todas estas proposiciones: 1.º Que la Ley de 12 de marzo de 1938, derogatoria de la Ley de Matrimonio civil de 28 de junio de 1932, tuviera plena eficacia retroactiva de modo que se viniera a considerar por la Ley derogatoria que siempre había regido el artículo 42 C. c. 2.º Que el matrimonio civil, cuya nulidad se pretende, hubiera sido contraído por persona que profesaba la religión católica (17); y 3.º Que la infracción del artículo 42 determine la nulidad del matrimonio.

a) *Eficacia derogatoria de la Ley de 12 de marzo de 1938.*—En esta Ley no se dispone la retroactividad de la misma; en consecuencia, rige el principio de

(16) De haberse establecido se plantearía la cuestión de la eficacia de esta condición ficticia y, concretamente, si se tiene por no puesta o determina la nulidad del matrimonio. Véase seguidamente lo que se dice sobre el serio consentimiento matrimonial. El Derecho canónico se decide por la nulidad; sobre la doctrina jurisprudencial canónica, véase MONTAÑO, *El matrimonio y las causas matrimoniales*, Madrid, 1941, pág. 206 y ss.

(17) No puede ni cuestionarse (v. considerando 1.º) si la simple falta de declaración de no profesar la religión católica determina la nulidad de matrimonio; esta declaración no está, en parte alguna, elevada a la consideración de requisito formal sustancial; además no hay que olvidar que, conforme al artículo 230 del Código penal vigente al tiempo de la celebración del matrimonio, incurria en delito el funcionario público que obligare a un ciudadano a declarar oficialmente sus creencias religiosas.

irretroactividad (18) contenido en el artículo 3.º C. c.; del propio artículo 3.º de la Ley se desprende un argumento más a favor de la irretroactividad: en este artículo se declaran nulos determinados matrimonios civiles (los de ordenados *in sacris* o profesos en el supuesto del artículo 83, núm. 4.º, C. c.) (19), luego "inclusio unius, exclusio alterius".

Si la ley derogatoria de la del matrimonio civil no tuvo efectos retroactivos, es decir, si durante la vigencia de ésta no regía el artículo 42 C. c., huelga hablar de si el matrimonio, entonces celebrado, infringía o no un precepto que a la sazón no estaba vigente (20).

b) *Cuándo se infringe el artículo 42 C. c.*—No basta que uno o ambos contrayentes del matrimonio civil esté bautizado; es necesario que al menos uno de ellos profesara, al tiempo de contraerlo, la religión católica.

Esta es la doctrina del Código (21), como se desprende de las siguientes razones, que expondremos brevemente por la índole de este trabajo: 1.ª El artículo 42 C. c., es una disposición de significado, a este respecto, análogo a las de Derecho internacional privado, en cuanto que delimita la aplicación de diferentes ordenamientos legislativos; los conceptos que utiliza la disposición deben *calificarse* con indiferencia de los ordenamientos materiales a que invoca. 2.ª Profesar es "ejercer una cosa con inclinación voluntaria y continuación en ella", así "profesar amistad, el mahometismo"; "crear, confesar", así "profesar un principio, una doctrina" (Diccionario de la Real Academia); profesar la religión católica indica una actitud de adhesión, de presente, respecto de la misma. 3.ª El Código parece recoger la situación vigente en el momento de su publicación: el matrimonio civil se permitía a "los que no *profesando* la religión de nuestros padres están imposibilitados de santificarlo con el Sacramento" (Decreto 9 febrero 1875), es decir, a aquellos "que ostensiblemente manifiesten que no pertenecen a la Iglesia Católica" (R. O. 27 febrero 1875 y O. 19 junio 1880) (22). 4.ª El

(18) La R. de 8 de agosto de 1955, también afirma que la Ley de 12 de marzo de 1938 no tiene, en general, eficacia retroactiva.

(19) La eficacia retroactiva se dirige, en estos supuestos, a evitar un grave escándalo en la conciencia social; se excepciona la ley normalmente aplicable por ser contraria a los principios fundamentales del orden jurídico actual; el mismo criterio determinó los preceptos contenidos en los artículos 6.º del Decreto de 9 de febrero de 1875 y 2.º de la Orden de 8 de marzo de 1939. Sin duda que estas disposiciones y el artículo 3.º de la Ley de 12 de marzo de 1938 pueden invocarse para aplicar, análogamente, en el ámbito del Derecho Internacional Privado, la excepción del orden público (art. 11, III, C. c.) contra la eficacia en España de matrimonios válidos conforme a la ley personal correspondiente, pero en los cuales se infringe la prohibición que recoge el artículo 83, núm. 4.º C. c.

(20) No parecen afectadas por el Concordato las situaciones matrimoniales constituidas al amparo exclusivo de la Ley del matrimonio civil (véase nota 3.ª).

(21) El Gobierno español, al modificar por Decreto de 6 de octubre de 1956 («B. O.» de 13 de noviembre) el Reglamento del Registro Civil y permitir, conforme al Código, el matrimonio civil a los bautizados que no profesan la religión católica (vide artículo 37 y 41. Reglamento Registro Civil), viene a entender que, a este respecto, el Concordato nada ha alterado. La doctrina, en cambio, con argumentos poco convincentes, había estimado que el criterio canónico sobre personas sujetas al matrimonio canónico, había sido acogido por el Concordato de modo *expreso* (Del AMO. ob. cit., pág. 155 y ss.; GARCÍA CANTERO, *Matrimonio civil de acatólicos*, An. D. c., VII, 1.º, pág. 145) o *implícito* (MALDONADO, *La exigencia del matrimonio canónico en nuestra legislación civil*, An. D. c., VII, 1.º, pág. 149; REGATELLO, *El matrimonio canónico en el Registro del Estado*, «Ecclesias», 31 octubre 1953, pág. 37). La posición abstencionista del Concordato está justificada en razones de prudencia.

(22) Del artículo 11 de la Constitución de 1876, entonces imperante (así MALDONADO

precepto recoge los criterios de la base 3.^a de la Ley de Bases del Código civil; el hecho mismo de que la Santa Sede hiciera reservas al aprobar la citada base, indica que no se imponía el matrimonio canónico a las mismas personas que lo impone el Derecho canónico; es decir, proclama la desarmonía de los ordenamientos canónico y civil. 5.^a El artículo 83, 4.º, C. c., confirma que conforme a los criterios del Código civil, y a diferencia de lo prescrito en el canon 1.099 del Código de Derecho canónico, no todos los bautizados, aunque lo hayan sido en el seno de la Iglesia Católica, están sujetos al matrimonio canónico. 6.^a La interpretación administrativa del Código estuvo, en general, conforme en que pueden contraer matrimonio civil los bautizados en la Iglesia Católica o los herejes o cismáticos convertidos a ella, si, al tiempo del matrimonio, no profesan la religión católica (23); este es el criterio del Reglamento del Registro Civil (artículos 37 y 41), tras la modificación del Decreto de 26 octubre 1956 (24).

En el proceso que comentamos se alega la infracción del artículo 42 C. c., pero, en contraste, nada se prueba respecto a la misma, es decir, si, en efecto, aunque estuviesen bautizados, ambos contrayentes, o al menos uno de ellos, profesaban la religión católica cuando el matrimonio civil se contrajo.

c) *Sanción de la infracción del artículo 42 C. c.*—La cuestión no parece fácil. En la interpretación administrativa del precepto se han sentado sucesivamente posiciones contradictorias: se ha sostenido que los que profesaban la religión católica *no estaban jurídicamente obligados* al matrimonio canónico (R. O. 27 agosto 1906) (25); y también, por el contrario, se ha entendido que la infracción del artículo 42 ocasionaba la nulidad del matrimonio (Ordenes de 28 diciembre 1900 y 10 marzo 1941). Estas interpretaciones tienen un valor reducido; la R. O. 28 febrero 1907, frente a la de 27 agosto 1906, explica que “la aplicación e interpretación de los preceptos del Código en la materia están reservados a los Tribunales de Justicia, y su modificación o aclaración a las Cortes con el Rey”; a pesar de que no se puede negar que la Administración, en su ámbito, pueda y deba interpretar las disposiciones legales que ha de aplicar, en todo caso resulta

do, ob. cit., pág. 150; DEL AMO, ob. cit., pág. 30), se han sacado argumentos contrarios a la interpretación que damos: este artículo, a la vez que proclama la religión católica como religión del Estado, establece la tolerancia religiosa, por lo cual puede ser manejado en apoyo de una u otra tesis.

(23) Aparte de la R. O. de 27 de agosto de 1906 y la O. de 10 de febrero de 1932, que seguían un criterio aún más amplio, seguían aquel criterio las Ordenes de 28 de diciembre de 1900, 28 de febrero de 1907, 28 de junio de 1913, 22 de marzo de 1938 y 8 de marzo de 1939 y ahora el Reglamento del Registro Civil. Sólo sentó un criterio opuesto la Orden de 10 de marzo de 1941; sin embargo, la Dirección de los Registros, aunque en general, se atuvo, una vez publicada, a esta orden (R.R. de 17 de abril y 5 de marzo de 1950, 7 de julio de 1952), en R. de 17 de diciembre de 1954 vuelve al criterio aceptado, en general, por las disposiciones que interpretaron el Código.

(24) El artículo 37 del Reglamento del Registro Civil, en su redacción actual exige, para autorizar el matrimonio civil, que ambos contrayentes prueben que no profesan la religión católica. Aunque el artículo 42 del C. c. estaba claro en el mismo sentido, la interpretación administrativa (Ordenes 28 diciembre 1900, 28 junio 1913, 22 marzo 1938 y 8 marzo 1939) entendía que bastaba que uno de los contrayentes no profesara la religión católica; la Orden de 10 de marzo de 1941 exigía ya, en cambio, que la acatolicidad se diera en ambos contrayentes.

(25) MARTINEZ se adhiere a esta doctrina («Comentarios», tom. I, Madrid, 1924, artículo 42, pág. 259).

claro que "la interpretación hecha por Orden o Decreto de una Ley tiene el valor subordinado de lo reglamentario y no vincula a los Tribunales" (26).

El T. S. expresamente declara en esta sentencia que no hay más causas de nulidad de matrimonio que las establecidas en el artículo 101 C. c., entre las que no se encuentra la infracción del artículo 42 (27). Esta doctrina que se encuentra ya en la sentencia de 13 junio 1943, se reitera en las sentencias de 26 enero y 7 marzo 1956 (28). No se puede fundar la negativa de que constituya causa de nulidad en el carácter taxativo de la enumeración de las causas del artículo 101 C. c. Es, precisamente, este carácter taxativo el que se niega si se pretende que la infracción del artículo 42 produce la nulidad. Habría que demostrar, pues, la certeza de que el artículo 101 contiene una lista cerrada de tales causas. Esta tesis es, sin embargo, discutible; por de pronto, parece que hay causas de nulidad no contenidas en el artículo 101: así, los casos de discordancia entre la voluntad y la declaración (reserva mental, declaración "jocandi causa", simulación) y la falta de un serio consentimiento *matrimonial* (identidad de sexo, exclusión de los hijos, de la monogamia, de la indisolubilidad).

En todo caso, es indiscutible que el deber impuesto a los católicos por el artículo 42 es un deber jurídico, porque en otro caso no tendría sentido su acogida en una disposición legal. El matrimonio civil contraído por ellos sería, por tanto, un acto ilícito. El Juez o el que, en su lugar, lo autorice incurre, sin duda, en responsabilidad administrativa; el propio Ministerio Fiscal tiene, entre sus misiones, velar por el cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 42, debiendo oponerse judicialmente al matrimonio que trate de infringirlo (artículos 37 y 41, III, Reglamento Registro civil, modificado por D. 26 octubre 1956).

3. *La situación de los católicos vinculados civilmente.*—Desde el punto de vista del Derecho canónico no están casados, y esto da lugar a que se suscite la cuestión de la trascendencia en el orden civil del matrimonio canónico de los contrayentes con persona distinta. El problema es grave: de una parte, nuestro Derecho "reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas de Derecho canónico" (arts. 76 C. c., y 23 Concordato); de otra parte, el artículo 51 C. c. dice que "no producirá efectos civiles el matrimonio canónico o civil cuando cualquiera de los cónyuges estuviere ya casado legítimamente" (29).

(26) DE CASTRO, ob. cit., I, 2.ª ed., Madrid, 1949, pág. 466, nota (2); tal interpretación —dice este autor (3.ª ed., Madrid, 1955, pág. 519)— puede tener valor orientador, pero no vinculante.

(27) Además de MANRESA (véase nota 25), parecen seguir esta doctrina GRASP (ob. cit., página 1179) y ROMERO VIEYER (*Las normas de Derecho matrimonial promulgadas por el Nuevo Estado español*, Rev. D. Priv., 1941, pág. 193).

(28) La sentencia de 7 de marzo de 1956 es la única que se refiere a matrimonio contraído tras la derogación de la Ley de Matrimonio civil de 1882 (en zona roja); y la cuestión además, no exigía, según parece por las notas citadas de GARCÍA CANTERO, la precisión de tal doctrina; las otras dos de 1956 se refieren a matrimonios contraídos cuando no regia, por estar vigente la Ley de Matrimonio civil, el artículo 42, C. c., por lo cual aquella doctrina no podía constituir la *ratio decidendi*; la de 1947 se refiere a pretendidos defectos de forma (acta defectuosa).

(29) Sobre la posibilidad de que los contrayentes del matrimonio canónico ulterior incurran en el delito de bigamia, la jurisprudencia no es uniforme. Se entendió que había delito de bigamia en SE. 1 de abril de 1882 y 18 de noviembre de 1919. Se negó el delito en otras: así, en S. de 6 de junio de 1945: «por ausencia de culpabilidad en la conducta del procesado» (véase comentario a esta sentencia por DEL ROSAL, Rev. Esp. de D. can., 1948,

La situación en que se encuentran los católicos que sólo contrajeron matrimonio civil durante la vigencia del matrimonio civil obligatorio o exclusivo puede plantearse, en términos análogos, en los siguientes supuestos (30): 1.º Matrimonio civil de bautizados fuera de la Iglesia y nunca conversos, válido conforme al Derecho civil y nulo conforme al Derecho canónico si concurre impedimento canónico (por ej., consanguinidad en grado que constituyendo impedimento canónico no constituye, en cambio, impedimento civil) (31). 2.º Matrimonio civil de bautizados dentro de la Iglesia o de conversos, contraído, por no profesar la religión católica, al amparo del artículo 42 C. c. 3.º En ciertos casos, quizá, el matrimonio civil de católicos extranjeros.

El problema ha sido tratado por Del Amo en cuanto a los bautizados vinculados sólo civilmente durante la vigencia de la legislación del matrimonio civil obligatorio (32). Este autor es contrario (33) a que la colisión entre ambos matrimonios—civil y ulterior canónico—se resuelva con la disolución del primero; tal solución "argüiría en el Estado varias cosas poco laudables: inconsciencia del valor moralizador del artículo 51 del Código civil; abandono inexplicable de la institución matrimonial que él pretendió proteger en sus leyes; no freno, como debía ser, sino amparo jurídico de astucias pasionales" (34). El conflicto no se presentará fácilmente en la realidad, pues, como afirma Del Amo (35), la Iglesia trata de impedir de hecho tal matrimonio ulterior (36).

páginas 1197 y sigs.). Ha vuelto a considerarse delito de bigamia en E. de 14 de enero de 1965 (vide GARCÍA CANYERO, *Un giro en la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, ANUARIO D. c., VIII, 2, pág. 648 y ss.). En general, sobre la cuestión, vide DEL AMO, *Los matrimonios civiles y el delito de bigamia*, Rev. Esp. de D. canónico, 1955, II.

(30) Vide nota 3.

(31) Según el Derecho canónico los bautizados fuera de la Iglesia—protestantes, cismáticos—, están sujetos, salvo en cuanto a la forma, a las normas canónicas (G. BERGALLANA, ob. cit., pág. 15 (36); DEL AMO, *Los matrimonios civiles durante la República*, pág. 87 y ss.).

(32) *Los matrimonios civiles durante la República, ya citada.*

(33) Obra últimamente citada, pág. 42, y *Los matrimonios civiles y el delito de bigamia, ya citada*, pág. 296. En contra, también, el P. Peiró, S. J., *Una solución más al problema de los matrimonios civiles*, «Rev. D. Priv.», diciembre, 1966, pág. 1201 y ss.

(34) *Los matrimonios civiles y el delito de bigamia, ya citada*, pág. 296.

(35) *Los matrimonios civiles y el delito de bigamia, ya citada*, pág. 298 y ss. y 312.

(36) En favor de la plena eficacia civil del matrimonio canónico ulterior, TORALINA, *El matrimonio canónico de los casados civilmente*, «Rev. Esp. de D. Canónico», 1966, I, págs. 51 y ss.