

Calificación jurisprudencial del sistema matrimonial español (1938-1978)

IVAN C. IBÁN

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL TRIBUNAL SUPREMO COMO ÚNICO ÓRGANO COMPETENTE PARA INTERPRETAR EL ARTÍCULO CUARENTA Y DOS DEL CÓDIGO CIVIL: a) El Tribunal Supremo como órgano competente para interpretar las leyes en el ordenamiento jurídico español. b) Ilegalidad de cualquier interpretación del artículo cuarenta y dos realizada por órgano distinto del Tribunal Supremo. c) Formas de interpretación de la ley.—III. LA INTERPRETACION DEL TÉRMINO «PROFESAR LA RELIGION CATOLICA» DEL ARTÍCULO CUARENTA Y DOS DEL CÓDIGO CIVIL: A) La jurisprudencia matrimonial desde 1938; B) Calificación jurisprudencial del sistema matrimonial español: a) Matrimonios contraídos durante la II República. b) Se plantea el problema del término «profesar la religión católica», pero no se resuelve. c) Se identifica el término «profesar la religión católica», con el hecho de ser católico. d) El matrimonio civil en España y el hecho de estar bautizado. e) Debe contraer matrimonio canónico aquel que practique la religión católica. f) La declaración de apostasía como requisito necesario para que los bautizados puedan contraer matrimonio civil. g) Se sustituye el término «profesar la religión católica» por el de «no ser apóstata», sin especificar su contenido. h) Validez de matrimonio civil celebrado en el extranjero por católico.—C) Conclusiones.

I.—INTRODUCCION

La regulación jurídica del matrimonio en España se ha visto muy afectada por la promulgación de la Constitución de 1978 (1), (1 bis),

(1) Vid., entre otros, IBÁN, Iván C., *El matrimonio en la Constitución*, «Revista de Derecho Privado» («R. D. P.»), LXIV, págs. 137-145; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique, *La nulidad del matrimonio después de la Constitución*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia» («R. G. L. J.»), segunda época, LXXIX, págs. 3-24 y 177-230; PÉREZ LLANTADA Y GUTIÉRREZ, Jaime, *Matrimonio-Familia en la nueva Constitución española*, en *Lecturas sobre la Constitución española*, I, Madrid, 1978, págs. 85-122.

(1 bis) Con posterioridad a la redacción de este trabajo han aparecido los siguientes trabajos que inciden sobre la cuestión: DÍAZ MORENO, José Ma-

como ya ha demostrado la práctica (2) y se verá afectada en mayor medida cuando el texto constitucional se vea desarrollado en la legislación ordinaria. Tal vez las dos materias en las que el Derecho matrimonial español sufra mayores cambios, con respecto a la situación anterior, sean las de la disolución del matrimonio y de la calificación del sistema matrimonial (3). En el presente trabajo me referiré únicamente a la segunda cuestión.

La simple promulgación del artículo 32 de la Constitución —sin necesidad de esperar a su desarrollo en su grupo normativo— supuso una notable modificación en el sistema matrimonial español (4). Creo que cabe hablar de un cambio radical, del cierre de un largo paréntesis que se abrió el día 12 de marzo de 1938 (5). Ese período, de más de cuarenta años, que comienza con la Ley de derogación de la de Matrimonio civil de la II República española y que concluye con la Cons-

ria. *La regulación del matrimonio canónico*, en *Iglesia y Estado en España. Régimen jurídico de sus relaciones*, Madrid, 1980, págs. 127-164; LÓPEZ ALARCÓN, Mariano, *Sistema matrimonial concordado. Celebración y efectos*, en *Los Acuerdos entre la Iglesia y España*, Madrid, 1980, págs. 291-331; NAVARRO VALLS, Rafael, *El matrimonio*, en *Derecho eclesástico del Estado español*, Pamplona, 1980, págs. 407-488; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *El sistema matrimonial según la Constitución y los Acuerdos con la Santa Sede*, «Anuario de Derecho Civil», XXXIII, págs. 571-583, y REINA, Victor, *El sistema matrimonial español*, separata de *Los Acuerdos concordatarios españoles y la revisión del Concordato italiano*, Barcelona, 1980.

(2) Baste un solo ejemplo para probarlo: la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (R. D. G. R. y N) de 6 de abril de 1979. Sobre esta R. D. G. R. y N. vid. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano, *A propósito de la Resolución de 6 de abril de 1979: El supuesto de matrimonio con divorciado*, «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense» («R. F. D. U. C.»), nueva época, 57, págs. 195-211; IBÁN, Iván c., *Matrimonio canónico, divorcio y Constitución*. (Comentarios a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de abril de 1979), «R. D. P.», LXIII, págs. 768-771.

(3) Para este concepto vid. IBÁN, Iván C., *Sistemas matrimoniales*, «Ius Canonicum» («I. C.»), XVII, 34, págs. 213-247.

(4) Vid., CARRIÓN, Salvador, *Notas sobre la evolución del sistema matrimonial español*, «Anuario de Derecho Civil» («A. D. C.»), XXXII, págs. 395-436; DE FUENMAYOR, Amadeo, *El marco del nuevo sistema matrimonial español*, «R. G. L. J.», segunda época, LXXIX, págs. 261-303; IBÁN, Iván C., *Sistemas matrimoniales, libertad religiosa y Constitución española*, «R. F. D. U. C.»), nueva época, I monográfico, págs. 75-90; IDEM, *El matrimonio...*, cit.; LÓPEZ ALARCÓN, Mariano, *El matrimonio concordatario en el actual proceso legislativo español*, «I. C.»), XVIII, págs. 55-80; NAVARRO VALLS, Rafael, *El sistema matrimonial español y la Constitución de 1978*, en *El hecho religioso en la nueva Constitución española. Trabajos de la XVI Semana Española de Derecho Canónico*, Salamanca, 1979, págs. 135-162.

(5) En tal fecha se promulga una ley que establece en su artículo 1.º: «Quedan derogadas la Ley de Matrimonio Civil de 28 de junio de 1932 y las disposiciones dictadas para su aplicación.» Ciertamente esa ley no estuvo vigente en todo el territorio español hasta un año más tarde de su promulgación, pero el desenlace final de la guerra civil y la legislación posterior a dicho momento en materia de Derecho de familia, hace que tal norma deba ser considerada como vigente —de facto, si se quiere— desde la fecha de su promulgación. No obstante, como se verá más adelante, existen algunas excepciones a dicho planteamiento en la jurisprudencia.

titución de 1978 (6), será al que prestaré atención a lo largo de este trabajo.

Así, pues, no se trata de analizar el ordenamiento *in fieri*, ni tan siquiera el ordenamiento vigente en este momento, sino el atender al sistema matrimonial español de nuestra más reciente historia.

La historia del sistema matrimonial español en las cuatro décadas a las que vamos a atender es, en buena medida, la historia del artículo 42 del Código civil y de sus interpretaciones —entiéndase que me refiero al artículo 42 del Código civil vigente en ese período.

El artículo 42 del Código civil emplea un término —"profesar la religión católica"— que carece de un sentido claro en nuestro sistema jurídico; ese término, en sí mismo vacío de significado, ha pretendido ser completado por la Administración Pública, tanto a través de normas de aplicación general (7), como mediante R. D. G. R. y N. (8); igualmente la doctrina (9); y también los tribunales de justicia, y muy

(6) Tal vez algunos prefieran situar el término final en otro momento distinto: la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de diciembre de 1978, o la modificación de la regulación de dicha materia en el Código civil (C. c.), en trámite de elaboración parlamentaria al escribir estas líneas.

(7) Para un catálogo de tales disposiciones vid. IBÁN, Iván C., *Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870-1978)*, «A. D. C.», XXXII, págs. 83-175, en especial, págs. 128-175.

(8) Vid., entre otras, las de 17 de noviembre de 1946, 8 de marzo de 1950, 17 de abril de 1950, 5 de mayo de 1950, 7 de julio de 1952, 3 de diciembre de 1954, 17 de diciembre de 1954, 13 de octubre de 1959, 13 de enero de 1962, 8 de febrero de 1962, 4 de junio de 1962, 8 de junio de 1962, 25 de octubre de 1962, 3 de septiembre de 1963, 8 de octubre de 1963, 9 de julio de 1964, 3 de marzo de 1966, 14 de marzo de 1967, 21 de marzo de 1967, 3 de agosto de 1970, 27 de junio de 1972, 20 de octubre de 1973, 23 de marzo de 1976, 5 de abril de 1976 y 24 de agosto de 1976.

(9) Entre otras muchas y citando únicamente los trabajos específicamente dedicados a la cuestión, vid. AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, Antonio, *Contribución al estudio de los matrimonios civiles de católicos*, «Revista General de Derecho» («RGD»), XII, págs. 666-681; ALONSO PÉREZ, Mariano, *Matrimonio civil y divorcio*, en *Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Batlle Vázquez*, Madrid, 1978, págs. 39-74; ARAGONESES ALONSO, Pedro, *Prueba de la acatolicidad a los efectos de lo dispuesto en el artículo 1.º de la Orden de 10 de marzo de 1941*, «Revista de Derecho Procesal», VII, págs. 339-341; ARECHEDERRA, Luis, *Formas y clases de matrimonio en el Derecho español. (Cotario a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1967)*, «A.D.C.», XXV, págs. 1223-1244; ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio, *El sistema matrimonial español y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ibídem, XXIX, páginas 941-965; BARCIA MARTÍN, Luciano, *Problemática del artículo 42 C. c. en relación con el derecho natural de libertad civil en materia religiosa. Extracto de tesis doctoral*, Santiago de Compostela, 1974; IDEM, *Matrimonio y libertad civil en materia religiosa. Problemática del artículo 42 del Código civil en relación con el derecho natural de libertad civil en materia religiosa*, Santiago de Compostela, 1976; CARRIÓN OLMOS, Salvador, *Historia y futuro del matrimonio civil en España*, Madrid, 1977; DE FUENMAYOR, Amadeo, *El matrimonio y el Concordato español*, «I.C.», III, págs. 251-418; IDEM, *El matrimonio como contrato civil*, «R.G.L.J.», segunda época, LXXII, págs. 93-110; DE FUENMAYOR CHAMFÍN, Amadeo, *El sistema matrimonial español (Comentario al artículo 42 del Código civil)*, Madrid, 1959; DE LA HERA, Alberto, *Matrimonio civil y revisión del Concordato (Cuestiones en torno al artículo 42*

especialmente el Tribunal Supremo (T. S.). En este estudio me referiré a una de esas vías de interpretación, la que ha realizado el T. S. Así, pues, el objeto de este trabajo es el tratar de poner de relieve cuál ha sido el significado que nuestro más alto tribunal ha conferido al término "profesar la religión católica" del artículo 42 del Código civil, a través de las sentencias por él dictadas a lo largo de cuarenta años, es decir: la calificación jurisprudencial del sistema matrimonial español en el período 1938-1978.

En el próximo apartado trataré de hacer una brevísima valoración de la importancia de la interpretación jurisprudencial, y en el último se señalará cuál ha sido la respuesta dada por el T. S. al interrogante abierto por el artículo 42 del Código civil.

del Código civil), «A.D.C.», XXVIII, págs. 639-682; DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús, *El matrimonio civil en España, hoy, en Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro*, I, Madrid, 1976, págs. 539-565; IDEM, *Nulidad de matrimonio civil celebrado en el extranjero por la condición de católico del contrayente español (Notas a las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1974, 25 de septiembre de 1974 y 11 de marzo de 1975)*, «A.D.C.», XXIX, págs. 915-940; ESCUDERO ESCORZA, Fernando, *Matrimonio de acatólicos en España*, Vitoria, 1964; GARCÍA CANTERO, Gabriel, *Matrimonio civil de acatólicos*, «A.D.C.», VII, págs. 115-147; IDEM, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid, 1959; GONZÁLEZ DEL VALLE, José M., *El sistema matrimonial español: Situación actual y perspectivas de reforma*, «A.D.C.», XXXI, págs. 71-110; HERNÁNDEZ ASCÓ, Miguel, *Problemas latentes en el sistema matrimonial español*, Valladolid, 1964; IBÁN, Iván C., *Matrimonio civil...*, cit.; LOMBARDÍA, Pedro, *Sobre el artículo 42 del Código civil*, en *Escritos de Derecho Canónico*, II, Pamplona, 1973, págs. 145-149; LÓPEZ ALARCÓN, Mariano, *El matrimonio civil como subsidiario del canónico*, «R.G.D.», XI, págs. 594-603; IDEM, *Consultas gubernativas en el matrimonio civil por causa de obstáculo legal de profesión de la religión católica (Notas a la Resolución de la DGR de 27 de junio de 1972)*, «Anales de la Universidad de Murcia», XXX, Derecho, págs. 157-172; IDEM, *Matrimonio civil y obstáculo legal de profesión de la religión católica (Consultas, recursos gubernativos y procesos judiciales, según la resolución de la DGR de 27 de junio de 1972)*, «Revista Española de Derecho Canónico» («R.E.D.C.»), XXIX, páginas 111-123; LÓPEZ NIÑO, José María, *Los sistemas matrimoniales en el Derecho concordatario*, Madrid, 1971; MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, José, *Sobre los matrimonios civiles de españoles en el extranjero (A propósito de una nota reciente)*, «R.E.D.C.», IV, págs. 641-647; IDEM, *La exigencia del matrimonio canónico en nuestra legislación civil*, «A.D.C.», VII, págs. 149-166; MONTERO GUTIÉRREZ, Eloy, *El nuevo Estado español y la institución matrimonial*, «Revista de la Facultad de Derecho de Madrid», 2, págs. 5-10; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS,, Manuel, *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 de enero de 1956*, «A.D.C.», X, págs. 253-263; IDEM, *Matrimonio civil contraído de mala fe por católico mallorquín con norteamericana (S. T. 2 noviembre 1965)*, ibídem, XIX, páginas 888-900; PÉREZ MIER, Laureano, *Matrimonio canónico y matrimonio civil según el Concordato*, «R.E.D.C.», XIV, págs. 131-214; PORTERO, Luis, *Sobre el matrimonio de apóstatas. Comentario a una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de marzo de 1961*, ibídem, XVI, págs. 153-169; ROMERO VIEITEZ, M. A., *Las normas de Derecho matrimonial promulgadas por el nuevo Estado español (Notas para su estudio dogmático)*, «R.D.P.», XXV, págs. 62-80 y 182-201; TOBAINA, Agustín, *El matrimonio canónico de los casados civilmente*, «R.E.D.C.», I, págs. 51-66, y VELLVE BUENO, Ernesto, *Matrimonio civil de acatólicos en España*, «R.D.P.», XLI, págs. 534-544.

II.—EL TRIBUNAL SUPREMO COMO UNICO ORGANO COMPETENTE PARA INTERPRETAR EL ARTICULO 42 DEL CODIGO CIVIL.

- a) *El Tribunal Supremo como órgano competente para interpretar las leyes en el ordenamiento jurídico español.*

Tres clases de interpretación de la norma se distinguen comúnmente en razón de su origen: auténtica, usual y doctrinal.

Se entiende por interpretación doctrinal la realizada por los autores; respecto a su eficacia, hay que señalar con el profesor De Castro que "tiene la autoridad que le dé el prestigio de su autor, pero ni siquiera la *communis opinio Doctorum* es decisiva" (10); son eficaces en el sentido de que necesariamente influirán, de una parte en el legislador para posibles modificaciones legislativas, y de otra en los tribunales, que serán los que en último extremo conectarán el Derecho con la realidad fáctica. Fuera cual fuere su importancia histórica, sea cual sea su importancia —grande— indirecta en la actualidad, lo que es un hecho es que la opinión doctrinal no es elemento decisivo en la aplicación inmediata de la norma positiva.

Interpretación auténtica es aquélla que realiza el propio legislador, no sólo por el nombre con el que es conocida, sino por la idea, en apariencia lógica, de que quién mejor que el que prescribió algo para determinar qué es exactamente lo que pretendía ordenar. Pero pienso que esta apreciación es inexacta.

En la actual concepción de una agrupación social organizada en Estado, tal postura está superada. La norma positiva, al dejar de ser proyecto y convertirse en ley (entiéndase en el sentido más amplio) queda separada del legislador. Si el legislador quiere volver sobre el tema, bien sea porque su incapacidad para legislar le ha hecho decir algo distinto de lo que quería decir, bien sea porque ha cambiado de opinión sobre cuál deba ser la solución adecuada, el método a emplear no es la interpretación, sino la reforma legislativa.

A este respecto es importante aludir a una habitual forma de interpretar/modificar. Me refiero a los supuestos "desarrollos" de una norma de rango superior, por otras de rango inferior. Este tema es de especial interés en el presente trabajo ya que los intentos de interpretar el artículo 42 del Código civil a través de normas de todo rango han sido continuos. El profesor De Castro es claro a este respecto "hay que advertir que la regla de categoría inferior no puede estimarse interpretación auténtica de otra de rango superior; pues tiene distinto origen (*auctor*). Quien dicte la nueva disposición tendrá una autoridad atendible, pero no tanta que elimine el respeto debido al verdadero significado de la disposición superior; puede tener un valor orientador pero no vinculante" (11). Volveré, con más detenimiento, sobre tan importante cuestión en el siguiente epígrafe.

(10) DE CASTRO Y BRAVO, Federico; *Derecho civil de España. Parte general*, I, libro preliminar, *Introducción al Derecho civil*, tercera edición, Madrid, 1955, pág. 520.

(11) *Ibidem*, pág. 519.

La tercera clase de interpretación es la realizada por los tribunales, recibiendo el nombre de interpretación usual. A propósito de la misma De Castro afirma: "no tiene valor decisivo más que para el caso decidido en la sentencia (artículo 1251 y 1252 C. c.)... La jurisprudencia del Tribunal Supremo es la única que puede llegar a fijar «doctrina legal»; pero la autoridad de las demás decisiones es muy respetable, tanto para la práctica (precedentes) como para la teoría" (12). Se analizará, pues, sólo el concepto de jurisprudencia del T. S. y su relación con el concepto de "doctrina legal".

"Una de las mayores dificultades para entender bien el significado de la jurisprudencia deriva de la frase «infracción de ley o de doctrina legal» usada por la Ley de Enjuiciamiento Civil, al señalar los motivos del recurso de casación (arts. 1687 y sig.). Autores muy respetables piensan que la doctrina legal es la doctrina de la jurisprudencia; con lo que también afirman el carácter de fuente jurídica de ésta, al ser su infracción motivo para casar la sentencia. Todo ello parece derivar de una confusión. Al crearse el Tribunal Supremo se siguió el modelo francés; y como en éste el primitivo recurso de nulidad tenía por principio el general respeto a la letra de las leyes y se daba así sólo frente a las sentencias que «fuesen contrarias a la Ley clara y terminante» (D. 4-11-1838). Desviación injustificada de la práctica tradicional española, y que por ello fue mal recibida. Pronto se cambia el sistema, mediante la admisión de recursos por infracción de «doctrina legal» (Ley de E. C., 5-10-1855); lo que significa, en opinión de los autores contemporáneos, evitar las malas o erradas «interpretaciones de las leyes y la inaplicación de los principios universalmente recibidos» (Pacheco, Gómez de la Serna). Este mismo criterio sigue la ley vigente (L. E. C. 3-2-1881) que no puede dudarse que distingue también entre la doctrina legal y la jurisprudencia. Pues dice: no se admitirá el recurso «cuando se citen como doctrina legal principios que no merezcan tal concepto o las opiniones de los jurisconsultos a los que la legislación del país no dé fuerza legal» (art. 1725, 10.º). La doctrina legal, mejor dicho, «las doctrinas legales» (art. 1692 L. E. C.) tienen valor normativo («ratio decidendi»); que se distingue del estricto de «la ley» (interpretación literal, «ley clara y terminante»); pero que son «las emanaciones de las mismas leyes», es decir, su sentido normativo directo o indirecto (interpretación declarativa, correctora, analogía); y que además comprende «los principios capitales», «los dogmas inconcusos de la ciencia del Derecho» (Gómez de la Serna).

La conexión y posterior confusión entre doctrina legal y doctrina jurisprudencial se produjo —y se explica— fácilmente. Un recurso basado en una interpretación arbitraria o absurda de una disposición legal debe rechazarse ya en el trámite de admisión. Para que un recurso por infracción de ley no sea rechazado, se requiere por la ley la concreción y exactitud de la cita (art. 4.º, 7.º, L. E. C.), y nada semejante se dice respecto a la doctrina. El Tribunal Supremo ha exigido (Ile-

(12) *Ibidem*.

nando la laguna de la ley) que la doctrina esté «autorizada»; entendiendo que lo está cuando se recoge en la doctrina jurisprudencial. Esta no es ya una doctrina que mana directamente de la ley, ni puede, por tanto, ser infringida; tiene, sin embargo, una gran autoridad (la del Tribunal que la crea), originando una presunción a favor de la interpretación o principio que ampare (doctrina legal), y facilita que se considere admisible el recurso y que pase a la decisión de la Sala (significado procesal)” (13).

Es un hecho legal que existe un recurso de casación por infracción de “doctrina legal”; es decir, los órganos judiciales de rango inferior al T. S. deben resolver conforme a la “doctrina legal”, ya que de no hacerlo así quedarán expuestos a que sus decisiones sean revisadas para ajustarlas a la “doctrina legal”; la “doctrina legal” —que no es ley— queda a efectos casacionales a nivel de la ley.

El problema será el de señalar qué se debe entender por doctrina legal, y algo aún más importante a efectos prácticos: ¿quién es competente para determinar qué es doctrina legal? Antes de tratar de responder a ambos interrogantes, algunas opiniones doctrinales permitirán enmarcar el problema en sus justos términos.

El profesor De Castro afirma que: “a) La doctrina legal es distinta y no debe confundirse con la doctrina jurisprudencial. b) La jurisprudencia no crea la doctrina legal, aunque tenga... gran importancia para su fijación” (14).

Por su parte, Albaladejo estima que el T. S. entiende por infracción de doctrina legal a efectos de casación la establecida por su jurisprudencia (15).

En su importante obra en torno a la jurisprudencia, Lalaguna alude al tema en repetidas ocasiones: “La doctrina legal [a efectos de recurso de casación] no es ley escrita ni pura creación jurisprudencial, pero su existencia depende tanto de la ley como de la jurisprudencia” (16). “El valor normativo de la doctrina legal, que es el aspecto principalmente destacado por nuestra doctrina científica, justifica su consideración como «fuente complementaria de la ley». En este sentido se afirma que la posición en nuestro ordenamiento de la llamada «doctrina legal» y «su absoluta equivalencia con la ley a efectos de fundamentar el recurso de casación» fuerza a interpretar el artículo 6 del Código civil «en el sentido de que por ley hay que entender simultáneamente el texto escrito y la jurisprudencia adherida al mismo por vía de interpretación aclaratoria o correctiva» (17)” (18):

(13) IDEM, *Compendio de Derecho civil. Introducción y Derecho de la persona*, quinta edición, Madrid, 1970, págs. 114-115.

(14) IDEM, *Derecho civil...*, cit., pág. 561.

(15) Vid. ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil, I, Introducción y Parte general*, volumen primero, *Introducción y Derecho de la persona*, séptima edición, Barcelona, 1980, pág. 145.

(16) LALAGUNA, Enrique, *Jurisprudencia y Fuentes del Derecho*, Pamplona, 1969, pág. 55.

(17) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo*, «Revista de Administración Pública», 1963, núm. 40, pp. 196-197. Es nota de LALAGUNA.

(18) LALAGUNA, Enrique, *Jurisprudencia...*, cit., pág. 61.

"Por este camino, la noción de «doctrina legal» se aproxima a la noción de «fuente del Derecho» en sentido técnico, pero se aleja de la significación creadora de la interpretación como experiencia jurídica" (19). "Pero esta *conversión* de la «doctrina legal» en «ley» se debe rechazar. Para la modificación de la ley en un plano general está ya el poder legislativo. Para la aplicación de la ley, confiriéndole un grado de practicidad adecuado a la solución de singulares conflictos de intereses, es necesaria esa cercana contemplación de los hechos que sólo puede proporcionar la jurisprudencia" (20). "En particular hay que advertir que todo el valor normativo insito en la «doctrina legal» es una consecuencia de la tarea de interpretación: ese valor normativo no lo adquiere la «doctrina legal» de una manera abstracta, como la ley, sino anudado muy precisamente a la estructura fáctica de la situación jurídica concreta en la que se fragua la doctrina legal como criterio de decisión. La radical vinculación a los hechos y la libertad de la interpretación son características esenciales en la formación de la «doctrina legal», que la distinguen netamente de las fuentes de Derecho y justifican que el tribunal Supremo no quede vinculado por sus propias decisiones" (21).

No se puede entrar aquí en la conceptualización exacta de la "doctrina legal" (ello corresponde a la Teoría General del Derecho), ni en su articulación práctica en juicio (ello corresponde al Derecho procesal). Solamente pretendo emitir unas opiniones personales, aunque influidas —obviamente— por el sentir general de la más autorizada doctrina.

Jurisprudencia y doctrina legal no son, "legalmente", términos sinónimos. Existen decisiones jurisprudenciales que no son doctrina legal y la doctrina legal no se configura solamente con la jurisprudencia.

La aplicabilidad, a efectos prácticos, de la doctrina legal es encomendada por la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, por la vía del recurso de casación, al T. S.; y en la práctica es el T. S. el que determina qué debe entenderse por doctrina legal.

La pretensión de este apartado es determinar cuál es la importancia de nuestro más alto Tribunal en la configuración exacta de un precepto legal que no parece claro. Más en concreto, determinar qué posible valor tendrá la forma de entender el T. S. un término tan ambiguo como el de "profesar la religión católica", empleado en el artículo 42 del Código civil. Son varios aspectos los que hacen que las decisiones del T. S. revistan una especial importancia: entre ellos ocupa un destacado lugar la doctrina legal.

Dos puntos de contacto, en momentos y con finalidades distintas, tiene el T. S. con la doctrina legal. Tomemos como referencia un caso concreto.

Planteados un recurso de casación por infracción de doctrina legal, el T. S. deberá de decidir si el Tribunal inferior —contra cuya deci-

(19) *Ibíd.*, pág. 62.

(20) *Ibíd.*, pág. 63.

(21) *Ibíd.*, pág. 64.

sión se recurre— ha violado la doctrina legal. Si el T. S. estima que tal violación se ha producido dictará nueva sentencia, que deberá ajustarse a tal doctrina legal, revocando la decisión del Tribunal inferior; así pues, el T. S. tendrá una primera intervención directa, y tal intervención se concretará en la aplicación de la doctrina legal.

Pero no es éste, su aplicación, el único punto de conexión entre doctrina legal y T. S. En este supuesto en el que el T. S. casa una sentencia de órgano inferior por infracción de doctrina legal, es obvio que habrá que determinar cuál es la doctrina legal que resulta aplicable. El problema, antes que al T. S. se le plantea al propio recurrente, el problema es destacado por el profesor De Castro, en sus justos términos, con las siguientes palabras: "La Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 1729) exige, para que un recurso de casación se admita, señalar concretamente el artículo o disposición cuya infracción se alegue; nada dice, en cambio, sobre el modo de mencionar o concretar la doctrina legal" (22), la solución adoptada en la práctica es indicada más adelante: "para llenar esta laguna y evitar que resultase inútil el trámite de admisión, el Tribunal Supremo ha exigido que, cuando se trate de doctrina legal no notoria, se autorice su cita con la aportación de la jurisprudencia que la recoja" (23). Es decir, se entenderá por doctrina legal lo que el propio T. S. entendiera por tal en sentencias anteriores (24).

Es ésta, pues, la doble vía de actuación del T. S. en contacto con la doctrina legal. Directamente la aplica (sentencia en la que admite el recurso de casación por infracción de doctrina legal), y en un momento anterior la forma (conjunto de sentencias anteriores que ahora son invocadas). En el bien entendido de que la sentencia que resuelve el caso concreto, aplicando la doctrina legal recogida en sentencias anteriores, pasará a formar "doctrina legal" para sentencias posteriores.

En definitiva, la sentencia que admite un recurso de casación por infracción de doctrina legal tiene una doble fuerza: una presente (exclusiva de dicha sentencia) aplicando a un caso concreto la doctrina legal; otra diferida (común a todas las sentencias emanadas del T. S.) al conformar la doctrina legal.

Es un hecho, que se demuestra en el siguiente apartado, que el T. S. ha interpretado el término "profesar la religión católica" del artículo 42 del Código civil dotándolo de contenido. Trataré de resumir, poco más que un mero esquema, cuál puede ser el auténtico valor de tales interpretaciones.

Creo que se deben de separar dos niveles:

- 1.—En un caso concreto.
- 2.—A nivel general.

(22) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil...*, cit., pág. 569.

(23) *Ibidem*.

(24) «El Tribunal Supremo ha exigido (llenando la laguna de la ley) que la doctrina esté «autorizada»; entendiéndolo que lo está cuando se recoge en la doctrina jurisprudencial». *IDEM*, *Compendio...*, cit., pág. 114.

1.—*Ante un caso concreto*

Pretendo recoger en este nivel aquellos supuestos en que la actuación jurisprudencial se refleja en una sentencia que resuelve una situación específica concreta.

La controversia jurídica que exige la actuación del poder judicial, se plantea en un primer momento en tribunales inferiores al T. S. Esos tribunales producirán una decisión (sentencia), que vendrá necesariamente influida por las alegaciones de las partes, y en la formación de tales alegaciones influirá a su vez la jurisprudencia (25); así pues, aun antes de dictar sentencia, la jurisprudencia actúa de la mano de los abogados. En el momento de redactar la sentencia el Tribunal inferior vuelve a tener en cuenta la jurisprudencia (26), ello por un doble motivo; en primer lugar, un Tribunal, al plantearse la interpretación de una expresión como la que ahora nos ocupa, no puede actuar con absoluta libertad e independencia, sus interpretaciones no pueden ser absolutamente originales. La interpretación no se puede realizar aislada del ordenamiento, que no es estático, y debe tomar como punto de referencia otras interpretaciones anteriores; entre ellas ocupa un especial lugar la realizada por el T. S., que servirá de ejemplo (27). Pero hay un segundo motivo para que el Tribunal inferior ajuste su interpretación a la del T. S., es la razón ya señalada que se deriva del recurso de casación por infracción de doctrina legal. Si el Tribunal pretende que su decisión surta efecto, que no sea revocada, debe ajustarse a la doctrina legal, en cuya formación ocupa lugar destacado el T. S.

Una vez obtenida la decisión del Tribunal, o tribunales, inferior, el caso controvertido puede llegar ante el T. S. En ese estadio es evidente que la interpretación del T. S. será la válida.

Así pues, en un supuesto concreto en el que sea necesario interpretar el término "profesar la religión católica" del artículo 42 del Código civil, la jurisprudencia interpretadora actuará cumulativamente por estas vías:

- 1.^a—Al ser citada en las alegaciones de las partes.
- 2.^a—En la formación de las sentencias de los Tribunales inferiores:
 - a) Para lograr una coherencia en el ordenamiento.
 - b) Para lograr que su decisión sea eficaz no siendo derogada por infracción de doctrina legal.

(25) «Desde un punto de vista práctico, no cabe la menor duda que la jurisprudencia tiene un extraordinario valor. Los abogados y los juristas prácticos la utilizan cotidianamente como materia de argumentación». DÍEZ-PICAZO, Luis, en *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, I, Madrid, 1977, pág. 132.

(26) «Los tribunales la recogen [a la jurisprudencia] para fundar en ella sus propias sentencias». *Ibidem*.

(27) «Entre las varias formas posibles de interpretación, la realizada por el Tribunal Supremo es una forma ejemplar de interpretación». LALAGUNA, Enrique, *Jurisprudencia...*, cit., pág. 329.

3.^a—En la formación de la sentencia del T. S.:

- a) Porque ella misma es la interpretación jurisprudencial.
- b) Por vía del recurso de casación por infracción de doctrina legal:
 - a') Al admitir o denegar tal recurso.
 - b') Al "recibir" las anteriores interpretaciones jurisprudenciales que han conformado la doctrina legal.
 - c') Al participar en la formación de la futura doctrina legal mediante la presente sentencia.

2.—A nivel general

Aunque tal vez sea cierto que "el valor de la jurisprudencia radica, no en crear normas jurídicas de carácter general, sino en condicionar la eficacia de las mismas mediante su interpretación" (28), no es menos cierto que la jurisprudencia trasciende en su eficacia de la simple resolución de un caso concreto. La jurisprudencia ayuda a conformar el ordenamiento. La polémica doctrinal acerca de si la jurisprudencia es o no fuente del Derecho deriva precisamente de ahí. Todos los autores coinciden en señalar la importancia que la jurisprudencia tiene en la conformación del ordenamiento, lo único que ocurre es que para algunos sólo las fuentes del Derecho tienen tal fuerza y por lo tanto deben considerar a la jurisprudencia como tal.

Pero es que incluso la jurisprudencia tiene una innegable fuerza indirecta en la formación y aplicación de las tres fuentes (indubitadas) del Derecho:

1.º *En la Ley*

"Los Tribunales, por su constante e inmediata relación con los problemas jurídicos de la vida, están en una situación inmejorable e, incluso, superior, en cierto modo, a aquéllas en que se encuentra el legislador a los efectos de ver las deficiencias del Código y de injertar en su articulado nuevos preceptos que lo revitalicen e impidan su alejamiento, cada vez mayor con el transcurso de los años, de las necesidades de la práctica" (29). Esa cualidad —contacto directo con la realidad jurídica que tienen los tribunales no puede ser desaprovechada por el legislador, pues aunque "la primera actitud que el legislador puede adoptar frente al cometido y función de la jurisprudencia cabe, sin duda, que sea de desconfianza y recelo" (30), "la auténtica postura del legislador español no es de desconfianza y hostilidad ante la obra de nuestros Tribunales, sino que trata de conciliar las funciones de ambos, de forma que, en lugar de rígida separación,

(28) OGAYAR Y AYLÓN, Tomás, *Las fuentes del Derecho en el Novísimo Título Preliminar del Código Civil*, en *Libro-homenaje a Ramón María Roca Sastre*, I, Madrid, 1976, pág. 652.

(29) ALVAREZ VIGARAY, Rafael, *Las mutuas influencias entre la legislación y la jurisprudencia*, en *Ibidem*, págs. 830-831.

(30) *Ibidem*, pág. 826.

lo que halla es ayuda y colaboración mutua, y especialmente que los Tribunales auxilian al legislador en el sentido de que éste haga suyos y se enriquezca con logros y realidades jurisprudenciales" (31).

El legislador, al reformar una disposición legal o al dictar una complementaria de las ya vigentes, debe atender al "resultado" que dieron en la práctica; nada mejor que atender a cómo fueron aplicadas por los tribunales; los criterios interpretativos de la jurisprudencia deben servir como importante punto de referencia en las tareas legislativas.

El T. S. no sólo tiene que interpretar y aplicar la ley, también debe colaborar en su formación.

2.º En la costumbre

"La concepción de la jurisprudencia como fuente de normas consuetudinarias... se acoge después de la vigencia del Código en obras de carácter teórico y también, aunque en posición aislada, por algún civilista" (32).

"Pero, según la opinión dominante, la consideración de la jurisprudencia como costumbre... es insostenible" (33).

Si bien es cierto que las sentencias no hacen costumbre —hacen jurisprudencia, que ya es bastante—, no es menos cierto que es a la jurisprudencia a la que corresponde aplicar esa "norma creada e impuesta por el uso social" (34). Como ha señalado De Castro, "los Tribunales exigen que quien alega una costumbre debe probar su existencia" (35), y añade "en la práctica se utilizarán los medios ordinarios de prueba que el Tribunal de instancia podrá apreciar libremente y de acuerdo con las circunstancias de cada caso" (36). Lo que es tanto como afirmar: 1.º Que corresponde a quien alegue la costumbre probar su existencia y cualidad de tal; y 2.º Que corresponde al Tribunal el determinar, en libertad, si se dan los requisitos que permitan hablar de costumbre.

Las decisiones jurisprudenciales no forman costumbre, pero a ellas corresponde determinar qué tendrá consideración de costumbre. Si se me permite diré que son los Tribunales los que fijan la costumbre, si bien apoyándose en la realidad sociológica que hace que surja pero no que sea efectiva.

Se excusa un tratamiento más detallado de la costumbre por un doble motivo: 1.º No constituye, ni tan siquiera indirectamente, objeto de este estudio; y 2.º Porque su importancia práctica es secundaria y decreciente (37).

3.º En los principios generales del Derecho

Recoge nuestro Código civil, como fuente supletoria de segundo grado a los principios generales del Derecho.

(31) *Ibidem*, págs. 829-830.

(32) LALAGUNA, Enrique, *Jurisprudencia...*, cit., pág. 126.

(33) *Ibidem*, pág. 127.

(34) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Compendio...*, cit., pág. 90.

(35) *IDEM*, *Derecho Civil...*, cit., pág. 444.

(36) *Ibidem*, págs. 446-447.

(37) *Vid.*, *IDEM*, *Compendio...*, cit. pág. 89.

¿Qué son los principios generales del Derecho? No conozco una definición más clara, tras su aparente inconcreción, que la del profesor De Castro: "Son como el aire en que jurídicamente se vive" (38).

Creo innecesario el advertir que las decisiones de nuestro más alto Tribunal, son un elemento importante en la composición de tal "atmósfera jurídica". Pero aparte de dicha importancia, difícilmente cuantificable, que se deriva del prestigio del T. S., se produce otra vía, de más clara percepción, por la que jurisprudencia y principios generales se conectan: la aplicación práctica de los principios generales.

La doctrina refleja tal punto con meridiana claridad, lo cual me exime de ulteriores precisiones. Para Díez-Picazo, "la jurisprudencia tiene una muy notable misión cuando a falta de especiales normas legales o consuetudinarias, ha de llevar a cabo la decantación y aplicación de los principios generales del Derecho" (39); por su parte, Lalaguna estima que "la posibilidad de renovación de nuestro sistema por la acción de los principios generales del Derecho en el terreno de la interpretación queda encomendada a la jurisprudencia. Si algo significan esos principios es precisamente que la realización del Derecho no es una suma de aplicaciones estrictas de la ley sino un quehacer constructivo de la jurisprudencia" (40), o, más brevemente, "la valoración de los límites de aplicabilidad de las leyes y la posibilidad de una *interpretatio juris* a través de los principios generales del Derecho se confía a la jurisprudencia" (41), D'Ors concreta con claridad: "El artículo 1692 de la L. E. C. no... menciona para nada [a los principios generales del Derecho]; pero el Tribunal Supremo tiene establecida la doctrina de que los principios generales, para poder dar lugar a casación de la sentencia que no los observa, deben haber sido recogidos o por la Ley o por la doctrina legal. Así, pues, a efectos de casación, los principios generales se absorben en la ley o la doctrina llamada legal" (42). El punto relativo a la doctrina legal ya fue tratado anteriormente y por ello no es necesario volver sobre él.

Pienso que ha quedado suficientemente probada la veracidad de la siguiente afirmación de Lalaguna: "la consideración de la jurisprudencia como doctrina o criterio de interpretación de los Tribunales es sólo un aspecto de la actividad jurisdiccional" (43).

No se entienda que se pretende desorbitar al valor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, quede clara mi adhesión a las siguientes palabras del profesor De Castro: "según nuestra concepción jurídica, la aplicación de las normas supone una actividad creadora en cuanto que interpreta, da sentido, desarrolla y completa la ley; pero no significa conceder un poder arbitrario al juez para basar la sentencia

(38) *Ibidem*, pág. 97.

(39) Díez-Picazo, Luis, en *Comentarios...*, cit., pág. 133.

(40) Lalaguna, Enrique, *Jurisprudencia...*, cit., pág. 181.

(41) *Ibidem*, pág. 175.

(42) D'Ors, Alvaro, *Para una interpretación realista del artículo 6 del Código civil Español*, en *Studi in onore di Emilio Betti*, I, Milano, 1962, páginas 122-123.

(43) Lalaguna, Enrique, *Jurisprudencia...*, cit., pág. 40.

en sus particulares sentimientos o en sus utópicos ideales de legislador; se le confiere el *officium* de *cooperar* en la realización del Derecho, y en el cumplimiento de esta labor está sometido a las leyes y guiado por los principios generales del Derecho" (44).

Para resumir, en escasas ideas, qué es lo que se ha pretendido decir en este apartado, transcribiré las opiniones de dos autores, repetidamente citados: "La función que se asigna [a la jurisprudencia en el ordenamiento español vigente] es la de complemento o de integración del ordenamiento jurídico. No crea las fuentes de éste, pero le sirve de complemento" (45), o como afirma Albaladejo: "[La] importancia [de la jurisprudencia del T. S.], *de hecho*, es decisiva, en cuanto que, siendo el Tribunal Supremo el último escalón en nuestra organización judicial, si en un caso da determinado sentido a una norma jurídica, tal sentido prevalece en él, aun en el supuesto de que sea equivocado. Por ello hasta se puede decir, si se quiere, que, de hecho, la jurisprudencia es más importante que la norma jurídica en sí, pues prevalece —que es lo que prácticamente importa— no en el sentido que la norma tiene, sino el que la jurisprudencia le atribuye" (46).

b) *Ilegalidad de cualquier interpretación del artículo 42 realizada por órgano distinto del Tribunal Supremo.*

Parece necesario el explicar, en primer lugar, qué es lo que se pretende decir con el título de este epígrafe, en apariencia, tal vez, injustificado.

Si se entiende por interpretar, "como señala su etimología, mediación, modo de transmitir o hacer conocer el pensamiento entre dos seres" (47), es evidente que tal tipo de significado de la expresión "interpretar" impide que, en principio, una interpretación, sea cual fuere, sea ilegal.

Si se restringe el contenido de la interpretación al campo jurídico, consistente en "determinar por los signos externos el mandato contenido en la norma" (48), el problema plantea otros aspectos.

Empleo el término ilegalidad, no como prohibición legal de que se realice la interpretación, sino como prohibición legal de que tal interpretación goce de aplicabilidad general. En efecto:

Desde una perspectiva jurídica, y en un Estado moderno, el problema de quién puede determinar el mandato contenido en una norma, debe quedar, en una primera fase, restringida a los siguientes posibles intérpretes:

- 1.—La doctrina de los autores.
- 2.—La Administración Pública.
- 3.—El Parlamento.
- 4.—Los tribunales y jueces, excluido el T. S.
- 5.—El Tribunal Supremo.

(44) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil...*, cit., pág. 517.

(45) DÍEZ-PICAZO, Luis, en *Comentarios...*, cit., pág. 137.

(46) ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, cit., págs. 135-136.

(47) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil...*, cit., pág. 495.

(48) *Ibidem*.

1.—*La doctrina de los autores*

La doctrina de los autores es básicamente interpretación. El tratado, la monografía, el escrito jurídico no son otra cosa que un intento de interpretar la norma, o el ordenamiento. La tarea doctrinal no acaba en ese punto; una vez fijado lo que la norma prescribe, se deberá señalar la meta a alcanzar, y proponer la vía para alcanzarla, pero eso es otro tema.

El autor no sólo puede, sino que debe interpretar las normas, pero su interpretación sólo tendrá el valor que su propio prestigio le conceda. No tendrá valor ni tan siquiera para la resolución de un caso concreto, y, naturalmente, carecerá de aplicabilidad general.

2.—*La Administración Pública*

La Administración puede intervenir por dos vías en la interpretación, y ninguna de ellas es auténtica interpretación.

Como colegislador (empleo este término en un sentido distinto del habitual, y que quedará claro inmediatamente), es decir, proponiendo normas que más adelante el Parlamento transformará, de meros proyectos, en efectivas normas.

En ese supuesto, si el ejecutivo pretende interpretar no será tal lo que hace, lo único que el ejecutivo hará será legislar. Legislar en un campo en el que no se había legislado, o modificar la legislación vigente, pero nada más.

En otras ocasiones la Administración pretende actuar como "legislador"; básicamente: los Decretos, Ordenes acordadas en las comisiones delegadas del Gobierno, Ordenes ministeriales y Resoluciones o acuerdos.

Dado que en lo relativo al artículo 42 del Código civil las dos vías empleadas habitualmente para su "interpretación" han sido las Ordenes ministeriales y las Resoluciones, a ellas habrá que atender.

En otro lugar (49) he analizado el alud de Ordenes ministeriales que han pretendido interpretar el artículo 42 del Código civil. No volveré sobre ellas, pero trataré, una vez más, de situarlas en su lugar.

Las primeras Ordenes ministeriales que interpretan el 42 surgen para resolver un caso concreto. No obstante su vocación de particularidad, se exorbitó su alcance y pasaron a ser de aplicación general. Así, pues, doble violación del sistema: de una parte interpreta quién no es competente para interpretar, de otra se aplica una solución particular a un problema general.

De entre las Ordenes ministeriales que nacieron con vocación de universalidad cabe destacar la de 10 de marzo de 1941. Si en otros supuestos cabía excusar el intento de interpretar, el intento —logrado, desafortunadamente, en la práctica— de violentar no sólo el espíritu sino, incluso, la letra del 42, por la Orden de 10 de marzo de 1941,

(49) IBÁN, Iván C., *Matrimonio civil...*, cit.

merece muy duros calificativos. La orden del 41 es contraria a la ley, es ilegal, es nula de pleno Derecho; no se puede desprender de ello otra conclusión que el grave peligro que plantea una situación de un poder ejecutivo hipertrofiado, que ocupa ilegítimamente ámbitos jurídicos que no le corresponden.

La actividad resolutoria de la Administración Pública, en el campo del sistema matrimonial, ha venido monopolizada por la Dirección General de los Registros y del Notariado; confrontando las R. D. G. R. y N. con las Ordenes ministeriales hay que reconocer que no han caído en la ilegítima pretensión de ser de aplicación general directamente. La pretensión de obligatoriedad general se ha realizado de una forma más sutil e inteligente: pretendiendo crear jurisprudencia. En efecto:

La continua cita en una Resolución de anteriores Resoluciones, recuerda al método empleado por la jurisprudencia para convertir en "doctrina legal" sus anteriores sentencias. La única diferencia es que las R. D. G. R. y N. no son jurisprudencia.

La más prestigiosa doctrina deja claro tal punto; así, Albaladejo dice con acierto: "la jurisprudencia es sólo la que proviene del Tribunal Supremo, cualesquiera otras sentencias o decisiones del tipo que sea (resoluciones, acuerdos, órdenes, circulares, instrucciones, etc.) procedentes de otros centros u organismos (Abogacía del Estado, Dirección General de los Registros y del Notariado, etc. no son jurisprudencia" (50); en el mismo sentido —aunque refiriéndose específicamente a la doctrina legal— Lalaguna afirma: "no tienen valor de doctrina legal... las doctrinas contenidas en resoluciones de la Dirección General de los Registros, porque estas resoluciones no forman jurisprudencia en el sentido propio de la palabra" (51). La autoridad de la doctrina sentada por el profesor De Castro puede ser también traída a colación, en el mismo sentido, "no tienen valor de doctrina legal: a) Las opiniones de los autores, tratadistas y juriconsultos, por muy respetables que sean, si no están admitidas en tal concepto por la jurisprudencia... b) Las órdenes del Poder ejecutivo y las circulares e instrucciones dictadas por la Administración. d) La doctrina sentada por los abogados del Estado. c) Las resoluciones de la Dirección General de los Registros, «por respetables que sean, dada la cultura jurídica de aquel centro», ni las «resoluciones de los centros directivos»" (52).

3.—El Parlamento

Aunque no sea plenamente exacto, a estos efectos podemos identificar Parlamento y legislador (con las excepciones, antes señaladas, en las que la Administración Pública actúa como legislador).

En este sentido, no plantea ninguna duda que no corresponde —en

(50) ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, cit., págs. 129-130.

(51) LALAGUNA, Enrique, *Jurisprudencia...*, cit., págs. 55 y 57.

(52) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil...*, cit., pág. 563.

nuestro sistema jurídico— al Parlamento interpretar las normas, la misión que nuestro sistema encomienda al Parlamento es hacer las leyes, no interpretarlas. Cuando en 1958 —o en 1981— el legislador fija su atención en el artículo 42 del Código civil no lo interpreta, lo modifica.

4.—*Los tribunales ordinarios*

Los tribunales ordinarios ejercen una función interpretadora perfectamente legítima. Lo que ocurre es que, de una parte, tal función interpretadora sólo puede ser realizada en la resolución del caso concreto y no con vocación de universalidad, y de otra parte su interpretación debe de tratar de ajustarse a la que adoptaría el T. S. ante una situación análoga, pues en caso contrario correría el riesgo de que su sentencia fuese revocada. Ambos temas fueron tratados en el epígrafe anterior, y por eso no es necesario volver sobre ellos.

5.—*El Tribunal Supremo*

Que corresponde al T. S. interpretar las normas y que la interpretación surgida como consecuencia de la resolución de un caso concreto adquiere una validez general por diversas vías, son dos hechos demostrados en el anterior epígrafe.

Sólo señalaré que tal privilegiado lugar del T. S. deriva no sólo de las leyes (53), sino, y tal vez en mayor grado, de una decisión del propio T. S. Como ha señalado el profesor De Castro: "ha sido el mismo Tribunal Supremo el que de modo paulatino ha ido imponiendo la superioridad de sus fallos, para, al fin, recabar el monopolio de la formación de la jurisprudencia o —como, con menos precisión, se dice— de la doctrina legal.

Pronto empieza a destacarse la jurisprudencia del Tribunal Supremo y a adquirir predominio sobre la de las Audiencias, sobre todo por su cometido de unificarla. Las cuestiones de competencia, por su especial carácter, permiten que se declare, más de una vez, *que las sentencias del Tribunal Supremo de justicia, además de resolver las cuestiones concretas a que se refieren, deben servir de reglas a los jueces en casos análogos.*

En fin, la autoridad preponderante del Tribunal Supremo y el hecho de no publicarse las sentencias de los Tribunales inferiores, harán que el Tribunal Supremo reclame para sí el monopolio de formar doctrina legal a los efectos de casación" (54), o más brevemente "la mayor eficacia de la jurisprudencia reside en la autoridad del Tribunal Supremo" (55).

(53) «El valor de la doctrina jurisprudencial reside en la misión encomendada a nuestro más alto Tribunal de "formar, jurisprudencia" (artículo 1.782 L.E.C.)». Ibidem, pág. 568.

(54) Ibidem, pág. 562. El subrayado el mío.

(55) Ibidem, pág. 570.

Los juristas deben dedicar su atención a esclarecer el contenido normativo, pues así colaborarán eficazmente con el T. S., a efectos de que éste pueda realizar la justicia aplicando el Derecho, facilitándole nuevos instrumentos. Pero su interpretación sólo será eficaz (legal, en el sentido en el que aquí se ha empleado el término) en la medida en que sea adoptada por el T. S., en que sea "jurisprudencializada" —valga la expresión.

La Administración Pública, tiene una importante misión para lograr la aplicación de las leyes, debe transformar ese proyecto de actuación, que toda ley es, en algo operativo, mediante su desarrollo (p. ej., mediante Ordenes ministeriales); pero su labor es de mero desarrollo, no puede innovar, no puede violentar el contenido de la norma, no puede (es ilegal) contradecir el sentido que tiene la norma interpretada por el T. S. (56). La Dirección General de los Registros y del Notariado tiene una misión que cumplir en la aplicación del 42 del Código civil, pero en sus resoluciones no puede apartarse de la interpretación que del mismo haya hecho el T. S.

El Parlamento, si no considera adecuado el sentido que el T. S. da a la norma, debe reformar tal precepto, evitando la figura que permita la interpretación que él considera inadecuada. Pero eso no es interpretar.

Los Tribunales ordinarios deben interpretar la ley al conectar la realidad fáctica con la norma jurídica. Pero no deben apartarse de la jurisprudencia no sólo por razones prácticas (evitar la casación), sino porque deben interpretar la norma, y la norma está formada por la ley y la interpretación que de la misma haga el T. S.

Sólo pretendo señalar que, en definitiva, cualquier interpretación es lícita en sí misma; pero cualquier interpretación distinta de la realizada por el T. S., que es lícita, será ilegal (contraria al sistema jurídico) si pretende lograr una aplicabilidad general. Sólo la interpretación que el T. S. haga podría pretender, en los términos vistos, ser de aplicación general.

c) *Formas de interpretación de la Ley*

No se pretende, en este epígrafe, acometer la tarea de realizar un cuadro de las diversas teorías en torno a la interpretación, las diversas técnicas interpretativas, o las distintas clases de interpretación. Y ello por dos motivos: de una parte, constituye un trabajo que tiene escaso interés directo en el presente estudio; de otra parte, tal trabajo ha sido realizado en reiteradas ocasiones por la doctrina (57), y nada nuevo se aportaría.

(56) «Lo que introduce en la realidad el oficio judicial no son sólo decisiones singulares, sino también precisiones normativas que, en relación con el sentido general de los textos legales "aplicados", constituyen en alguna manera nuevas normas». LALAGUNA, Enrique, *Jurisprudencia...*, cit., pág. 103.

(57) Puede verse un lúcido y breve resumen en DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Compendio...*, cit., págs. 101-111.

Lo único que se pretende realizar aquí, es el explicar un hecho. Partiendo de la necesidad de interpretar el término "profesar la religión católica" del artículo 42 del Código civil, y del hecho —demostrado en los dos anteriores epígrafes— de que tal misión interpretadora corresponde, en nuestro sistema jurídico, al T. S. Alguna razón debe justificar la existencia de interpretaciones diversas de un mismo término, y por la misma institución.

El T. S. ha interpretado la expresión "profesar la religión católica" como se verá en el siguiente apartado, y la ha interpretado de diversas maneras. Señalar cuáles pueden ser las razones, de carácter general, que motiven interpretaciones diversas, por un mismo organismo, y de un mismo término, es la tarea que ahora se pretende acometer.

Un buen punto de partida para el razonamiento puede ser el conjunto de afirmaciones contenidas en el siguiente texto de Díez-Picazo:

"Todo, Juez..., al mismo tiempo que trata de adaptar a cada caso concreto los criterios de decisión enucleados en las normas, es decir, al mismo tiempo que «interpreta» las normas, se convierte en el portavoz o, si se prefiere, en el oráculo —es decir, en el intérprete— de un conjunto de formulaciones de valor vigentes de la comunidad en que él vive. Piensa y decide que es más justo y más benigno entender la norma equis de una determinada manera y, por lo tanto, decidir el caso concreto planteado de una determinada manera, porque así lo exigen esas formulaciones de valor vigentes en un mundo en el cual él participa. Y, si no nos engañamos, esa es la única instancia que legitima y justifica el conjunto de normas y decisiones: las creencias y las convicciones tenidas por válidas en una determinada comunidad" (58).

Como señala Díez-Picazo, los dos grandes soportes en los que el juzgador debe apoyar su labor interpretativa son la norma y la moral vigente. Tratemos de precisar el contenido de ambos soportes (que, tal vez, no son más que uno sólo).

El no jurista, al enfrentarse a la expresión norma jurídica, tiende —en nuestro mundo jurídico— a identificarla con precepto escrito. La primera actitud del jurista, ante tal identificación, es rechazarla de plano; pero tal actitud es igualmente errónea. La norma no es sólo el precepto escrito, pero no es algo ajeno al precepto escrito.

No pretendo defender un estéril e inoperativo legalismo (*ita scriptum est*), pero el desacuerdo con un legalismo no se puede transformar en una defensa a ultranza de un radical sistema de "derecho libre".

La ley (en el sentido de disposición positiva escrita), es un elemento básico que el juez en su cotidiana tarea no puede ignorar. La Ley de Enjuiciamiento civil, el Código penal y la Ley de Arrendamientos urbanos, pueden no ser *el* Derecho, pero sin duda, son Derecho.

Lo primero que el juez debe buscar es la ley aplicable al caso controvertido; lo primero que el juez debe hacer, cuando se solicita su intervención para anular un matrimonio civil en razón de que una de

(58) Díez-PICAZO, Luis, *Prólogo* a LALAGUNA, Enrique, *Jurisprudencia...*, cit., págs. 13-14.

las partes profesaba el catolicismo, es abrir el volumen en el que esté recogido el Código civil por la página en la que esté el artículo 42 de dicho Cuerpo legal. Encontrado tal precepto, comenzará la labor creadora de la jurisprudencia, pero el encontrar el artículo 42 es un paso previo a cualquier tarea posterior. El juez no puede ignorar que en un lugar de la legislación existe un precepto que es aplicable al caso controvertido.

La primera tarea del juzgador es encontrar la norma aplicable, y una vez encontrada, tratar de desentrañar el contenido de la misma. Esa norma siempre requerirá de una interpretación; tal vez sea cierto que "*in claris non fit interpretatio*", pero, ¿se produce en algún caso esa claridad?, ¿puede el legislador con antelación —incluso de siglos— plantearse un supuesto de hecho futuro y resolverlo con toda claridad? Creo que se me concederá que la respuesta adecuada es la negativa.

Una vez localizado el precepto aplicable es necesario descubrir "el sentido objetivo de la norma en su original designio, esto es, en su *ratio legis*" (59); como ha señalado el profesor De Castro: "antes de intentar averiguar el sentido de una norma es preciso saber qué es lo que se busca a través de los signos que la exteriorizan, qué es lo que se estima como la esencia de la norma... La esencia de la Ley, lo que le da valor jurídico en su *ratio*, que determina su *vis directiva*. El contenido de la Ley se centra, realmente, en su *fin jurídico*, esto es, en el fin inmediato o propósito organizativo concreto propuesto y en el fin mediato, general e implícito de dictarse para el bien común y para la mejor realización de la justicia" (60).

Lo que el juez debe buscar en la norma es su sentido, ya que "la norma jurídica —y en especial la ley— es una regla que contiene un sentido, y un sentido jurídico propio" (61). Pero no basta con descubrir —¿intuir?— el sentido del precepto aislado. No basta con descubrir, en nuestro ejemplo, que el artículo 42 del Código civil establece que entre los súbditos del ordenamiento español algunos tienen vedado el acceso al matrimonio civil (y que esto lo dice el artículo 42 no ofrece, para mí, ninguna duda); será necesario además determinar quiénes son esos súbditos. Y eso no se puede —no se debe al menos— deducir del mero análisis del artículo 42.

Un precepto legal no es un compartimento estanco aislado del resto, es un elemento (para el caso concreto, en el que resulta aplicable, de gran importancia), de una realidad, no sólo sociológica —que esto se verá más adelante— sino meramente legislativa. Es esto lo que quiere decir sin duda Lalaguna cuando habla de "la interna vinculación de la norma al sistema jurídico, incesantemente renovado por la acción directa del poder legislativo" (62). Y esto no requerirá de ulteriores precisiones si volvemos a nuestro ejemplo.

El juez de 1976 y el de 1979 que tiene que resolver un problema que atañe al artículo 42 del Código civil no resolverá de la misma ma-

(59) LALAGUNA, Enrique, *Jurisprudencia...*, cit., pág. 159.

(60) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil...*, cit., págs. 512-513.

(61) *Ibidem*, pág. 513.

(62) LALAGUNA, Enrique, *Jurisprudencia...*, cit., pág. 159.

nera. Su cambio de actitud resolutoria no se deberá a un cambio en el entorno sociológico del que participa, eso influye pero requiere más de un trienio; su cambio de actitud será, más simplemente, consecuencia de un cambio legislativo. El artículo 42 del Código civil es el mismo en 1976 y 1979. Pero la Constitución de 1978 introdujo un nuevo elemento en la legislación española: la libertad religiosa, que necesariamente influye en la interpretación jurisprudencial.

Pero no basta con descubrir la norma aplicable, desentrañar su contenido y ponerla en contacto con el resto de la legislación; hay que ponerla en contacto con el ordenamiento.

Una vez más debo acudir al profesor De Castro, para evitar largas explicaciones que él, magistralmente, resume en pocas palabras.

"El sentido de una ley no está creado sólo por ella, sino que resulta de su puesto en el ordenamiento; lugar y significado tampoco fijos o invariables, sino que pueden cambiar, en función de la situación actual de la norma en el ordenamiento jurídico.

Esta *variabilidad* de la interpretación no es una invención anarquizante de la escuela del Derecho libre, sino que resulta de la propia naturaleza del Derecho. La autoridad que da valor a la ley no es la del antiguo soberano, sino la de quien le mantiene hoy en vigor; la razón que justifica la ley no es el porque se diera en el momento de su promulgación, sino el valor que tenga y conserve en el ordenamiento actual, aquello en que pueda continuar sirviendo al bien común y a la Justicia.

La interpretación de la ley no es una investigación histórica, y es necesario reconocer que el sentido de una ley puede variar; pero esta variación no es presumible ni admisible arbitrariamente; el principio de seguridad jurídica mantendrá el sentido originario, aceptado en la vida jurídica, y sólo se admitirá su sustitución por otro cuando sea impuesto por nuevas leyes o por principios superiores...

Mediante la interpretación se busca el fin jurídico (sentido normativo) de la ley; como ésta no es un fin en sí misma, sino parte del plan jurídico para la organización de la sociedad, se debe investigar el fin que tiene o le corresponde en el ordenamiento, considerado éste en su totalidad; no sólo el fin inmediato de la norma, sino también el mediato o general (servir al bien común)...

El único procedimiento interpretativo adecuado a la naturaleza de las normas es, pues, el *finalista* o teleológico; que, además... es... el más respetuoso hacia la autoridad del legislador" (63).

"Para determinar la regla jurídica aplicable será, pues, preciso tener en cuenta la unidad del ordenamiento jurídico y que ni los artículos de un texto ni las leyes pueden entenderse ni aplicarse aisladamente, que hay que tener en cuenta todo el Derecho positivo vigente, en relación y dependencia respecto a los principios jurídicos fundamentales" (64).

Nada tengo que añadir.

(63) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil...*, cit., págs. 513-515.

(64) *Ibidem*, pág. 512.

Junto a la norma (la ley en el ordenamiento), un segundo soporte sirve de base a la labor interpretativa del juzgador: la moral vigente.

Entiendo la moral vigente en el sentido de costumbre (*mos, mo- ris*), de conjunto de valores vividos por una comunidad en un momento dado. En realidad la separación entre norma y moral no es exacta, y sólo será válida por razones metodológicas. (No me refiero solamente a la "legalización" de una forma de vida, a través de la costumbre. La moral vigente forma parte del ordenamiento en su devenir, siquiera sea como elemento impulsor).

El juzgador, al interpretar, no puede olvidar ese conjunto de valores vividos en una comunidad en un momento dado. Como señala, con acierto Lalaguna "[La actividad interpretadora viene condicionada por]... la posición crítica del intérprete, que se define no sólo en función de su educación jurídica y de las características técnicas propias de su oficio, sino también en función de la estructura social en la que existencialmente se halla inmerso" (65), y añade: "el intérprete encuentra... inicialmente centrada su labor en... comprobar si la significación original de la norma ha sido o no objetivamente alterada por efecto de cambios sobrevenidos en el orden social o en el orden jurídico" (66).

Pero el que se señale la importancia de la moral social como elemento integrador de la actividad jurisprudencial, no implica que se caiga en la frecuente equivocación de subordinar la ley y el juez al sentir social de cada momento.

El Derecho no es el resultado de un labor estadística y el juez no es el encargado de elaborar tal estadística. No niego la importancia que pueda tener la consulta a los miembros de una comunidad acerca de su sentir frente a una regulación jurídica concreta, su posterior objetivación numérica, y su tabulación para hacerla operativa. Pero eso será útil para el legislador, no para el juez. No se puede confundir el Derecho (y otras muchas cosas) con la estadística; no sólo porque, como dijera Disraeli, "existen tres tipos de mentiras: mentiras, grandes mentiras y estadísticas", sino porque existen unos valores superiores (sean cuales sean) a los que el Derecho debe tender.

En definitiva, el intérprete de la ley debe de realizar todo un amplio conjunto de tareas integradoras. Comprendido el supuesto de hecho que debe juzgar, pasará a buscar la disposición aplicable a tal caso, y una vez encontrada pasará a ponerla en contacto con el supuesto de hecho; pero esa conexión no es automática, el precepto no regula —nunca— el supuesto de hecho exacto. Debe interpretar, debe descubrir qué es lo que el precepto pretende decir *hoy* con respecto a la regulación de tal supuesto de hecho; para ello se deberá desentrañar el contenido de la norma, empleando diversos elementos: el propio texto de la ley, las interpretaciones anteriores de ese mismo precepto, el conjunto de normas que tienen relación directa con el precepto aplicable, la totalidad del ordenamiento y el espíritu que de él se des-

(65) LALAGUNA, Enrique, *Jurisprudencia...*, cit., pág. 159.

(66) *Ibidem*, págs. 159-160.

prende, el contorno sociológico real en que se ha desenvuelto el supuesto de hecho, etc. No son esos elementos aislados, su intercomunicación es múltiple, pero todos ellos —y otros muchos— deben ser tenidos en cuenta por el juzgador; para que así, mediante la aplicación del Derecho, se logre la finalidad del Derecho: la Justicia.

III.—LA INTERPRETACION DEL TERMINO "PROFESAR LA RELIGION CATOLICA" DEL ARTICULO 42 DEL CODIGO CIVIL

A) LA JURISPRUDENCIA MATRIMONIAL DESDE 1938

La II República había introducido en la legislación española una figura completamente nueva: el divorcio (67). Asimismo privó de efectos al matrimonio canónico (68), situación también nueva en el sistema normativo español, salvo el breve paréntesis abierto con la Ley de 18 de junio de 1870.

Una de las primeras preocupaciones del régimen vencedor en la guerra civil fue el desmontar el sistema jurídico elaborado por la República. Ello se logró mediante una legislación precipitada y muy defectuosa técnicamente.

En un período de tiempo inferior a una década, la legislación matrimonial española ve aparecer y desaparecer —y esto con notable imperfección técnica— dos instituciones esenciales para la conformación del Derecho de familia: el matrimonio civil obligatorio y el divorcio. Cualquier cambio legislativo brusco supone un aumento de la actividad jurisprudencial sobre la materia modificada; si este cambio es doble y de sentido contrario será fácil comprender la abundancia de jurisprudencia sobre la materia, así como el hecho de que la actividad relativa a matrimonios contraídos en tal época, llegue hasta nuestros días.

La jurisprudencia matrimonial del T. S. de las última cuatro décadas está formada en una gran parte por sentencias relativas a situaciones jurídicas surgidas al amparo de una legislación más tarde desaparecida. Existe, aunque no muy numerosa, una jurisprudencia que incide en el tema central de este trabajo: la interpretación del término "profesar la religión católica"; su análisis pormenorizado será realizado más adelante, pero junto a ella una jurisprudencia matrimonial no específica sobre tal extremo permite delinear la actitud de nuestro más alto Tribunal ante la institución matrimonial. Al análisis de tal jurisprudencia estarán dedicadas las próximas líneas.

La desaparición de la institución del divorcio supuso casi inmediatamente un conjunto de problemas a los que trató de hacer frente el legislador, sin conseguir en ocasiones otra cosa que aumentar la confusión al respecto. La jurisprudencia relativa a este extremo es abundante y se extiende desde los primeros momentos postbélicos hasta la actualidad.

(67) Ley de 2 de marzo de 1932.

(68) Ley de 28 de junio de 1932.

Las primeras sentencias del T. S. (S.T.S.) sobre la materia —S.T.S. 26-IV-40, S.T.S. 28-XI-40 y S.T.S. 12-III-42— están encaminadas a señalar la imposibilidad de tramitar demandas al amparo de la Ley de Divorcio. En fecha reciente se sigue aludiendo al tema: "nuestro sistema legislativo imperante en materia de matrimonio, es absolutamente opuesto a la disolubilidad del vínculo, sin que contra ello pueda prevalecer la L. 2 marzo 1933, que ha sido derogada" (69).

La declaración de nulidad de sentencias de divorcio plantea también algunos problemas a los que tiene que hacer frente el T. S., así, por ejemplo, cuando declara que "es obligatorio para la Audiencia... dictar sentencia declarando la nulidad de la del divorcio o la disolución de la unión civil, y no puede declarar otra cosa" (70).

La eficacia de sentencias de divorcio cuya declaración de nulidad no se ha solicitado es tema que también es planteado, y así el T. S. declara en Sentencia de 16-VI-44 que la partición de bienes realizada con motivo de un divorcio en 1933 debe ser respetada. La validez de la sentencia de divorcio de matrimonio canónico es reconocida directamente en S.T.S. 31-V-54. Y en el mismo sentido S.T.S. 4-VI-64, al declarar que no produce efectos civiles el matrimonio canónico seguido de divorcio durante la II República, siempre que no se haya solicitado la nulidad de la sentencia de divorcio (71). Incluso a las sentencias de divorcio no ejecutadas se les conceden algunos efectos; así, por ejemplo, en S.T.S. 4-V-65, que considera disuelta la sociedad de gananciales después de haberse dictado sentencia de divorcio (en 1933), aunque no fuese ejecutada. La posible eficacia de efectos de prueba de adulterio, de una sentencia de divorcio que así lo declaraba, viene señalada en S.T.S. 14-I-56. La no absoluta retroactividad en el caso de declaración de nulidad de la sentencia de divorcio es recogida en S.T.S. 17-I-62.

Algunas precisiones acerca del artículo 6 de la Ley de 8 de mayo de 1939 vienen realizadas en S.T.S. 6-VI-49, S.T.S. 15-III-69 y S.T.S. 25-X-72.

El T. S., en casación, en S.T.S. 1-XII-54, declara la nulidad de la sentencia de separación dictada durante la II República al amparo del artículo 1.º de la Ley de 23 de septiembre de 1939.

En Sentencia de 18-III-54, el T. S. declara que no podrá ser reconocido como hijo natural el concebido por varón divorciado civilmente de matrimonio canónico, ya que el matrimonio canónico subsiste a pesar de dicho divorcio; y todo ello sin indicar que la sentencia de divorcio hubiese sido anulada, lo que permite suponer que no lo había sido. Parece que el no conceder eficacia a tal sentencia de divorcio supone una contradicción con respecto a otras sentencias —señaladas más arriba— que sí la conceden. Y desde luego está en contradicción con S.T.S. 5-VI-50 que declara la inexistencia del delito de aban-

(69) S. T. S. 5-IV-66.

(70) S. T. S. 17-III-51.

(71) Un comentario a esta sentencia puede verse en DÍEZ-PICAZO, Luis. *Estudios sobre la Jurisprudencia civil*, III, segunda edición, Madrid, 1976, págs. 32-35.

dono de familia ya que existía una sentencia de divorcio no anulada con posterioridad.

La posibilidad de que se conceda la nulidad de un matrimonio civil, sin que se conceda la de la sentencia de divorcio canónico que lo possibilitó, es admitida en S.T.S. 26-IV-43.

La derogación de la Ley del Divorcio da, pues, lugar a una jurisprudencia bastante numerosa. Jurisprudencia que supone en muchos casos la concesión de una cierta eficacia a sentencias de divorcio, y ello aunque previamente hubiesen sido declaradas nulas.

Una fuente habitual de problemas en el ámbito del Derecho de familia está constituida por la introducción de un elemento extranjero. Bien que uno de los contrayentes sea extranjero; bien que el matrimonio se celebre fuera del territorio nacional, ya sea entre nacional y extranjero, ya sea entre nacionales; bien la decisión de un tribunal extranjero de conceder un divorcio; éstos y numerosos casos más suponen graves dificultades para la aplicación del Derecho español. El T. S. ha debido resolver estos problemas de Derecho internacional privado, bien aplicando las soluciones legisladas, bien supliendo las lagunas legislativas.

Las primeras sentencias, en materia matrimonial, del período estudiado aquí, en las que hay un elemento de extranjería, presentan junto a este problema el expuesto en las líneas anteriores: derogación de la Ley de Divorcio.

La S.T.S. de 12-III-42 declara la invalidez de divorcio en el extranjero de matrimonio canónico aún a pesar de "que al ser planteada la demanda en octubre de 1932 había sido incorporado a nuestro derecho el divorcio vincular" y ello porque "la legalidad entonces vigente ha sido derogada por la Ley de 23 de septiembre de 1939 que restableció las normas del Código civil referentes al matrimonio y divorcio, y a esta Ley habría de darse en el caso de autos efectos retroactivos por el sentido que la inspira, como afectada por el orden público".

La S.T.S. de 23-II-44 señala la posibilidad de disolver uniones civiles de personas divorciadas de anterior matrimonio canónico al amparo de la Ley de Divorcio; incluye también los supuestos en que uno de los cónyuges es extranjero. Doctrina en que se ratifica el propio T. S. en Sentencia de 12-V-44.

Con respecto a los posibles efectos de sentencia de divorcio dictada por tribunal extranjero durante la vigencia de la Ley de Divorcio, encontramos una postura más flexible en S.T.S. 13-III-69, con motivo de un doble recurso de casación a sentencia de la audiencia sobre juicio de nulidad de adopción.

La Sala de lo Penal del T. S. ha tenido que plantearse en numerosas ocasiones temas relativos a la validez de matrimonios en razón de que tal hecho es requisito para la existencia de determinados delitos: bigamia, parricidio, abandono de familia, etc. Es un hecho que la validez y subsistencia de un vínculo matrimonial es cuestión ajena a la jurisdicción penal y por ello el T. S. no entra a resolver tal extremo.

En S.T.S. de 6-VI-45 se resuelve —desestimando— un recurso de casación por inaplicación de precepto legal, contra sentencia de la Audiencia absolutoria del delito de bigamia y promovido por el Ministerio Fiscal. El hecho que se plantea es la existencia o no de tal delito al contraerse matrimonio canónico existiendo un matrimonio civil anterior celebrado en el extranjero; el procesado es absuelto por falta de dolo, sin que se entre a analizar la posible invalidez del primer matrimonio. Otro supuesto en el que tampoco es planteable la validez o invalidez de un matrimonio es el recogido en S.T.S. 17-IV-56 en recurso de casación contra sentencia resolutoria de juicio sobre *litis expensas*; el supuesto es, en este caso, un matrimonio celebrado en el extranjero por divorciada de canónico.

En S.T.S. 29-IX-61 se declara nulo un matrimonio celebrado en Bulgaria conforme al rito judío por no alegar que la legislación búlgara concede efectos civiles a un matrimonio religioso —el Derecho extranjero debe ser probado—. Lo que supone que no se considera nulo el posterior matrimonio civil celebrado en España.

La S.T.S. 14-XI-63 declara la nulidad por defecto de forma de un matrimonio civil contraído por españoles en el extranjero. El defecto alegado es el no haberse contraído ante el funcionario indicado en el artículo 100 del Código civil, sin entrar "a examinar la aplicabilidad del derecho vigente en 1914 [fecha en que se contrae] acerca de la obligación de contraer canónicamente aquéllos que profesan la religión católica" (72).

La nulidad e inexistencia de un matrimonio civil por defecto formal es problema planteado también en el proceso que finaliza con S.T.S. 2-XI-65 (73).

Otros casos de sentencias del T. S. relativas a Derecho matrimonial en las que existe un elemento extranjero son las de 29-V-70, 7-III-72 y 22-XI-77.

Desde la promulgación de la Ley de Matrimonio civil, y hasta su derogación, el único matrimonio que producía efectos civiles era el matrimonio civil. Pero, sin embargo, el hecho de que no se concediesen efectos civiles al matrimonio canónico no impidió que se celebrasen varios de ellos; si iban seguidos de un matrimonio civil —entre los mismos cónyuges, se entiende— no planteaba ningún problema. Los problemas surgían cuando se contraía exclusivamente matrimonio canónico. Dichos matrimonios no tuvieron ninguna relevancia en su momento —ello es evidente—; sin embargo, más tarde se les concedió validez. No expondré cuál es la solución legislativa que se dio, pues la legislación no es el objeto del presente estudio. Me limitaré a señalar las sentencias del T. S. más importantes que inciden sobre el tema.

(72) ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio, *El sistema...*, cit., pág. 958. Puede verse un amplio comentario de esta sentencia en DÍEZ-PICAZO, Luis, *Estudios...*, cit., págs. 27-30.

(73) Un comentario a la misma puede verse en PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Matrimonio...*, cit.

El ámbito de aplicación del artículo 2.º de la Ley de 12 de marzo de 1938 viene descrito en S.T.S. 31-III-64 en estos términos: "al disponer el art. 2.º de la Ley de 12 de marzo de 1938 que «los matrimonios canónicos celebrados durante la vigencia de la de 28 de junio 1932 producirán todos los efectos civiles desde su celebración», no limitó su eficacia y alcance a los que afectasen a la validez del vínculo contraído, relaciones paterno-filiales o de índole puramente familiar, sino que extendió su contenido a cuantos derechos y obligaciones regulaban dicha institución el Derecho civil común o foral, con anterioridad a la promulgación de la norma que dejaba sin vigor".

Una S.T.S. de 24-II-58 desestima un recurso de casación por infracción de ley, interpuesto contra sentencia de la Audiencia absoluta del delito de abandono de familia. El matrimonio ante el que nos encontramos es un matrimonio canónico celebrado el 16 de mayo de 1935, por lo tanto un matrimonio que no tuvo ninguna eficacia civil en el momento de su celebración. Sin embargo, no es ésta la causa aducida —la inexistencia civil de tal matrimonio religioso en el momento de su celebración— para afirmar la inexistencia del delito. Ante esto se puede afirmar que tal matrimonio es válido para el T. S.

Una solución idéntica es adoptada en S.T.S. 30-III-60 al señalar que "no puede alegar la procesada la creencia de hallarse disuelto el anterior matrimonio [un matrimonio canónico en 1933], pues para admitir tal supuesto es preciso que se apoye en muy robustas presunciones" y el T. S. no considera suficiente el hecho de que tal matrimonio se contrajese en un período en el que no tenía ninguna eficacia civil.

En S.T.S. 28-IX-64 se produce un supuesto de hecho y una solución prácticamente iguales.

Un supuesto de hecho similar se encuentra en S.T.S. 9-VI-75: dos matrimonios canónicos, y uno de ellos contraído en 1934. No se entra, sin embargo en el análisis de si hay o no delito de bigamia —que es lo que da origen al juicio— pues, en cualquier caso, el delito había prescrito.

Si los matrimonios canónicos celebrados con anterioridad al 18 de julio de 1936 son considerados como válidos, con mayor razón lo serán aquéllos celebrados en la zona republicana, durante el desarrollo de la guerra civil; tal es el caso de los matrimonios a los que se alude en S.T.S. 13-III-62 y S.T.S. 21-XII-63.

Por lo tanto, es evidente que el T. S. aplica a este respecto la legalidad impuesta por la Ley de 12 de marzo de 1938. Esto supone que los matrimonios canónicos contraídos en el período transcurrido entre la Ley de 28 de junio de 1932 y la Ley derogatoria, fueron nulos desde el momento en que se contrajeron hasta el 12 de marzo de 1938, y a partir de ese momento fueron válidos. Desde luego, los matrimonios canónicos contraídos con posterioridad a tal Ley en cualquier zona del territorio nacional tuvieron plena eficacia civil.

La jurisprudencia a este propósito es abundantísima (74). Tal vez,

(74) No se mencionarán ahora las sentencias objeto de análisis en el

como resumen de la misma, sirvan estas frases de S.T.S. 29-V-64: "ni el Codex Juris Canonici promulgado por la Constitución Apostólica Providentissima Mater de S.S. Benedicto XV, cuando establece de acuerdo con las reglas consignadas en los números 3 y 11 del Decreto *Ne Temere* de Pío X de 2 de agosto de 1907, como única forma válida de matrimonio para los católicos, el contraído antes las Autoridades eclesiásticas (Cánones 1094 y 1099), ni el Concordato concordado con la Santa Sede en 27 de agosto 1953, ratificado en 26 de octubre siguiente, por el que el Estado español reconoce la plenitud de los efectos civiles a tales uniones conyugales y la competencia de los Tribunales de la Iglesia en las causas relativas a su nulidad y se obliga a abolir cuantas disposiciones legales o reglamentarias se opongan a su contenido ni aun siquiera la L. 12 de marzo de 1938, que derogó la de 28 de junio de 1932, declaran nulos y sin eficacia jurídica los celebrados civilmente durante la vigencia de esta última de 1932, tanto porque no contiene ninguna norma específica que lo disponga ni son susceptibles de aplicación retroactiva conforme a lo prescrito en el artículo 3.º del Código civil, como porque dicho Texto Canónico y Concordato, no originan por sí mismos el nacimiento de acciones ejercitables ante la jurisprudencia ordinaria al haberse limitado el legislador respecto al primero a concederle el paso mediante el Real Decreto de 19 de mayo de 1919 y circunscribir su aplicación a los vínculos estrictamente canónicos sin extenderse a los restantes que se sustrajeron a su alcance y contenido por la regla 11 núm. 3 del Decreto *Ne Temere* y párrafo 2.º del canon 1099 y al integrar el último un mero compromiso adquirido por los poderes públicos de acomodar la legislación vigente sobre tal materia y en especial el título IV, del libro I, del Código mencionado a las disposiciones consignadas en el Protocolo concertado".

Son muy numerosas las sentencias en las que, en contra de la pretensión del demandante o del demandado, se declara la validez de matrimonios civiles contraídos durante la República. Así, la S.T.S. 24-XI-43 declara la existencia del delito de bigamia al haberse contraído matrimonio canónico subsistiendo el civil contraído durante la República. Ante un supuesto de hecho similar se encuentra la S.T.S. 29-XI-44, si bien en este caso no se estima la existencia de tal delito por ausencia de dolo específico, ya que "el cura párroco que había de autorizar el sacramento [el segundo matrimonio, que es el matrimonio canónico]... no sólo expresó su creencia de que podían casarse los procesados, sino que posteriormente procedió a la celebración del matrimonio".

En S.T.S. 30-VI-52 se declara, en línea similar, que habrá abandono de familia si no se atiende económicamente al cónyuge e hijos de matrimonio civil contraído en 1932.

El 14-VII-53 se produce una sentencia en el T. S. de singular im-

segundo epígrafe de este apartado. Es decir, aquellas sentencias en las que se pretende obtener la nulidad del matrimonio civil contraído durante la República en razón del hecho de la profesión del catolicismo.

portancia; transcribiré *in extenso* alguna de sus frases más significativas:

”El [matrimonio] civil existente... que cuando se contrajo era el único que estimaba nuestra legislación de entonces como legítimo y para el que no existía por lo tanto el impedimento dirimente establecido en el artículo 51 del Código civil, ha pasado al empezar a regir dicha Ley a ser un segundo matrimonio, un segundo matrimonio [había un matrimonio canónico de junio de 1937, el civil es de julio de ese mismo año] al que afecta tal impedimento, lo que da lugar a la primera y más trascendental de las cuestiones planteadas en este recurso, o sea, la de decidir si es de aplicación a este matrimonio lo establecido en el artículo 51 citado o lo prevenido en el 69 del mismo cuerpo legal, y teniendo en cuenta que el primero de dichos preceptos se refiere al caso de que uno de los cónyuges al contraer matrimonio estuviera ya casado legítimamente, *lo que no ocurría cuando se celebró este matrimonio civil por tener en aquel tiempo sólo un carácter sacramental el matrimonio canónico*, y que era cuando se contrajo y muchos meses después en el tiempo en que fueron concebidas las dos hijas de este matrimonio, el único con efectos civiles que existía, no puede aplicarse a esta unión civil esa disposición por referirse a otro supuesto, y es por el contrario el artículo 69 el aplicable, pues por su carácter general comprende todos los casos de nulidad de matrimonio establecidos en el Código civil por impedimentos dirimientes que no sea la concretamente prevista y sancionada en el artículo 51”.

No entraré en el tema de si es adecuada la solución de no aplicar el artículo 51. Lo que considero importante ahora, es señalar que a tenor de la frase subrayada un matrimonio canónico contraído en el año 1937 —después del 18 de julio de 1936— es considerado como incapaz de producir efectos civiles.

Solución similar es adoptada en S.T.S. 22-III-56.

En el mismo año se marca una regla general en S.T.S. 27-XII-56: ”la validez y eficacia de... [un] matrimonio ha de ser analizada conforme a las disposiciones legales que la regulasen en la fecha de ser contraído y las dictadas con posterioridad”. Es decir, se reconoce la posibilidad de que la legislación matrimonial tenga carácter retroactivo, pero la alusión a ”las disposiciones legales que lo regulasen en la fecha de ser contraído”, parece indicar que en el caso de no señalarse expresamente la retroactividad de la norma posterior, será de aplicación la norma vigente en el momento de contraerse.

La S.T.S. 14-I-55 estima la existencia del delito de bigamia por contraer matrimonio canónico en 1944 habiéndose contraído civil en 1932. También S.T.S. 2-I-57 considera que existe dicho delito, si bien en este caso el matrimonio civil se ha contraído en marzo de 1938 —no se especifica en qué zona.

Ahora bien, el hecho de que se reconozca la validez de los matrimonios civiles contraídos al amparo de la legislación republicana no implica el que se admita que tal es la legislación aplicable al matrimonio en su desarrollo —o, con otras palabras, la legislación republicana

sería aplicable al matrimonio *in fieri*, no al matrimonio *in facto esse*—, especialmente en lo que se refiere a la indisolubilidad, tal es el sentido de S.T.S. 5-III-57 (75).

De hecho hay sentencias del T. S. posteriores a la guerra civil en las que se aplican —indicándolo expresamente— las normas republicanas; así, por ejemplo, S.T.S. 26-XI-57, al decir: "el artículo primero regla sexta de la Ley de matrimonio civil de 8 de junio de 1932 bajo cuya vigencia se celebró el matrimonio de autos, prescribe que este acto se celebrará en la forma prevenida en el artículo 100 del Código civil".

Otras sentencias en las que se reconoce la validez de los matrimonios civiles contraídos durante la República son las siguientes: S.T.S. 3-XII-57, S.T.S. 29-IX-58, S.T.S. 5-III-59, S.T.S. 18-III-60, S.T.S. 26-IV-60, S.T.S. 24-II-62 y S.T.S. 10-VI-72. El supuesto de hecho habitual que da lugar a tales sentencias es la existencia de un matrimonio civil contraído al amparo de la legislación republicana, y su pretendida nulidad para evitar la condena bien por abandono de familia, o bien por bigamia (si es seguido de un nuevo matrimonio, generalmente canónico). Muchas de las sentencias son absolutorias, pero no en razón de la nulidad del matrimonio civil, sino en razón de la ausencia de dolo específico.

La S.T.S. 14-IV-43 considera que un matrimonio civil posterior al 18 de julio de 1936, contraído en zona gubernamental, es válido, y, por tanto, hará surgir el delito de bigamia. La fecha 18 de julio de 1936 parece no tener especial trascendencia, a estos efectos, para esta sentencia; por el contrario, es considerada como fecha clave por S.T.S. 22-III-45. Postura opuesta a S.T.S. 14-IV-43 acerca de la validez del matrimonio es adoptada por S.T.S. 12-XI-47, que considera hijos naturales a los de un matrimonio civil contraído en circunstancias similares.

En apariencia existe una doctrina muy vacilante en el T. S. acerca de la validez de los matrimonios civiles contraídos durante la guerra. Tal vacilación tal vez sea sólo aparente, pues su análisis se hace muy difícil en razón de que son escasas las sentencias en las que se explican los hechos con la suficientes claridad como para determinar si el matrimonio se realiza al amparo de la legislación republicana o bien en la llamada zona nacional, se pueden ver a este propósito de las ya citadas S.T.S. de 27-I-56, 23-X-57, 18-III-63 y 22-IV-69.

La posibilidad de trazar una línea evolutiva en la jurisprudencia del T. S. sobre la materia aparece aún más difícil cuando nos encontramos con sentencias en las que se refieren a matrimonios civiles sin especificar si se han contraído durante la vigencia de la Ley de 1932 o en otro período; así ocurre en las S.T.S. de 18-II-42, 19-VI-45, 22-II-64, 18-IV-66, 16-II-70 y 8-IV-75.

(75) Parece importante señalar que en esta sentencia el T. S. se muestra partidario de la consideración del matrimonio como institución, en efecto, así lo hace al afirmar: «La concepción social que ha prevalecido, frente al matrimonio contrato ha elevado el matrimonio "institución" formado por un conjunto de reglas de Derecho esencialmente imperativas».

La S.T.S. 9-II-54 resuelve un caso infrecuente en la jurisprudencia matrimonial. Los hechos son los siguientes: el día 28 de enero de 1936 A y B contraen matrimonio civil, y el 29 del mismo mes y año lo contraen canónico. El 7 de julio de 1947 el Tribunal Eclesiástico de la Diócesis de Madrid-Alcalá decreta la nulidad del matrimonio. La Audiencia considera que tal nulidad sólo alcanza al matrimonio canónico. En casación el T. S. afirma: "conforme al preciso sentido de lo ordenado por [la Ley de 12 de marzo de 1938] no es posible admitir que declarado nulo el matrimonio canónico celebrado por los litigantes subsista entre éstos el vínculo civil"; y continúa más adelante: "la declaración de nulidad de matrimonio... [produce] su principal efecto, que es el de disolver el vínculo". Del texto de la sentencia —cuya transcripción completa parece innecesaria— resulta difícil dilucidar si lo que ocurre es que el matrimonio civil es nulo y así lo declara el T. S. o bien que el matrimonio civil es nulo y así lo declaró el Tribunal del Arzobispado.

De ser correcta la primera hipótesis, resulta sorprendente que el T. S. declare la nulidad sin aducir causa alguna de tal nulidad. De ser cierto lo segundo, ello implicaría que los tribunales eclesiásticos eran competentes para declarar la nulidad de matrimonios civiles —lo que, en todo caso, sólo sería cierto para los matrimonios canónicos en forma civil.

Nada se puede deducir del tenor de la sentencia que permita descubrir cuál es la postura adoptada por el T. S. respecto a tal extremo.

La solución aparece mucho más clara años más tarde, cuando el T. S. casa una sentencia de la Audiencia sobre nulidad canónica en forma civil; transcribiré las dos sentencias del T. S. de 27-V-67.

— Primera sentencia:

"CONSIDERANDO: que decretado por la jurisdicción eclesiástica que el matrimonio civil celebrado entre los hoy litigantes e inscrito como tal en el Registro Civil, es verdadero matrimonio ante la Iglesia Católica pero afectado del impedimento dirimente de disparidad de cultos, e instada su ejecución ante la jurisdicción civil fue denegada por el juzgador «a quo» por cuanto se trata de un matrimonio civil sobre el que carece de competencia el Tribunal eclesiástico, y contra esa denegación se interpone el presente recurso que, en su único motivo, basado en el artículo 1695 de la L. E. Civ. denuncia la violación de los artículos que cita del Concordato, del Código de Derecho canónico y del civil, al dictarse una resolución contradictoria con lo ejecutoriado.

CONSIDERANDO: Que al adaptarse al Concordato de 1953 los preceptos del Código civil por la Ley de 24 de abril 1958, y modificarse, entre otros de dicho cuerpo legal, el artículo 80, éste, en su nueva redacción, atribuye a la jurisdicción eclesiástica competencia exclusiva para conocer de las causas matrimoniales, por lo que siempre que un matrimonio merezca la calificación de canónico según el derecho de la Iglesia, será competente la jurisdicción eclesiástica, para conocer las causas que puedan dimanar de él, competencia que sólo

puede discutirse mediante la interposición del recurso de fuerza en conocer, que pudo formularse y no se utilizó, y como los Tribunales civiles no pueden enjuiciar la actividad de los eclesiásticos ni menos decidir sobre los efectos, cualesquiera que sean, atribuidos al juicio canónico, es claro que el denegar la ejecución amparado en una supuesta incompetencia, no planteada en forma legal, es un procedimiento irregular que no puede ampararse, y por ello, al no poder desconocerse la eficacia de la resolución canónica, se han cometido las infracciones que este motivo denuncia, lo que impone su estimación con los pronunciamientos del artículo 1745 de la ley procesal.”

— Segunda sentencia:

”CONSIDERANDO: Que tanto el concordato vigente como el Código civil reconocen la competencia exclusiva de la Iglesia para conocer de las causas en que se trate del vínculo matrimonial, e incluso la declaración de que un matrimonio inscrito como civil fue desde el principio canónico, que es lo que la doctrina científica denomina «matrimonios canónicos en forma civil» y permite el artículo 263 del Reglamento del Registro Civil de 14 noviembre 1958 y como esto es lo que resuelve la resolución canónica de cuya ejecución se trata, al declarar que el matrimonio civil inscrito es verdadero matrimonio ante la Iglesia, pero nulo por estar afectado de un impedimento dirimente de disparidad de cultos, no puede haber ningún obstáculo para darle efectos civiles, por lo que procede la ejecución solicitada.

CONSIDERANDO: Que al no disponer la ejecutoria eclesiástica nada relacionado con la situación de la hija del anulado matrimonio, no puede en este procedimiento accederse a lo interesado en el otro sin perjuicio de que por los adecuados trámites ejerciten los interesados los derechos que estimen pertenecerles mediante el planteamiento de las acciones pertinentes.”

Las sentencias son lo suficientemente claras como para hacer innecesario cualquier comentario (76).

En estas S.T.S. inmediatamente transcritas se plantea un problema que es habitual fuente de jurisprudencia matrimonial, los problemas competenciales entre jurisdicción eclesiástica y estatal. La mención de algunas sentencias bastará para corroborar esta afirmación y descubrir, en lo más principal, la actitud del T. S.

— S.T.S. 24-VI-49:

Es competencias de los Tribunales Eclesiásticos en virtud del canon 1132 determinar a cargo de quiénes han de quedar los hijos en caso de separación.

La jurisdicción civil debe ejecutar un Decreto de la eclesiástica si “contiene pronunciamientos que le hacen merecer por su fondo el concepto de sentencia”.

— S.T.S. 7-X-49:

”De perfecto acuerdo la legislación eclesiástica y la civil establecen en los cánones 1016, 1960 y 1961 del Código de Derecho canónico y

(76) No obstante, vid. ARECHEDERRA, Luis, *Formas...*, cit.

los artículos 68, 80 y 81 del Código civil que de las causas matrimoniales deben conocer exclusivamente los Tribunales eclesiásticos y de sus efectos meramente civiles, como son la separación de los cónyuges, depósito de la mujer y de los hijos, fijación de alimentos y protección en los bienes materiales, los Tribunales civiles.”

— S.T.S. 3-III-50:

”Si... los efectos civiles de las demandas y sentencias sobre nulidad de matrimonio o divorcio sólo pueden obtenerse ante los Tribunales ordinarios [y no ante los eclesiásticos] con mayor motivo han de corresponder a éstos las medidas provisionales que como propios de la jurisdicción voluntaria se previenen y regulan por la ley procesal civil, siendo en este sentido disposición terminante la que contiene el... artículo 81 del Código [civil].”

— S.T.S. 20-X-54:

Un tribunal civil puede entrar a ”resolver el problema sobre si una mujer católica, casada canónicamente, puede ser nunca cónyuge legítimo de otro marido posterior sin que la Iglesia Católica haya disuelto el primer matrimonio”.

— S.T.S. 17-XI-61:

”Es obvio en nuestro Derecho positivo en virtud de las normas concordadas con la Santa Sede, reflejadas con suma claridad en el Código civil, que las declaraciones sobre la existencia, validez o nulidad de los matrimonios canónicos sólo puede impetrarse ante los Tribunales eclesiásticos, únicos con jurisdicción para valorar los problemas controvertidos sobre el vínculo por la específica materia a dilucidar; y si ante los de orden estatal se invocan tales peticiones con el fin de servir de base para hacer otras propias de estos últimos... las primeras ostentan el carácter de prejudiciales de las últimas, con la indeclinable consecuencia de ser previamente sometidas en función jurisdiccional a la sede que su intrínseca naturaleza exige.”

— S.T.S. 3-VI-66:

”El trámite llamado de ejecución, a efectos civiles, de una sentencia de separación matrimonial, dictada por un Tribunal Eclesiástico de acuerdo con lo establecido en los artículos 80 y 82 del Código civil [es] trámite de naturaleza especialísima, ya que los Tribunales civiles no se limitan a ejecutar en sentido estricto las resoluciones emanadas de la jurisdicción canónica, sino que, en virtud de lo que se ordena por el legislador en el segundo de los citados preceptos, determinan y regulan las consecuencias meramente civiles de la separación —o de la nulidad en su caso— resolviendo con jurisdicción propia los distintos problemas que cada situación matrimonial plantea en particular, para lo que habrá de utilizar las normas específicas contenidas en la legislación civil y sobre todo con autonomía de criterio y de procedimiento con respecto a la resolución anterior.”

— S.T.S. 18-X-67:

El recurrente señala como documentos auténticos: ”Testimonio del Tribunal Eclesiástico del Arzobispado de X... y... sentencia de dicho

Tribunal Eclesiástico" lo que "a efectos casacionales, han de rechazarse... [por ser] relativos a la jurisdicción Eclesiástica por no vincular en manera alguna a la Ordinaria".

— S.T.S. 29-XI-68:

El recurrente plantea la "trascendencia que en la apreciación de la prueba, pueda tener la invocación de una copia de la sentencia del Tribunal de la Rota Española... que declaró no haber lugar a la nulidad del matrimonio postulado por el demandado". El T. S. no entra en el tema.

— Auto de 4-X-71:

"En la llamada ejecución a efectos civiles de las sentencias canónicas de separación o nulidad de matrimonio, la actividad de los Tribunales civiles, no se limita a ejecutar en sentido estricto, sino que, en virtud de lo que ordena el legislador en el artículo 82 del Código civil, determinan y regulan las consecuencias meramente civiles de aquéllas, resolviendo con jurisdicción propia, después de la ponderada valoración de los intereses en juego, los diferentes problemas que cada situación familiar plantee en particular, utilizando las normas específicas contenidas en la legislación civil, con autonomía de criterio y de procedimiento respecto de la resolución canónica."

— S.T.S. 11-XI-71:

"Esta jurisdicción [la penal] no es competente para determinar la validez o invalidez de un matrimonio canónico, siendo en este sentido terminante el mandato del artículo 5.º de la L. E. Crim., que en el caso de que oportunamente el recurrente hubiera planteado la cuestión prejudicial de la validez del primer matrimonio que contrajo, hubiera obligado a remitir la cuestión a la Jurisdicción Canónica."

— S.T.S. 29-IV-74:

"[El recurso no procede]... porque la firmeza de las resoluciones en el Derecho procesal canónico se basa en el principio llamado de la doble instancia conforme y habiendo sido dictadas dos sentencias no coincidentes... hasta que no exista fallo definitivo del Tribunal eclesiástico que decida si la esposa es o no culpable de la separación, las medidas provisionales sobre la guarda y custodia de los hijos adoptadas por el juzgado de Primera instancia... habrán de continuar vigentes... por lo que en el presente procedimiento de ejecución de sentencia canónica, no cabe hacer pronunciamiento alguno sobre la situación de las... hijas."

Después de este veloz recorrido por la jurisprudencia matrimonial de las cuatro últimas décadas, al menos una idea aparece clara. Una idea, no en torno al modo de solucionar jurisprudencialmente los conflictos, sino al porqué esos conflictos surgen.

Los conflictos en Derecho matrimonial que deban ser resueltos judicialmente tienen su origen en la colisión de dos sistemas normativos distintos —recordemos nuestra ubicación espacial: España; y temporal: 1938-1978—. Tres posibilidades de colisión existen, a saber:

a) Sistema normativo del foro en el momento de aplicación de la norma *versus* sistema normativo español en el momento en que se inicia o finaliza la relación matrimonial.

b) Sistema normativo del foro en el momento de aplicación de la norma *versus* sistema normativo extranjero en el momento en que se inicia o finaliza la relación matrimonial.

c) Sistema normativo del foro en el momento de aplicación de la norma *versus* sistema normativo canónico.

El campo, es obvio, no se agota en estos tres casos; hay ocasiones en el que el enfrentamiento es doble o triple: divorcio en el extranjero de españoles que contraen matrimonio canónico durante la vigencia de la Ley de Matrimonio Civil, pero en realidad no es otra cosa que una combinación de las anteriores. Hay supuestos en que no se puede realizar tal encuadramiento: juicio de separación de matrimonio civil, contraído poco tiempo antes del juicio, de acatólicos españoles. Pero tales casos son escasísimos y es muy raro que lleguen al T. S. por un doble motivo: 1.º) La abrumadora mayoría de matrimonios canónicos frente a los civiles y por lo tanto la competencia casi exclusiva de la jurisdicción canónica frente a la civil en materia matrimonial. 2.º) De plantearse algún supuesto en el que fuese competente la jurisdicción civil suele quedar resuelto en instancias inferiores.

Reflexionemos brevemente sobre cada una de las relaciones. El primer supuesto puede considerarse peculiarmente español.

Para que tal tipo de conflicto exija la frecuente intervención del más alto órgano judicial de un Estado, es necesario que exista un cambio legislativo brusco y técnicamente imperfecto, y tal es el caso del sistema español. Es difícil encontrar un ordenamiento en el que, en tan breve plazo de tiempo, se pase de un sistema matrimonial en el que el matrimonio canónico tenga efectos civiles, y no exista divorcio, a otro en el que el único matrimonio posible sea el civil y se permita el divorcio, para volver más tarde a un sistema similar al anterior. De hecho es difícil encontrar algún ordenamiento en el que habiendo existido el divorcio posteriormente se suprima.

Así, en este primer apartado se debería incluir esa larga lista de sentencias que, desde los primeros momentos postbélicos hasta la actualidad, tratan de resolver los problemas surgidos de matrimonios contraídos o acabados durante la vigencia de las Leyes de Matrimonio Civil y de Divorcio.

La segunda relación es un problema típico de Derecho internacional privado, problema en el que se ven envueltos todos los Estados. Estaría formado —en nuestro caso concreto— por el conjunto de sentencias en las que en el supuesto de hecho se ha introducido un elemento extranjero. Tema, pues, de Derecho internacional privado y al que se deben aplicar los esquemas de tal disciplina jurídica.

Si la primera relación era —prácticamente— peculiar del Derecho español, y la segunda es común a todo ordenamiento, la tercera no es, ni lo uno, ni lo otro.

Desde una perspectiva estatal, y es ésta la perspectiva que se

adopta en este trabajo, el conflicto Derecho estatal *versus* Derecho canónico sólo se puede dar en aquellos supuestos en que se reconozca, por parte del Estado, una cierta eficacia al ordenamiento canónico; históricamente el Derecho canónico monopolizaba la regulación de la institución matrimonial; situación que se acaba con la aparición del matrimonio civil, que progresivamente va ocupando mayores parcelas para —en algunos países— acabar monopolizando toda la regulación matrimonial. En España estamos (desde 1938 a 1978) en un momento en el que ambos ordenamientos (el canónico y el estatal) comparten la regulación matrimonial, y ello porque así lo quiere el ordenamiento estatal (77).

Como consecuencia de esa duplicidad de regulaciones vigentes surgen problemas de competencia a los que tiene que dar solución el poder judicial. Así, pues, en este tercer grupo tendrían cabida todo aquel conjunto de sentencias del T. S. que tratan de delimitar el ámbito de aplicación de los ordenamientos canónicos y civil.

Distribuida así la jurisprudencia del T. S. serían escasísimas las sentencias "atípicas", no encajables en ninguno de los grupos tipificadores.

Concebida así —como enfrentamiento de sistemas— la jurisprudencia matrimonial, tal vez parecería que de la jurisprudencia matrimonial española se desprende la idea de que el juez español pretende "defenderse" de las influencias externas al ordenamiento estatal vigente. Tal impresión sería falsa; el juez español en numerosas ocasiones acude a estos sistemas normativos distintos del propio, a la hora de formular sus sentencias. A muchas de ellas se ha hecho referencia más arriba, y aludiré a tres más; cada una relativa a los tres grupos de sistemas distintos de los del foro.

— S.T.S. 28-II-63. Ordenamiento del foro *versus* ordenamiento español de la II República:

· Se cita jurisprudencia de la II República;

"CONSIDERANDO: Que el motivo primero del recurso, amparado en el núm. 1.º del artículo 1692 de la L. E. Civ. denuncia la violación del artículo 105 causa 2.ª del Código civil que, a juicio de la parte recurrente comete la sentencia impugnada al entender que para que puedan servir de soporte a la causa segunda de dicho artículo «no basta la existencia de unos malos tratos únicos y aislados..., sino que es preciso la reiteración de los mismos en forma tal, que revelen y señalen la violencia como marco dentro del cual se desenvuelvan y desarrollan las relaciones conyugales», porque según dicha parte recurrente, tal precepto no exige esa reiteración, ya que como proclama la sentencia de 1.ª instancia —que la recurrida revocó—, «es bastante el maltrato de obra, grave o no, una sola vez o varias, siempre que revele según la S. del T. S. 3 febrero 1934, la falta de mutuo afecto y respecto que deben presidir las relaciones matrimoniales tan próximas y continuas»."

(77) Básicamente artículos 42 y 75 del C. c.

— S.T.S. 2-XI-65. Ordenamiento del foro *versus* ordenamiento extranjero:

· Se alude a la forma que el ordenamiento extranjero exige para la validez;

”[Como primer motivo de casación el recurrente aduce] que su matrimonio con la demandada fue inexistente y nulo, al no haber concurrido ninguna Autoridad española a su celebración y no haberse acreditado que los que lo hicieron —pastor protestante y cónsul en Tánger de los Estados Unidos de Norteamérica— sean las que debieran conforme al Derecho de este país; y como quiera que aparece probado en el juicio que el matrimonio como tal se inscribió en el Consulado del citado Estado; es evidente se celebró conforme al Derecho positivo de la Autoridad que lo autorizó y decae este primer motivo.”

— S.T.S. 28-II-69. Ordenamiento del foro *versus* ordenamiento canónico:

· Se hace referencia a determinados cánones del *Codex iuris canonici* (C.I.C.);

”[Ni el artículo 56 del Código civil] que establece el deber de socorrerse mutuamente, ni el núm. 1 del 143, relativo a la prestación de deuda alimenticia, condicionan su exigibilidad al cumplimiento de la obligación de vivir juntos a que se refiere el primero de dichos preceptos o al supuesto de que la separación se haya decretado judicialmente, por lo que cualquier limitación que al interpretarlos se adoptare en tal sentido, sería opuesta... a lo que se previene en los cánones 1130 y 1131 del *Codex iuris canonici* que permiten en determinados casos la separación por autoridad propia.”

B) CALIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL SISTEMA MATRIMONIAL ESPAÑOL

Este trabajo gira en torno a dos ideas fundamentales:

1.—La calificación del sistema matrimonial español, el determinar quién ha tenido acceso y quién no al matrimonio civil, dependerá —en el período de vigencia del artículo 42 del Código civil— de lo que signifique la expresión ”profesar la religión católica”.

2.—La autoridad competente —el poder competente— para determinar cuál es el significado de tal expresión es el T. S. a través de su jurisprudencia.

La primera es una hipótesis respaldada por un fuerte apoyo doctrinal. La segunda —tal vez más aventurada— se ha pretendido demostrar en el apartado anterior.

Pero, tales puntos de partida, tales hipótesis de trabajo, en sí mismo, no son otra cosa que eso: meras hipótesis sin ninguna trascendencia práctica. Hipótesis encaminadas a alcanzar un resultado: determinar cuál ha sido el sistema matrimonial español en el período trans-

currido desde la guerra civil hasta el año 1978. Esa tarea es la que se pretende acometer ahora. De la respuesta que el T. S. haya dado a la pregunta: ¿qué es "profesar la religión católica"?, dependerá el tipo de sistema matrimonial que ha estado vigente en España en el período que aquí se analiza.

Es difícil señalar con toda certeza cuáles son las sentencias en las que se plantea el problema de la interpretación del término "profesar la religión católica". En el período al que se circunscribe el trabajo la jurisprudencia que incide sobre el tema directamente no es muy numerosa, pero permite construir —reconstruir— la línea evolutiva del T. S.

Con todo el riesgo que lleva consigo el realizar una enumeración cerrada, paso a señalar cuáles son las sentencias del T. S. que han respondido, o han tratado de responder, o al menos han sido requeridas a responder, la pregunta formulada:

- S.T.S. 25-V-53.
- S.T.S. 25-I-56.
- S.T.S. 26-I-56.
- S.T.S. 7-III-56.
- S.T.S. 16-V-59.
- S.T.S. 21-X-59.
- S.T.S. 12-XI-59.
- S.T.S. 16-XII-60.
- S.T.S. 16-II-61.
- S.T.S. 12-XII-61.
- S.T.S. 21-XII-63.
- S.T.S. 12-XI-64.
- S.T.S. 5-VII-65.
- S.T.S. 16-III-65.
- S.T.S. 15-IV-67.
- S.T.S. 12-VI-69.
- S.T.S. 20-IV-74.
- S.T.S. 4-X-74.
- S.T.S. 11-III-75.
- S.T.S. 23-XII-77.

Un análisis detenido de esta jurisprudencia es lo que se pretende realizar en las siguientes líneas.

a) *Matrimonios contraídos durante la II República*

Si este estudio comienza con el fin de la guerra civil, y si el resultado de la misma lleva consigo un cambio radical —una revolución legislativa— en materia de legislación matrimonial, es lógico que sean varias las sentencias referidas a situaciones surgidas durante la II República que merecerán nuestra atención. (Entiéndase por II República la configuración del Estado surgida el 14 de abril de 1931 y que finaliza el 1.º de abril de 1939. En el período que comienza el

18 de julio de 1936 el concepto de II República se consideraría restringido al ámbito territorial ocupado por la misma).

Las sentencias a analizar en este epígrafe son las siguientes:

- S.T.S. 25-V-53.
- S.T.S. 25-I-56.
- S.T.S. 26-I-56.
- S.T.S. 7-III-56.
- S.T.S. 15-V-59.
- S.T.S. 16-XII-60.
- S.T.S. 16-II-61.
- S.T.S. 23-XII-77.

— *Sentencia de 25 de mayo de 1953*

— Sala: Segunda.

— Recurso: de casación por infracción de ley.

— Magistrado ponente: Federico Parera Abelló.

— Hechos (78): "La procesada A. F., que el día 30 de julio de 1937 contrajo matrimonio civil con S. S., y el también procesado F. M., que sabía que aquélla era casada, mantuvieron relaciones ilícitas a partir de fines de noviembre de 1945, marchando aquélla del domicilio conyugal y yéndose a vivir al domicilio de los padres del S., donde estuvo haciendo vida marital con éste, durante varios meses. Hechos probados.

Condenados los procesados como autores de un delito de adulterio del artículo 449 del Código penal, a la pena de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor, se interpone a nombre de la A. F. recurso al amparo del número 2.º del artículo 849 de la Ley Procesal, alegando la infracción del artículo 449 del Código penal, ya que en el certificado de matrimonio de la recurrente no consta se haya hecho declaración de acatolicidad ni entonces se exigía ni se practicaba tal requisito, siendo éste el documento auténtico que se ha interpretado erróneamente, ya que si bien se prueba que la recurrente ha contraído matrimonio, no lo está el que este matrimonio sea el que exige la legislación vigente para que, en caso de adulterio, se deriven consecuencias penales".

— Sentencia: "CONSIDERANDO: Que la indiscutible autenticidad que las actas del Registro Civil tienen, de tal suerte que sólo mediante su inscripción pueden estimarse legalmente aquellos actos, y la correspondiente, en su consecuencia que ha de otorgarse a las certificaciones que de aquel Registro expidan los funcionarios competentes a cuyo cargo se hallan, imposibilita de todo punto que prosperen los recursos interpuestos, tanto si se consideran acogidos al número 2 del artículo 849 que expresamente se cita, como si se entienden amparados por el número 1.º del referido precepto, puesto que la afirmación

(78) Se transcribe la exposición hecha en el Repertorio de Jurisprudencia ARANZADI. Valga esta advertencia para todos los casos, salvo indicación en contra.

establecida por la Sala de instancia como hecho probado del matrimonio de la recurrente A. F. con el querellante no se desvanece, contraria, ni destruye con la resultancia de lo certificado en relación con el Registro Civil de matrimonios del pueblo de dichos contrayentes, ya que por ésta se asevera tal unión, y su subsistencia tiene que prevalecer «erga omnes» en tanto no sea combatida y anulada en forma por el procedimiento adecuado al efecto, y mucho más cuando de tal certificado no puede desprenderse que la forma matrimonial que los unió, fuese de aquellas circunstanciales, transitorias y contrarias a todo Derecho a que aluden los recurrentes en sus escritos, de idénticos fundamentos y alegaciones, en síntesis, por lo cual no procede estimar los motivos de casación por ellos invocados, sin dar lugar a la casación de la sentencia recurrida.”

Un primer punto que se debe de señalar, es que nos encontramos ante un matrimonio civil, con toda probabilidad contraído en zona republicana (aunque nada se diga) y contraído después del 18 de julio de 1936.

La pretensión de los procesados —independientemente de las vías procesales empleadas para lograrlo— es tratar de demostrar que no han cometido adulterio en razón de que el matrimonio contraído no es aquél al que hace referencia el artículo 449 del Código penal.

Hubiera parecido más correcto el que los procesados se hubiesen limitado a alegar que no existía matrimonio en razón de que no se había respetado el tenor del artículo 42 del Código civil al exigir la prueba de no profesión. La pretensión de que la ley penal —el artículo 449 del Código penal— distinga entre varios tipos de matrimonio es incorrecta.

A tenor de la exposición de hechos más arriba transcrita parece que los procesados —y más tarde condenado— consideran que la prueba de no profesión, a efectos del artículo 42 del Código civil, consiste en la simple declaración de no profesión, ¿es esto defendible técnicamente?

A estos efectos, los procesados podrían considerar las siguientes posibilidades:

— El sistema aplicable será el que esté en vigor en el momento de contraer el matrimonio.

— El sistema en vigor es el formado básicamente por la Ley de 28 de junio de 1932.

— La legislación republicana es nula de pleno derecho y será aplicable el artículo 42 del Código civil, según la interpretación de la Real Orden de 18 de junio de 1913.

— El sistema aplicable será el que esté en vigor en el momento de plantearse el recurso.

— Aceptar la legalidad de la Orden Ministerial de 10 de marzo de 1941.

— Considerar tal norma ilegal.

Si consideran que la prueba de no profesión es equivalente a la declaración de acatolicidad, es obvio que no pueden aplicar ni el sistema conformado por la Ley de 28 de junio 1932, ni el que pretende conformar la Orden de 1941. El considerar aplicable la Real Orden de 1913 es algo posible pero improbable; sería tanto como considerar que la segunda República no ha existido, lo cual jurídicamente es insostenible.

Pienso que los procesados adoptan la cuarta solución posible: la Orden de 1941 es ilegal, el sistema aplicable está formado por el artículo 42 del Código civil y la única persona competente para determinar si se profesa o no se profesa el catolicismo es uno mismo —solución subjetivista—. En este punto creo que los procesados están representando —antes de la firma del Concordato— un sentir general que va a cambiar —sin que se pueda precisar un momento exacto— de forma importante el sistema matrimonial español. Son razones sociológicas, y no jurídicas, las que impulsan tal concepción.

Vista la actitud de los procesados tratemos de descubrir la forma de pensar del T. S. ante el problema. Tres ideas básicas son destacables en lo que aquí interesa:

— El principio del *favor matrimonii*.

— Imposibilidad de declarar la nulidad de un matrimonio en un proceso penal.

— Validez de un matrimonio civil celebrado en la zona republicana en 1937 sin haberse declarado la acatolicidad.

El principio del *favor matrimonii* viene recogido en la siguiente frase: "[La] subsistencia [del matrimonio] tiene que prevalecer «erga omnes» en tanto no sea combatida y anulada".

Así, pues, hay una presunción *iuris tantum* —a cualquier efecto— de la validez de *todo* matrimonio.

La incompetencia de la jurisdicción penal a efectos de señalar la nulidad matrimonial es deducible de la expresión: "combatida y anulada [la validez matrimonial] en forma por el procedimiento adecuado al efecto". Tampoco plantea mayores problemas; la validez matrimonial podría ser considerada como una prejudicial, aunque el principio del *favor matrimonii* evita la paralización procesal.

Es el último punto el que mayor interés tiene para este trabajo; aunque poco antes el Tribunal señala su incompetencia para declarar la nulidad matrimonial, sin embargo inmediatamente entra en el tema con la afirmación: "no puede desprenderse [del certificado del que pende el recurso] que la forma matrimonial que los unió, fuese de aquellas circunstanciales, transitorias y contrarias a todo Derecho a que aluden los recurrentes en sus escritos". Así, pues, el matrimonio civil contraído durante la guerra civil —en 1937—, en zona republicana, por dos bautizados en el catolicismo, cuya única prueba de no profesión es el haber acudido al matrimonio civil, no es circunstancial, ni transitorio, ni contrario a todo Derecho.

El T. S. —su Sala segunda— piensa que el matrimonio es válido

porque se contrae al amparo de una legislación no derogada —Ley de Matrimonio Civil de 1932— en ese momento —1937—.

Así, pues, la primera sentencia postbélica del T. S. en la que se alude a la "no profesión de la religión católica", trata de un matrimonio que se contrae durante la guerra, y aunque el T. S. no entra al fondo en el tema, parece inclinarse por la validez de la legislación republicana en su zona, sin plantearse el tema de la no profesión.

— *Sentencia de 25 de enero de 1956.*

— Sala: Primera.

— Recurso: de casación por infracción de ley.

— Magistrado ponente: Pablo Murga Castro.

— Hechos: "Mediante escrito 9 mayo 1946, el actor don Miguel V. R. dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Barcelona demanda de mayor cuantía contra doña Cristina S. O. y el Ministerio Fiscal sobre invalidación de matrimonio civil, estableciendo como hechos: Que el 3 de agosto 1933, ante el Juzgado Municipal número 4 de Barcelona, contrajeron matrimonio civil el actor y la demandada; que este matrimonio, contrato según criterio de la legislación y jurisprudencia, fue celebrado bajo la condición de disolubilidad, dimanante de las leyes que sobre el divorcio en matrimonio había dictado la República en 2 de marzo y 28 julio 1932; Que la situación creada por tal unión, *in facie Ecclesiae*, es totalmente irregular, puesto que no reconociendo validez la Religión Católica más que al matrimonio católico, constituye un contubernio o concubinato no sólo no tolerado, sino expresamente condenado por la Iglesia en el seno de la cual ha querido vivir siempre el que demanda, que ha profesado constantemente la Religión Católica Apostólica Romana, sin haber abjurado nunca de la misma, y siendo así, para tranquilizar su conciencia de creyente, no se le ofrece más que dos caminos: el de elevar el simple nexo civil que actualmente le liga con la demandada a la dignidad de Sacramento contrayendo con ella matrimonio con arreglo a la legislación canónica, o impetrar el auxilio de la Autoridad judicial civil para dejar sin efecto aquel nexo civil; pero en realidad esta disyuntiva no es tal, pues el primer camino lo descarta el actor, ya que el conocimiento que de la señora S. ha adquirido durante los pocos años que con ella convivió, le impiden contraer vínculo tan sagrado e indispensable como es el matrimonio canónico; esto aparte de que tal vez tampoco la demandada estaría dispuesta a celebrarlo, no sólo por el miedo de la ya truncada convivencia con el actor, sino por la ideología de la misma, no muy religiosa, como evidencia el que al nacer un hijo de ambos, y en ausencia del marido, le pusiera el nombre de Germinal; que del matrimonio civil contraído por el actor con la demandada existe un hijo inscrito con el nombre de Germinal V. S., los derechos del cual no pueden perjudicar la resolución por ser un tercero de buena fe. Terminó suplicando se dictara sentencia, resuelto y sin efecto alguno el matrimonio civil celebrado o subsidiariamente la nulidad del mismo, con reserva de los derechos que

como a tercero de buena fe corresponden al hijo habido de tal matrimonio.

El Ministerio Fiscal se opuso a la demanda. La demandada contestó alegando que el actor debía saber que el matrimonio para un católico no es un contrato sino un Sacramento; que nada le ha impedido al actor contraer matrimonio canónico con la que contesta; la demandada no ha opuesto impedimento alguno a que su unión civil se elevara a la dignidad de Sacramento; el actor confiesa que desea tranquilizar su conciencia de creyente y no se le ocurre otro camino que el de la resolución de su unión civil, y de otra parte le parece asimismo inconveniente el hecho de que exista incompatibilidad de orden concesional y el de una separación que nadie más que él ha provocado abandonando el hogar conyugal para vivir con su concubina, lo que revela es su pretensión de obtener la libertad para consumir el abandono de la demandada y continuar sus compromisos en el público adulterio en que está viviendo.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda. Apelada la sentencia fue confirmada por la Audiencia Territorial.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley por los motivos que se recogen en los considerando que se insertan."

— Sentencia: «CONSIDERANDO: Que 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 del Código civil: ya que aparte de que a la fecha en que el matrimonio civil se contrajo no se exigía el cumplimiento de este requisito, tampoco su infracción constituía una causa determinante de nulidad, sólo posible, aun 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 esa 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 de marzo de 1938 que la de 23 de septiembre de 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 hiciera posible la fórmula de concordia entre la legislación canónica y la civil, que cristalizó en el artículo 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 atenderse y que, además, han sido rectamente interpretadas en su sentido y alcance por el Tribunal «a quo».

CONSIDERANDO: Que por lo que se refiere al motivo segundo, construido como el anterior al amparo del número primero del artículo 1692 de la Ley Procesal por infracción, con lo esencial de los artículos 1116 y 1125 del Código civil, es de notar que ni bajo el régimen de

la Ley de Matrimonio Civil ni de la de Divorcio, implantados por la II República, constituyó la legítima disolubilidad del vínculo supuesto de la celebración del matrimonio civil, sino mera posibilidad de la inmensa mayoría de los españoles no tuvieron en cuenta y que ha hecho imposible para lo futuro la ley derogatoria de la del Supremo Tribunal en sus funciones interpretativas reducidas al caso concreto de suplir por vía jurisprudencial lo que las leyes no dicen y resolver con generalidad situaciones que por razones obvias han menester trato que exceda de la esfera jurisprudencial y de su limitado ámbito, para entrar de lleno en el propio de la creación de normas, con generalidad o sin ella, resuelvan conflictos que en muchos casos se crearon por olvido o menosprecio de las posibilidades que a la satisfacción de la conciencia de los creyentes ofrecían las paternas admoniciones de la Iglesia, aún bajo el régimen de una legislación notoriamente opuesta a su Magisterio.

CONSIDERANDO: Que por esas sucintas razones es de estimar que el Tribunal «a quo», al denegar por los fundamentos que expuso la nulidad del matrimonio civil de que se trata, no obró en infracción de los preceptos que hubo de aplicar atinadamente, sino que se atuvo a su texto como a su espíritu informador; y ello justifica la desestimación del recurso interpuesto con los pronunciamientos que son obli-gada consecuencia de esa resolución fundamental.”

Nos encontramos ante un caso similar al de la anterior sentencia, si bien hay una diferencia que considero muy importante: el matrimonio civil se ha contraído antes del 18 de julio de 1936

Aunque son numerosos los aspectos de interés (79), me centraré en el punto que ahora nos interesa.

La pretensión del demandante es clara: lograr la nulidad de su matrimonio.

El T. S., en el considerando primero de la sentencia, responde al primer motivo del recurso con dos afirmaciones importantes:

— Un matrimonio civil contraído durante la II República no será nulo porque no se declare la no profesión, ya que en dicho momento no se exigirá tal declaración, o como dice Lacruz a propósito de esta misma sentencia: “los matrimonios civiles celebrados durante la República, sean o no católicos los contrayentes, son válidos y eficaces en el fuero civil” (80).

— Las únicas causas de nulidad matrimonial son las indicadas en el artículo 101 del Código civil (81).

(79) Un detallado comentario a la sentencia puede verse en PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Los matrimonios...*, cit.

(80) LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHEO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Derecho de Familia, segunda edición*, Barcelona, 1974, nota 4 de la pág. 29.

(81) Vid., sobre este punto, LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique, *Estudios de Derecho matrimonial*, Madrid, 1962, en especial págs. 223-230. En esta obra se menciona esta sentencia, así como la de 26 de enero y de 7 de marzo del mismo año, como seguidoras de esta línea, y se señala discreta rectificación del criterio en la S. T. S. 21-1-55.

Esa segunda idea es aparentemente de trascendental importancia, pero sólo en apariencia; admitamos que las únicas causas de nulidad son las recogidas en el 101 del Código civil, es decir: admitamos que "*il-y-pas de nullité sans texte*". Habrá entonces causas de inexistencia del matrimonio no recogidas en la ley, junto a causas de nulidad expresadas en la ley. Profundizar en este punto nos llevaría demasiado lejos y por ello me limito a indicar el problema.

Parece importante atender a la hipotética infracción del artículo 42 del Código civil en razón de que no se declaró la no profesión.

Peña indica que para que se pudiera sostener que el matrimonio era nulo por violación del artículo 42 del Código civil tendrían que ser ciertas las siguientes 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 Código civil; 2.º Que el matrimonio civil, cuya nulidad se pretende, hubiere sido contraído por persona que profesaba la religión católica; 3.º Que la infracción del artículo 42 determine la nulidad del matrimonio" (82).

Respecto al primer punto sólo puedo señalar mi pleno acuerdo con Peña, la ley no es retroactiva. Respecto al segundo sólo cabe decir que es el tema en torno al que giran todas estas páginas. Respecto al tercero es el ya analizado más arriba. En consecuencia el matrimonio no es nulo.

El T. S. declara con toda claridad la validez de este matrimonio. Pero no es esto lo más importante que se puede deducir de la sentencia; lo más importante —a nuestros efectos— es, no una afirmación taxativa del T. S., sino una forma de pensar.

Con mucha mayor claridad que en S.T.S. 25-V-53, se habla tanto por parte del demandante como del T. S. de declaración de no profesión. El T. S. dice textualmente "a la fecha en que el matrimonio civil se contrajo no se exigía el cumplimiento de este requisito"; no dice taxativamente el T. S. que en el momento en que juzga se exigiese, pero así parece desprenderse. En el 25 de enero de 1956 faltaban todavía nueve meses para que la declaración de la no profesión fuese requisito suficiente para acceder al matrimonio civil; la Orden de 1941 pretendía estar vigente en esa fecha. Sin embargo, tal Orden era considerada el 25 de enero de 1956 como nula por el T. S., aunque sin declararlo expresamente. En mi opinión, pues, la Orden de 1941 no había estado en vigor nunca.

No es una afirmación expresa, pero es una forma de pensar que se transparenta con toda claridad, y que la Administración se vería forzada a adoptar mediante el Decreto de 26 de octubre de 1956.

— Sentencia de 26 de enero de 1956.

— Sala: Primera.

— Recurso: de casación por infracción de ley.

— Magistrado ponente: Pablo Murga Castro.

— Hechos: "Mediante escrito fecha 2 julio 1946 que por reparto correspondió al Juzgado de primera Instancia número 16 de los de Madrid, la actora, doña Angeles P. B. dedujo demanda sobre nulidad de matrimonio civil contra don Pedro M. B. y contra el Ministerio Fiscal.

Los hechos necesarios para el estudio de esta sentencia se deducen de los Considerandos de la misma.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda y absolviendo al demandado.

Apelada la sentencia, fue confirmada por la Audiencia Territorial.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley por los motivos que se recogen en el Considerando que se inserta."

— Sentencia: "CONSIDERANDO: Que al amparo del número primero del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia el recurrente, en el único motivo de casación que formula la infracción que, a su entender, ha cometido la Sala sentenciadora al no aplicar en el caso de autos el artículo 42 del Código civil, el primero de la Ley de 12 de marzo de 1938 y el 2.º de la Orden de 8 de igual mes de 1939, en su obligada relación con el artículo 4.º del Código civil negándose por inaplicación de dichas normas a pronunciar la nulidad del matrimonio civil que en 20 de diciembre de 1937 contrajo doña María de los Angeles P. B., siendo así que, como católica, había dejado de hacer manifestación contraria a su credo religioso y que siendo menor de edad no había obtenido la necesaria licencia para contraer matrimonio; pero aparte de que impetrándose la nulidad del matrimonio civil se precise estar, en casos como el de autos, al precepto específico del artículo 101 del Código civil, como la obligada relación que guarda con los artículos 83 y 84 del propio Código, sin que sea de aplicación por su carácter general el artículo 4.º, cuya infracción se invoca, es de notar además que la Ley de 28 de junio de 1932, bajo cuya vigencia se celebró el matrimonio cuya nulidad se pretende, no acogía manifestación alguna sobre la profesión religiosa de los contrayentes, por estar a la sazón derogadas las disposiciones que con mayor o menor alcance la recogían; y en lo que toca a la infracción del artículo 50 del Código civil, tampoco puede ser determinante de nulidad, porque precisamente los términos de la Orden de 8 de marzo de 1939, concorde con el espíritu del propio artículo 50, muestran inequívocamente que se trata de un defecto subsanable, que, además y por declaración explícita del número segundo de dicha Orden, no permite en su caso sino la anulación de las actas del matrimonio, sin originar especialmente la nulidad del vínculo matrimonial, sólo posible según la legalidad vigente por los casos que exhaustivamente y sin posibilidad de ampliación, contemplan el número 3.º de la Ley de 12 de marzo de 1938 y las normas transitorias contenidas en la de 23 de septiembre de 1939 y en los que, con anterioridad, establecía taxativamente el citado artículo 101 del Código civil, razones todas que demuestran la consistencia del recurso e imponen su desestimación."

Nos encontramos ante una sentencia que ha sido objeto de especial atención por parte de la doctrina (83), básicamente aduciéndola como ejemplo de sentencia en el que se considera que las únicas causas de nulidad son las enumeradas en el artículo 101 del Código civil. No es éste el lugar de volver sobre ese punto. Para mí no hay duda de la inexactitud de considerar la enumeración del artículo 101 del Código civil como una lista cerrada. Me ocuparé aquí solamente del contenido que al término "profesar la religión católica" da nuestro más alto Tribunal.

Con un supuesto de hecho prácticamente idéntico, con una misma pretensión del demandante, con una diferencia de un día y con el mismo magistrado ponente, es lógico que S.T.S. 26-I-56 adopte la misma solución que S.T.S. 25-I-56.

Una vez más, el T. S. indica que la declaración de "no profesión" no era necesaria para contraer matrimonio civil durante el período de vigencia de la Ley de 28 de junio de 1932, y que por lo tanto el matrimonio será válido. Una vez más, demandante y Tribunal identifican "no profesión" con "declaración de no profesión". Ningún comentario nuevo con respecto a la sentencia del día anterior, salvo un hecho de cierta importancia: el matrimonio civil se ha contraído en 1937, es decir, con posterioridad al 18 de julio de 1936.

— Sentencia de 7 de marzo de 1956.

— Sala: Primera.

— Recurso: de casación por infracción de ley.

— Magistrado ponente: Cayetano Oca Alvalros.

— Hechos: "Mediante escrito fecha 11 de mayo 1948, el actor, don Esteban del A. G., dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia número 9 de los de Madrid, demanda de mayor cuantía contra don Andrés, don Joaquín Pedro, don José y doña Javiera del A. R. y contra don José T. G. sobre disolución de sociedad conyugal y otros extremos, estableciendo sustancialmente como hechos: Que el 17 diciembre 1938 doña Carmen del A. R. y don José T. G. contrajeron matrimonio civil ante el Juez Municipal del Distrito de la Universidad de Madrid, en presencia de los testigos don Luis G. G. y don Pablo T. G., cuyo matrimonio se inscribió en el Registro Civil; que en 19 enero 1946 falleció en Madrid doña Carmen del A. R. en estado de casada con el don José T., inscribiéndose la defunción en el Registro Civil del Distrito de la Universidad; que don José del A. R., por escrito de 1.º de mayo 1946, solicitó la declaración de herederos de la doña Carmen del A. a favor del solicitante, de sus hermanos don Andrés, don Joaquín Pedro y de doña Javiera y de su sobrino el aquí actor, éste en representación de su finado padre don Francisco del A. R., hermano que fue de la causante y a la que premurió y a favor

(83) Es citada, entre otros, por DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, *El sistema...*, cit., pág. 72; LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Derecho de Familia*, cit., pág. 30; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique, *Estudios...*, cit., pág. 201; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Matrimonio...*, cit., pág. 891; IDEM, *Los matrimonios...*, cit., pág. 262.

también del cónyuge supérstite don José T. G., a cuya solicitud accedió el Juzgado de Primera Instancia declarando únicos y universales herederos de doña Carmen por partes iguales a sus cuatro hermanos de doble vínculo y a su sobrino el actor; que el actor realizó, sin resultado, gestiones amistosas cerca de los demás herederos de la finada y del cónyuge viudo para que se procediese a la liquidación de la sociedad de gananciales que existió entre la causante y su marido, disuelta a la muerte de aquélla, habiéndose por último celebrado, sin avenencia, acto conciliatorio con aquellos demandados. Terminó suplicando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos: a) Declarar disuelta, por haber quedado extinguido el matrimonio A. R. T. G., la sociedad legal de gananciales que como régimen matrimonial rigió durante la existencia del indicado matrimonio; b) condenar a don José T. G. como cónyuge supérstite de doña Carmen del A. y a don Andrés, don Joaquín Pedro, don José y doña Javiera del A. R., como herederos de dicha señora, a que procedan a la liquidación de la sociedad legal de gananciales que rigió durante el expresado matrimonio; c) condenar a don José T. G. a que entregue a los herederos de doña Carmen del A. los bienes dotales y parafernales de la misma, en el caso de que existieran, y a la mitad de los gananciales que queden como remanente líquido después de la oportuna liquidación de la sociedad conyugal de gananciales habida en el matrimonio de referencia; y d) imponer a los demandados las costas del juicio. Compareció únicamente don José T. G., siendo declarados en rebeldía los demás, y se opuso a la demanda estableciendo como hechos que estaba conforme con los de la misma y añadiendo circunstancias que son: que doña Carmen del A. R. no hizo aportación de bienes a su matrimonio con don José T. G.; y que de dicho matrimonio no tuvo descendencia, así como tampoco ninguno de los dos esposos fuera de su enlace. Suplicó se dictara sentencia por la que se le absolviera de la demanda.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda interpuesta con expresa condena de costas. Apelada la sentencia, la Audiencia Territorial declaró resuelta la sociedad de gananciales que rigió durante el matrimonio de doña Carmen del A. R. y don José T. G., celebrado el 17 de diciembre de 1938 y condenó al don José T. a que se avenga a practicar la liquidación de la citada sociedad desde aquella fecha, entregando a los herederos de doña Carmen del A. los bienes dotales y parafernales que ésta tuviera y su mitad de gananciales, lo que se determinará en ejecución de sentencia sin especial condena de costas en ambas instancias.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley por los motivos que se recogen en los considerandos que a continuación se insertan.

— Sentencia: "CONSIDERANDO: que la cuestión fundamental que el recurso plantea, se reduce a discernir si son o no viables las pretensiones que en la demanda se formularon y que acogió la sentencia dictada por el Tribunal «a quo», porque estimó, en síntesis, que no habiéndose decretado la nulidad del matrimonio civil contraído en 18 de diciembre de 1938 por doña Carmen del A. R. con don

José T. G. siquiera, se anulara el acta en que tal matrimonio se hizo constar, al amparo del apartado G, artículo segundo de la Orden de 8 de marzo de 1939, es de aplicar el supuesto controvertido la norma del artículo 69 del Código civil, lo que permite, según la sentencia impugnada, abrir paso en el orden económico a la liquidación de los bienes de la sociedad conyugal, como consecuencia del fallecimiento de la esposa doña Carmen del A., acaecido en 19 de enero de 1946.

CONSIDERANDO: Que en el primero de los motivos del recurso, apoyado en el número primero del artículo 1692 de la Ley Procesal Civil, que es en esencia la base de la sentencia impugnada, por estimar que derogados en la fecha en que el matrimonio se contrajo la Ley de Matrimonio Civil, y restablecido el régimen anterior, el hecho de que no procediese a la celebración de aquél la declaración de acatolicidad, determina no la nulidad, sino la inexistencia del vínculo y no permite deducir las consecuencias económicas, que se derivaban del fallecimiento de uno de los contrayentes; pero al razonar de ese modo, el recurrente olvida que el restablecimiento de la vigencia del Código, lejos de conducir a la solución que el recurrente propugna, lleva a la contraria, porque aun no citando en apoyo de sus tesis el único artículo que era aplicable al caso (el 42 del propio Código por el que se establecen las formas del matrimonio), lo cierto es que los razonamientos del recurrente se basan, aunque no se invoque, en ese precepto del que no puede derivarse, ni una razón de inexistencia, ni siquiera un pronunciamiento de nulidad por causa que no sea cualquiera de las establecidas taxativamente en el artículo 101 del Código en vigor; y aunque ello bastaría para justificar la posición de la sentencia de instancia, tampoco puede decirse que el juzgador que la dictó infringiese el artículo 69 del Código civil, porque interpretado rectamente, como una consagración legal del denominado matrimonio putativo, la eficacia de éste ha de inferirse de la creencia de que se contraía un matrimonio legítimo presumible en los que ignoraban la derogación de la Ley a que se acogieron en el momento de contraerlo y de la presunción de buena fe que ampara a los contrayentes, según el tenor del párrafo tercero del propio artículo, y que sólo cabe combatir por prueba que corre a cargo del impugnado, y que no se ha practicado.

CONSIDERANDO: Que por la fuerza de estas consideraciones que se ajustan a la correcta interpretación de los preceptos que se suponen infringidos, hay que desestimar el motivo segundo del recurso que también al amparo del número primero del artículo 1692 de la Ley Procesal, denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 1429 del Código civil; porque articuló ese motivo, sobre la base de que no hubo matrimonio (inexistencia), o que el contraído no merece el concepto de putativo, la razonada desestimación de esa tesis, lleva consigo la justificación del pronunciamiento del Tribunal, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 69, cuya aplicación combate paradójicamente uno de los cónyuges, y precisamente cuando la muerte del otro había disuelto el vínculo, reduciendo la cuestión en el momento de formularse la demanda a un problema meramente patrimo-

nal, razonamiento éste que hace innecesario el estudio del tercer motivo, que aparte de referirse a una consideración hecha a mayor abundamiento, plantea sobre esa base un problema de interpretación del *Codex juris canonici* de evidente inaplicación cuando lo que se discute es la eficacia de un matrimonio civil y la posibilidad y términos de aplicarle la legislación que conviene a los de su clase.

CONSIDERANDO: En fin, y por lo que se refiere al cuarto motivo que, aparte de que en casación no puede alegarse con eficacia ni la aplicación ni la inaplicación de resoluciones de la Dirección General de Registros, la invocación que la sentencia hace de la de 5 de octubre de 1950, contradice el contenido de la misma, que, respetuosa con la jurisdicción de los Tribunales, se limitó solamente a decretar la nulidad de un asiento, sin prejuzgar la validez de su contenido, y por eso, y porque en la contestación a la demanda invocó el demandado recurrente esa Resolución, se creyó en el caso de precisar sus términos y alcance, sólo al efecto de establecer en una correcta interpretación, que de ella y de su falta de convalidación no podía derivarse un pronunciamiento de nulidad; lo que basta para concluir que ese motivo de impugnación es tan inconsistente como los anteriores, lo que constituye una razón más para desestimarlos, si no militasen en favor de la desestimación de ese motivo otras consideraciones, como son las que en el curso del mismo ponen al descubierto la inconsecuencia del recurrente, que después de invocar preceptos y doctrinas que se refieren en el fondo al matrimonio contraído por los católicos, únicos obligados a declaraciones sobre su catolicidad, razona sobre la base de una declaración que sólo es obligada para los que no profesan esa religión; añade que es muy posible que los cónyuges no profesasen la Religión Católica, y a pesar de todo, en ella se basa para solicitar indirectamente la nulidad del suyo, y pretende reducir a una categoría no clasificada el que con carácter civil se contrajo ante el Juez Municipal de Madrid.”

Nos encontramos en este caso, ante un matrimonio civil contraído al amparo de la legislación republicana pero con posterioridad al 12 de marzo de 1938; si a este punto se le añade el hecho de que el recurrente no pretende que el matrimonio sea nulo sino inexistente, será fácil comprender que nos encontramos ante un caso más complejo que los anteriores.

Pero antes de entrar en el análisis de la sentencia tratemos de comprender la pretensión del recurrente:

Habiendo quedado su matrimonio —o apariencia de matrimonio— disuelto por fallecimiento del cónyuge, pretende que se declare la inexistencia de bienes gananciales o propiedad de su cónyuge.

En primera instancia alude a la no aportación de bienes de la mujer al acudir al matrimonio; más adelante —en el recurso— pretende que su matrimonio sea declarado “inexistente”. No pretende que declare nulo por varios motivos: 1.º Cuando en anteriores ocasiones se ha pretendido una declaración de nulidad, por parte del

T. S., apoyándose en la no declaración de "no profesión", el T. S. ha respondido que las únicas causas de nulidad vienen recogidas en el artículo 101 del Código civil —y así se ocupa de recordarlo en esta misma—. El recurrente no quiere llegar al mismo resultado; 2.º Un matrimonio nulo puede hacer entrar en juego el artículo 69 del Código civil (en el que habla de matrimonios nulos, pero no de matrimonios inexistentes); y 3.º Un matrimonio inexistente no puede hacer entrar en juego el artículo 1429 del Código civil; uno nulo, sí.

Pero todo esto poco importa a nuestros efectos salvo que hay un intento de lograr una declaración de inexistencia, en razón de la no declaración de no profesión.

Ante un matrimonio contraído durante la guerra civil en zona republicana y con posterioridad a la ley derogatoria de la del matrimonio civil, el T. S. considera que el matrimonio será nulo, pero no por inexistencia de la declaración de no profesar, sino en aplicación de la Ley de 12 de marzo de 1938 y su grupo normativo. Será nulo, pero putativo y presumiblemente contraído de buena fe.

Así, pues, el T. S. sigue sin hablar para nada de bautismo; escasa influencia ha tenido la orden de 1941, cuando quince años más tarde el T. S. no menciona su idea central. Y no se diga que el T. S. está aplicando la legislación vigente en el momento de contraerse matrimonio, porque en ella no se hablaba de declaración de "no profesar".

— *Sentencia de 16 de mayo de 1959.*

— Sala: Primera.

— Recurso: de casación por infracción de ley.

— Magistrado ponente: Acacio Charrín y Martín Veña.

— Hechos: "Por escrito fecha 31 julio 1952, el actor, don José G. E., dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Zaragoza, demanda contra doña Pascuala A. P. y el Ministerio Fiscal, sobre nulidad de matrimonio.

En los Considerandos de la sentencia se recogen fielmente los hechos necesarios para su estudio.

La parte demandada alega que en la celebración del matrimonio civil con el actor no medió ni coacción ni engaño alguno.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda, sin expresa condena de costas. Apelada la sentencia, la Audiencia Territorial la revocó y declaró nulo y sin ningún efecto jurídico el matrimonio civil contraído entre el actor y la demandada, sin hacer expresa condena de costas en ninguna de ambas instancias.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley, por los motivos que se reflejan en los Considerandos que se transcriben.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso interpuesto y, en consecuencia, dictó segunda sentencia confirmando la pronunciada por el Juez de Primera Instancia."

— Sentencia: "CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida funda su fallo: primero, en que al celebrarse el matrimonio civil de autos se encontraban en vigor en España (Considerando segundo) dos leyes contradictorias, el Codex Juris Canonici y la Ley de Matrimonio

Civil de 28 de junio de 1932, y que nada dice de conceder efectos civiles a los matrimonios canónicos; segundo, que ese aludido matrimonio «aunque aparentemente revista todos los caracteres de autenticidad, es lo cierto que fue otorgado deliberadamente en fraude de la Ley Canónica» (Considerando cuarto); tercero, que se otorgó por unos contratantes que no tenían la libertad suficiente para prestar su consentimiento, pues su Ley Canónica les imponía otra cosa, y bien por ignorancia o por las razones que fuera, es lo cierto que realizaron un acto nulo por la malicia que encierra, o en otro caso viciado, creyendo que celebraban el matrimonio por ellos querido, el que siempre practicaron, el que les imponían sus leyes y costumbres, y cuarto, que además se llegaba a la solución dada por la sentencia haciendo aplicación de la analogía, porque la disposición segunda transitoria de la Ley derogatoria de la del Divorcio, dice que se entenderán disueltos para todos los efectos civiles mediante declaración judicial solicitada por cualquiera de los interesados, las uniones civiles celebradas durante la vigencia de la Ley que deroga, y en las que uno o ambos cónyuges se hallasen divorciados a tenor de la misma Ley encontrándose ligados canónicamente a otra persona (Considerando quinto), fundamentos todos estos completamente erróneos.

CONSIDERANDO: Que el primero de ellos es equivocado en primer término porque en virtud del artículo sexto de la citada Ley de Matrimonio Civil no quedó vigente para el Estado español más que el Código civil como legislación sobre la forma de contraer el matrimonio y sus efectos civiles, y en segundo lugar porque no existía la contradicción que cree la sentencia recurrida, pues eran perfectamente compatibles las disposiciones sobre esos dos puntos concretos que ahora se tratan, aunque no lo fuera en cuanto a otros, entre las legislaciones canónica y la civil, ya que ninguna de las dos prohibía contraer el matrimonio bajo esas dos formas, si bien la Iglesia hacía obligatoria para sus miembros la forma canónica, y demuestra esa compatibilidad que es público y notorio que en ese período de tiempo los que tenían verdaderamente arraigadas sus convicciones católicas contraían su matrimonio observando las formalidades de ambas legislaciones, sin el menor obstáculo ni dificultad para ello, y tampoco existía tal contradicción respecto a los efectos civiles, porque al no tener dispuesto la Iglesia nada expresamente sobre esos efectos de su matrimonio y dejar éstos a la potestad civil (Codex Juris Canonici, canon 1016 y capítulo nueve, libro tercero) es imposible que existiera la contradicción que se supone.

CONSIDERANDO: Que tampoco es exacto que ese matrimonio fuera celebrado en fraude de la Ley canónica, ya que no cabe confundir el fraude legis, cuya característica es el engaño para dar apariencia de legalidad a un acto disimulado que elude o que viola una disposición legal, con el simple y abierto incumplimiento de ésta, que en el caso presente constituiría el no haberse ajustado los contrayentes al canon 1012 del citado Codex, pues en su aspecto religioso sólo atañe a la jurisdicción eclesiástica, y en el orden civil, cualquiera que fuera el carácter de esta infracción, la Ley Canónica no tendrá re-

percusión en el matrimonio civil celebrado en el año 1933, porque no estaban obligados los contrayentes entonces a hacer declaración de acatolicidad.

CONSIDERANDO: Que la falta de libertad para prestar el consentimiento que se recoge bajo el número tercero del primer Considerando de esta sentencia no es, a diferencia de otros, una «*quaestio facti*», sino un «*quaestio juris*» y por tanto impugnabile al amparo del número 1.º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como hacen los recurrentes, pues la deriva el Tribunal sentenciador de la inobservancia de disposiciones legales, y aparte de la contradicción que implica que la existencia un precepto canónico coarte la libertad, según dice el recurso, para infringirlo como hicieron los contrayentes, y prestar el consentimiento para el acto civil, y el que llegue la Audiencia a estimar nulo el matrimonio civil por la malicia que encierra debido a la ignorancia, términos entre sí compatibles, «o por las razones que fuera» que no menciona y parece ignorar, imprecisión o desconocimiento que nunca puede ser apoyo para una declaración de nulidad y tampoco hay base para estimar viciado tal consentimiento por creer que era el matrimonio celebrado el que querían celebrar como católicos, por la evidente falta en aquel acto civil de las más conocidas formalidades de este católico.

CONSIDERANDO: Que es inaplicable por analogía al caso actual la disposición segunda transitoria de la Ley derogatoria de la del Divorcio porque ésta se refiere exclusivamente a casos en que los cónyuges estén divorciados y no puede equipararse a esa situación legal la mera separación de hecho voluntaria sin declaración judicial porque falta el estado de derecho creado por ésta.

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto procede, como solicitan los dos recurrentes, la casación de la sentencia impugnada.”

La misma pretensión que en los anteriores supuestos: lograr la nulidad matrimonial. Un camino distinto. En los supuestos anteriores, se decía que los que profesaban el catolicismo —los que no habían declarado la no profesión— deberían contraer matrimonio canónico, en virtud del ordenamiento estatal. Ahora se afirma —afirma la Audiencia territorial, y ello sin especial brillantez técnica— que deben de contraerlo canónico en virtud de que así lo dispone el ordenamiento canónico —lo que es cierto, pero la protección del ordenamiento canónico no es misión de los tribunales civiles, y menos respecto a períodos en los que el Derecho canónico no tiene vigencia en el ámbito estatal, en la materia que nos ocupa, como es el caso.

El T. S., con argumentos contundentes, se ocupa de desautorizar la errónea decisión de la Audiencia.

Tal vez sin necesidad, en el segundo considerando afirmó el T. S.: “no estaban obligados los contrayentes entonces [1933] a hacer declaración de acatolicidad”: El T. S. insiste, pues, una vez más, en esta idea, si bien en la fecha de la sentencia, no representa una aguda disonancia con respecto a la interpretación mantenida a la sazón por la Administración, como ocurría en épocas anteriores.

- *Sentencia de 16 de diciembre de 1960.*
- Sala: Primera.
- Recurso: de casación por infracción de ley.
- Magistrado ponente: Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu.
- Hechos: "Por escrito fecha 9 septiembre 1953, que por reparto correspondió al Juzgado de Primera Instancia número 11 de los de Barcelona, la representación de doña María M. Ll., formuló contra don Alberto V. Ll., demanda de juicio declarativo de mayor cuantía sobre nulidad de matrimonio civil.

La actora alega que estando bautizada, así como también el demandado, contrajeron matrimonio civil el 1 de octubre de 1932, bajo la condición de separarse si el tal matrimonio no les iba bien; que posteriormente a causa de los malos tratos del marido tuvo que separarse de hecho. Termina suplicando se dicte sentencia dando lugar a la demanda y declarando la absoluta nulidad del matrimonio civil celebrado con el demandado el 1 de octubre de 1932, así como declarar nula de pleno derecho la inscripción del mismo en el Registro, y subsidiariamente, para el caso de no declararse tal nulidad, declarar el divorcio civil de las parte, considerando a la actora cónyuge inocente, imponiendo las costas al demandado si se opusiere.

Contestó la demanda el Ministerio Fiscal oponiéndose.

El demandado se allanó a la demanda.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando en todas sus partes la demanda, sin hacer expresa condena en costas. Apelada la sentencia fue confirmada en todas sus partes por la Audiencia Territorial, sin hacer declaración de costas en ambas instancias.

Se interpuso recurso de casación por infracción de Ley por los motivos que se reflejan en los considerandos que se transcriben.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso."

— Sentencia: "CONSIDERANDO: Que conforme viene declarando esta Sala, derogado por la llamada Ley de Matrimonio Civil de 28 de junio de 1932 el artículo 42 del Código civil y disposiciones complementarias y hasta que se publicó la Ley de 12 de marzo de 1938 que derogó a su vez la de matrimonio civil, sin dar carácter retroactivo a sus disposiciones, salvo en los casos taxativos que enumera, entre los que no se encuentra el de autos, medió un lapso de tiempo en el que carecía de vigencia el citado artículo 42 y durante el cual, por carencia de precepto legal que lo autorice, no cabe decretar la nulidad civil de los matrimonios civiles celebrados en su interregno, salvo, claro está, los casos y por las circunstancias marcadas en dicha Ley de 1932, las señaladas en el artículo 1.º del Código civil y las disposiciones de la llamada Ley de Divorcio durante su vigencia, al no poderse aplicar a ellos ni el Concordato de 1953 ni la Orden de 10 de marzo de 1941, por ser posteriores en fecha al referido plazo, sin que contengan, como queda expuesto, disposición expresa que dé carácter retroactivo a sus preceptos, y como consecuencia y probado plenamente en el juicio que el matrimonio civil de autos tuvo lugar el 1.º de octubre de 1932, no pueden prosperar ni el primer motivo del recurso, encauzado procesalmente en el número primero del artículo

lo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en que se denuncia la violación de los artículos 4.º, 42, 75 y 76 del Código civil, 23 del Concordato de 27 de agosto de 1953, 1.º de la Ley de 12 de marzo de 1938 y 1.º de la Orden de 10 de marzo de 1941 y por aplicación indebida del 101 de dicho cuerpo legal y 1.º de la Ley de 28 de junio de 1932, al ampararse la demanda en el hecho de profesar la Religión Católica y haber recibido el Sacramento del Bautismo los contrayentes, ni tampoco el segundo, amparado en el mismo precepto procesal subsidiario del anterior y basado en la violación del número segundo del artículo 36 del Concordato y en la aplicación indebida por la sentencia impugnada de la disposición transitoria de la tantas veces mencionada Ley de 1938 en relación a la de 1932.

CONSIDERANDO: Que el tercer motivo del recurso por el mismo cauce procesal que los anteriores, denuncia la aplicación indebida del artículo 301 del Código civil y violación de los 4.º, 100, 1116 y 1261 del mismo Cuerpo legal, basándose para ello en que el consentimiento prestado por los cónyuges el matrimonio civil estaba condicionado a que les fuera bien en la vida conyugal, privando a la unión de su carácter permanente por estar celebrado «a prueba», por lo que, siendo nula tal condición, lleva consigo la nulidad plena del negocio jurídico otorgado entre los contrayentes, y habida cuenta que como se sostiene en la sentencia del Juez de Instancia, aceptada, por la recurrida, tan absurda e inadmisibile condición no puede ser aceptada en forma alguna, no está comprendida, ni podía estarlo, en las normas del artículo 101 del Código y además no se ha probado en concurrencia, es de todo punto repudiable la alegación y tampoco puede prosperar ese segundo motivo, que ni siquiera combate por el cauce adecuado la declaración de hecho de la sentencia.

CONSIDERANDO: Que, por último, debe asimismo desestimarse el cuarto motivo del recurso, por la misma vía procesal que las anteriores y en que se denuncia la violación del párrafo cuarto del artículo 24 del Concordato de 27 de agosto de 1953, basado en que manifestado por la Autoridad Eclesiástica que el matrimonio civil cuya nulidad se solicita no constituye impedimento para la celebración de matrimonio canónico de cualquiera de los contrayentes con tercera persona, las Autoridades Civiles vienen obligadas a guardar acatamiento a tal resolución y prestarle el debido apoyo en su ejecución conforme al precepto invocado, ya que la sentencia recurrida para nada invade la jurisdicción de la Iglesia al limitarse a tratar civilmente el matrimonio civil de referencia, anterior en fecha al Concordato, que, como queda antes expuesto, no contiene tampoco disposiciones de carácter retroactivo, sin olvidar la plena vigencia del artículo 51 del Código civil.”

Se plantea aquí, una vez más, diversos temas a los que no corresponde ahora prestar mayor atención: retroactividad del sistema matrimonial (84), el matrimonio sometido a condición, la competencia

de la jurisdicción civil y canónica en materia matrimonial, etcétera.

En lo que se refiere al tema objeto central de este estudio: el contenido del término "profesar la religión católica", un punto nuevo surge: de todas las sentencias analizadas hasta el momento es ésta la única en la que se habla de bautismo. ¿Qué alcance puede tener esta mención?

En primer lugar, trataré de exponer la situación en sus justos términos:

Díez-Picazo, en la exposición de hechos que antecede a su comentario a esta sentencia, no se refiere a bautismo sino a "ser de religión católica" (85); sin embargo, en la exposición realizada en el Repertorio Aranzadi se afirma: "La actora alega que estando bautizada, así como también el demandado" (86). En el Considerando primero del T. S. se dice: "al ampararse la demanda en el hecho de profesar la Religión Católica y haber recibido el Sacramento del Bautismo los contrayentes". Es muy probable que en la demanda sólo se hablase de estar bautizado. Y que el T. S. interpretase que lo que se pretendía decir es "profesar la religión católica", ocupándose de señalar que son cosas distintas, de ahí la conjunción copulativa "y". De ser esto cierto, encontraríamos una influencia de la Orden del 41 en la demanda —recuérdese que el inicial escrito de demanda es del 1953—, una influencia de la anterior jurisprudencia, de la doctrina de la D. G. R. y N. y del Decreto de 1956, en definitiva de un sentir generalizado en el Tribunal Supremo.

Así, pues, el Tribunal Supremo no pretende dotar de contenido aquí al término profesar, habla de "profesar" sin más; no se inclina —como en anteriores sentencias— por considerar que "no profesar" consiste en "declarar que no se profesa" —tampoco lo rechaza—, pero sí se preocupa de señalar que "profesar" y estar bautizado son cosas distintas.

— *Sentencia de 16 de febrero de 1961.*

— Sala: Primera.

— Recurso: de casación.

— Magistrado ponente: Francisco Bonet Ramón.

— Hechos: "El día 14 de abril de 1955 y ante el Juzgado de Primera Instancia número 15 de los de Barcelona, se entabla demanda de nulidad de matrimonio civil contraído por la actora con el demandado, alegando sustancialmente que ambos litigantes contrajeron matrimonio civil el 20 de octubre de 1938 en el Juzgado Municipal de Barcelona y que ambos militaban en el seno de la Religión Católica, por lo que habiendo celebrado dicho matrimonio con arreglo a la legislación civil habían violado lo dispuesto en el artículo 42 del Código civil.

El Juzgado declaró no haber lugar a la nulidad del matrimonio y

fluctuante. En sentencia de 16 de diciembre de 1960 se inclinó claramente por la irretroactividad del sistema matrimonial». ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio, *El sistema...*, cit., pág. 958.

(85) DÍEZ-PICAZO, Luis, *Estudios...*, cit., pág. 23.

(86) REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA ARANZADI, 1960, pág. 2681.

apelada esta sentencia por la demandante, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona confirmó en todas sus partes la sentencia apelada.

El recurso de casación es estimado por el Tribunal Supremo que, en su segunda sentencia, declara la revocación de la sentencia de instancia y la nulidad de pleno derecho del matrimonio civil celebrado entre las partes, y ordena la extensión del oportuno asiento en el acta correspondiente de la sección de matrimonios del Registro Civil."

— Sentencia: "CONSIDERANDO: Que la Ley de 12 de marzo de 1938, que empezó a regir para todos los matrimonios de españoles, incluso los celebrados en territorio no liberado, el 21 del mismo mes y año, dispuso que quedasen derogadas la Ley de Matrimonio Civil de 28 de junio de 1932 y las disposiciones dictadas para su aplicación (artículo primero), declarando vigentes con carácter transitorio —hasta tanto se dictasen nuevas normas— el Título IV del Libro I del Código civil, y todas las demás normas complementarias del mismo que estaban en vigor en la fecha de publicación de la Ley que se derogaba (Disposición final), y habiendo parado mientes el legislador de que entre sus normas complementarias se encontraba la Orden de 10 de febrero 1932, derogatorias de la Real Orden de 28 de diciembre de 1900, que había dispuesto no se exigiera a los que solicitasen la celebración del matrimonio civil declaración alguna respecto a sus creencias religiosas ni de la religión que profesasen, convirtiendo así el matrimonio civil tipificado en el artículo 42 de nuestro Código como subsidiario, en facultativo por Orden de 22 de marzo de 1938, prescribió que los expedientes de matrimonio civil promovidos al amparo de la Ley de 28 de junio de 1932 podían seguir tramitándose y ultimarse, siempre que ambos contrayentes o uno de ellos declarasen expresamente que no profesaban la Religión Católica, sin cuya declaración no podría en modo alguno autorizarse el matrimonio civil para los españoles (artículo primero).

CONSIDERANDO: Que acreditado en autos que la actora, hoy recurrente, doña Adoración T. G. y el demandado, don José A. G., contrajeron matrimonio civil en Barcelona el 20 de octubre de 1938 ante el Juez Municipal y dos testigos, así como que ambos están bautizados, es inexcusable declarar la nulidad por haber sido atentado con infracción de lo dispuesto en el artículo primero y Disposición final de la Ley de 12 de marzo de 1938 y del artículo 1.º de la Orden de 22 de marzo de 1938, dando lugar al motivo primero del recurso.

CONSIDERANDO: Que asimismo es de estimar el motivo segundo que denuncia la interpretación errónea del párrafo primero del artículo 4.º y del artículo 101 del Código civil, pues como tiene declarado esta Sala en sus sentencias de 21 de octubre y 12 de noviembre de 1959, el caso de ser católicos por lo menos uno de los contrayentes, implícitamente comprendido según la doctrina en el número 4.º del artículo 101 de la Ley sustantiva civil, está integrado de forma inequívoca en el artículo 42, sustancial en la materia, que entraña la definición y esencia de la institución, por lo que aparece evidente que, conforme al artículo 4.º del mismo Código, el matrimonio celebrado

por los litigantes es nulo, con nulidad radical como realizado contra lo dispuesto en la ley.”

Precisa esta sentencia, con toda nitidez, cuáles son las fechas clave en materia de matrimonios civiles contraídos al amparo de la legislación republicana, y deja bien clara la precipitación del legislador “bélico” español.

La mención, en el último considerando, de que basta con que uno de los contrayentes “profese el catolicismo” para que el matrimonio deba celebrarse canónicamente parece correcta; sin embargo, no deja de sorprender que se afirme al final del primer considerando, siguiendo la Orden de 22 de marzo de 1938, que basta con que uno no lo profese para que se pueda contraer matrimonio civil.

Aún es más sorprendente la afirmación contenida al final del primer considerando, afirmación cuyo sentido es que el artículo 42 del Código civil regula un sistema de matrimonio civil, pero que puede ser convertido en facultativo por una orden ministerial.

Del texto del segundo considerando, “ambos están bautizados”, podría deducirse que el T. S. identifica “profesar” con “estar bautizado”. No creo que el T. S. trate conscientemente de establecer esa identificación, basta para comprobarlo leer el considerando anterior; se trata de un caso más de empleo de una terminología cambiante, sin ningún intento de precisión. Además, téngase en cuenta que nos encontramos en 1961, con la Orden del 41 claramente derogada por posteriores disposiciones de superior rango normativo, y ante un Tribunal que considera modificable el sistema matrimonial por Orden ministerial y por lo tanto, con mayor motivo, por disposiciones de rango superior.

— Sentencia de 23 de diciembre de 1977.

— Sala: Primera.

— Recurso: de casación por infracción de ley.

— Magistrado ponente: Antonio Cantos Guerrero.

— Hechos: “Don Manuel P. F. dedujo ante el Juzgado de 1.ª Instancia número 2 de los de Córdoba demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, contra doña Salud M. V. y contra don Manuel P. M., sobre nulidad de matrimonio civil.

Los antecedentes de hecho necesarios para el estudio de esta sentencia se recogen en los Considerandos de la misma.

El Juez de 1.ª Instancia dictó sentencia por la que estimando la demanda declaró la nulidad del matrimonio contraído entre actor y demandada, debiendo inscribirse *marginalmente* la parte dispositiva de la sentencia para la efectividad de la misma, en la inscripción de dicho matrimonio, con expresión de que la esposa demandada obró de buena fe, reservándose a la misma su derecho a los gananciales y a los alimentos y que dicho matrimonio produce todos sus efectos respecto al hijo, legítimo sin costas. Apelada la sentencia la Audiencia la revocó, desestimando la demanda, sin costas.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley.

El T. S. declaró no haber lugar al recurso interpuesto."

— Sentencia: "CONSIDERANDO: Que para resolver el presente recurso hay que partir de los siguientes hechos: Primero: Que conforme a lo prescrito en la Constitución de 9 diciembre 1931, el 28 junio 1932 fue promulgada la Ley de Matrimonio Civil, la cual consideraba obligatoria dicha forma, en todo el territorio nacional y para todos los españoles, como la única válida a todos los efectos civiles; antes de promulgarse dicha ley, había sido dictada la O. 10 febrero 1932, que hizo innecesaria la declaración de no profesar la religión católica para poder contraer matrimonio civil. Segundo: El 12 marzo 1938 se dicta una ley, en plena guerra civil, por la que se deroga la ley anteriormente mencionada de matrimonio civil obligatorio, restableciendo la vigencia del artículo 42 del Código civil; derogación acordada por el poder constituido en la zona nacional. Tercero: A partir de primero de abril de 1939, terminada la guerra civil española, todo el territorio fue dominado por el poder constituido en la zona nacional que había dictado aquella derogación; o sea, que a partir de dicha fecha la derogación afectó a todo el territorio nacional, pero que existió un período, desde el 21 marzo 1938 a 1 abril 1939, en que siguió rigiendo, en toda su integridad, en la zona republicana la Ley de Matrimonio Civil de 28 junio 1932, no obstante su derogación para la zona nacional. Cuarto: Que en el caso de autos, el matrimonio fue contraído en Andújar, situado, hasta el final de la guerra civil, en zona republicana. Quinto: Que el 20 junio 1974, o sea, a los 36 años y 51 días de contraído el matrimonio, después de tener un hijo, opositor con la madre en el pleito de nulidad, el esposo, alegando que por estar bautizados ambos contrayentes, eran católicos y no habían hecho declaración de apostasía, pide la anulación de su matrimonio.

CONSIDERANDO: Que, con desestimación del primer motivo del recurso, procede proclamar, confirmando la sentencia impugnada, la plena validez del matrimonio civil celebrado el 30 abril de 1938 entre el recurrente y la recurrida Salud M. V., ante el Juez Municipal de Andújar (Jaén), ya que fue contraído de la única forma posible conforme a la legislación dictada con anterioridad a la guerra civil, única vigente en el territorio donde se contrajo y que, según la relación de hechos probados, no concurrieron, en su celebración, ninguna de las circunstancias de las enumeradas en el artículo 101 del Código civil que pudieran dar lugar a su nulidad, únicas que serían las invocables para el caso; y ello por las siguientes razones: A) Porque, sin necesidad de recurrir a principios que rigen el Derecho internacional, como hace la instancia, preceptos inaplicables al caso, es indudable que concurren en él circunstancias de hecho que es imposible ignorar, cuales son las de que, cuando fue acordada la derogación de la Ley de Matrimonio Civil obligatorio, que había sido dictada por el Parlamento de la República para todos los españoles, existía una zona habitada por españoles, a la cual no le pudo afectar la derogación por dos motivos insoslayables, cuales son: la carencia, en aquella zona, de poderes soberanos de quien la dictó, y otra, consecuencia de la anterior, la falta

de promulgación de la disposición derogatoria en zona republicana, sin la cual era imposible imponer su cumplimiento; es por ello, por lo que a los españoles residentes en aquella zona que quisieran contraer matrimonio con efectos legales, no les quedaba otro remedio que el de contraer matrimonio civil; ello sin perjuicio, naturalmente, de que entonces, o al final de la guerra, hubiera podido particularmente cumplir las formalidades del matrimonio confesional si sus creencias religiosas se lo imponían. B) Porque, como alegó en el acto de la vista la representación del Ministerio Fiscal, en apoyo de su tesis favorable a la validez del matrimonio cuestionado, tanto por el tiempo transcurrido desde su celebración, como por la conducta observada por el esposo, durante el matrimonio, contra la madre y el hijo, hasta el punto de ser condenado por los Tribunales por abandono de familia, el hecho de pedir en esta fecha, alegando su condición de católico, sólo por estar bautizado, la anulación de su matrimonio, contraído el 30 de abril de 1938, pudiera constituir un verdadero fraude de ley. C) Porque el criterio expresado en los párrafos anteriores, fue el proclamado por las sentencias de este Tribunal más próximas, en cuanto al tiempo, a la época aludida, como son la de 12 mayo de 1945, 13 junio de 1947, 25 y 26 mayo y 7 marzo de 1956, cuyo criterio tiene que ser acatado; ello sin desconocer el sostenido por otras sentencias, invocadas en el recurso, como son las de 21 octubre y 12 noviembre de 1959, 16 marzo y 15 abril de 1967, referentes a casos que en realidad no son idénticos al tratado en este recurso y sin compartir el fijado por alguna otra sentencia de este alto Tribunal en la que se parte, para anular el matrimonio civil a que se refiere, de la vigencia indiscriminada del Decreto-Ley 12 marzo de 1938, en todo el territorio español, a partir de su publicación, por partir de criterios de interpretación distinta de las aquí alegadas.

CONSIDERANDO: Que, el segundo motivo del recurso, es desestimable por carecer de base fáctica; en efecto: en los hechos probados que da la instancia, no sólo se desconoce el matrimonio anterior del recurrente, sino que expresamente se afirma que no está probado que estuviera casado, en primeras nupcias, con una hermana de la recurrida.”

Es ésta la sentencia más moderna que será analizada en este trabajo (87). Su fecha está muy próxima al cierre del paréntesis temporal que aquí se pretende analizar. Hubiera sido difícil, en la fecha en que se dicta esta S.T.S., el que el tipo de solución que se da y los razonamientos que conducen a ella fueron otros de los empleados. No sólo pretendo referirme a que la normativa relativa a la materia que nos ocupa haya alcanzado en esa fecha los límites de libertad máxima que dentro del artículo 42 del Código civil son admisibles (88), sino a que

(87) De hecho no hay ninguna S. T. S. que pretenda dotar de contenido —ni tan siquiera de modo indirecto— al término profesar la religión católica ni en el año 1978 ni en el año 1979.

(88) En la fecha en que se dicta esta S. T. S. el artículo 243 en su número 2.º del Reglamento del Registro Civil —reformado por el Real Decreto

ya estaban muy avanzados los primeros pasos de la reforma legislativa que supondría un cambio radical en el sistema matrimonial español (89).

El supuesto de hecho planteado no difiere sustancialmente de los que han dado lugar a otras S.T.S. que son comentadas en estas páginas. El demandante pretende que se declare la nulidad de su matrimonio civil, contraído con posterioridad a la promulgación de la Ley derogatoria de la Ley de Matrimonio Civil, por entender que venía obligado a declarar que no profesaba la religión católica, entendiéndose que tal requisito era imprescindible para la validez del vínculo. El problema, en términos jurídicos, es, en palabras de la propia S.T.S., el de "la vigencia indiscriminada" de la Ley derogatoria.

La solución propuesta por el T. S. pretende apoyarse en tres razones diversas. La primera —y es la única que me parece determinante— consiste en considerar que la Ley de 12 de marzo de 1938 sólo estaba en vigor en aquellos territorios controlados por el poder que la dictó y ello "por dos motivos insoslayables, cuales son: la carencia, en aquella zona [la controlada por el poder constituido de la II República], de poderes soberanos de quien la dictó y otra, consecuencia de la anterior, la falta de promulgación de la disposición derogatoria en zona republicana, sin la cual era imposible imponer su cumplimiento"; entra así la S.T.S. 23-XII-77 en absoluta contradicción con la sentencia comentada más arriba —S.T.S. 16-II-61—, que, como se recordará, entendía "que la Ley de 12 de marzo de 1938... empezó a regir para todos los matrimonios de españoles, incluso los celebrados en territorio no liberado [*sic*], el 21. del mismo mes y año". La segunda razón apuntada hace referencia al largo lapso de tiempo transcurrido entre el momento de celebración del matrimonio y la interposición de la demanda solicitando la declaración de nulidad (90) y asimismo "la conducta observada por el esposo [que es el demandante], durante el matrimonio, contra la madre y el hijo, hasta el punto

de 1 de diciembre de 1977— deja reducida la prueba de no profesión a que «los que pretendan contraer matrimonio civil, manifestarán en la declaración exigida... que no profesan la religión católica». Y en los supuestos del artículo 249 del propio Reglamento, se va aún más lejos —tan lejos, por otra parte, como se había ido siete décadas antes con la Real Orden de 27 de agosto de 1906—, al establecer que «se presumirá la acatolicidad por el solo hecho de la celebración del matrimonio civil».

(89) Los trabajos legislativos de la Ponencia formada en el Congreso de los Diputados para la redacción de la Constitución habían tenido ya su manifestación práctica en la conclusión de un anteproyecto de texto constitucional; aunque tal anteproyecto no había sido publicado oficialmente, había sufrido ya una notabilísima difusión extraoficial; por otra parte, la orden del Presidente del Congreso de los Diputados disponiendo la publicación de dicho texto en el «Boletín Oficial de las Cortes» está fechada al día siguiente de la S. T. S. que nos ocupa (Vid. «Boletín Oficial de las Cortes», 44, 5 de enero de 1978, pág. 669).

(90) La S. T. S. comentada habla de «anulación del matrimonio». Anulación y declaración de nulidad son categorías nítidamente diferenciadas en Derecho. Anulación de un matrimonio y declaración de nulidad de un matrimonio son figuras radicalmente —de raíz— distintas en Derecho matrimonial. Este es un supuesto en el que se solicita —no podía ser de otro modo— la declaración de nulidad y no la anulación.

de ser condenado por los Tribunales por abandono de familia"; no creo que este extremo deba ser considerado como determinante a los efectos de la resolución de la controversia planteada. Con respecto a los apuntados en el punto C) del segundo considerando transcrito, es decir, los precedentes jurisprudenciales, pienso que, de una parte, en nuestro sistema jurídico, el T. S. no está vinculado por decisiones anteriores y, en cualquier caso, que en la materia que nos ocupa —y como pretendo demostrar en estas páginas— nuestro más alto Tribunal ha estado lejos de la unanimidad.

En lo que se refiere al sentido que da esta S.T.S. al término "profesar la religión católica", no entra directamente el T. S. a precisarlo, fundamentalmente porque a partir de los argumentos empleados resulta innecesario. Sin embargo, al afirmar en el primer considerando que la legislación republicana "hizo innecesaria la declaración de no profesar la religión católica para poder contraer matrimonio civil", está asumiendo implícitamente la identificación de la "no profesión", con la "declaración de no profesión".

El T. S., en las ocho sentencias que acaban de ser comentadas, no pretende dar un contenido al término "profesar". Lo único que pretende es declarar la vigencia y el plazo de vigencia de la legislación matrimonial de la República. Las partes pretenden la declaración de nulidad del matrimonio, en algunas ocasiones sin ninguna otra razón expresa; en otras ocasiones, para evitar la existencia de delito, o para lograr unas ventajas económicas.

El T. S. deja bien claro una serie de puntos, pero que pueden concretarse en uno: la legislación republicana es la única aplicable a efectos de matrimonio hasta el 12 de marzo de 1938; es difícil señalar cuál fue la legislación aplicada desde el 18 de julio de 1936 hasta el 12 de marzo de 1938 en las zonas no republicanas. El T. S. no siempre se planteó el problema, pero es claro, en las sentencias analizadas, que en las zonas llamadas republicanas la fecha clave en materia matrimonial no es el 18 de julio de 1936, sino, en todo caso, el 12 de marzo de 1938 (91).

La irretroactividad de la legislación matrimonial queda clara. Tal vez pueda extraerse otra consecuencia de mayor trascendencia: El T. S. considera que el ordenamiento canónico está vigente en España no por voluntad propia, sino por voluntad del ordenamiento español.

Aunque el T. S. no trate de dar contenido al término profesar —no necesita dárselo, puesto que tal término no está vigente en el derecho que aplica— sí se puede deducir cuál es la forma de pensar al respecto.

El T. S. cuando habla de "profesar" lo identifica —sin necesidad de identificarlo con nada a efectos de dictar sentencia— con "declaración de profesión". Aunque la Administración pretende identificarlo en gran parte de esa época con estar bautizado, el T. S. no lo hace así. Y no es que esté aplicando alguna norma interpretadora del artículo 42 del Código civil anterior a la Orden del 41; es que sencilla-

(91) Vid., en sentido contrario, S. T. S. 27-XII-56.

mente lo considera obvio. No pienso que S.T.S. 16-II-61 pueda considerarse, en la interpretación propuesta, como una excepción a esta regla, sino como otra prueba más. Creo que en la mente del T. S. al dictar las sentencias de 25-V-53, 25-I-56, 26-I-56 y 7-III-56, la Orden del 41 es nula de pleno derecho. Y no lo dice, porque nadie se lo ha preguntado, pero lo piensa.

Que la Orden del 41 no cala en la forma de pensar con respecto al término profesar, aparece claro con observar los argumentos de los demandantes. Con la sola excepción del demandante de S.T.S. 16-XII-60, todos piensan de forma similar al T. S. Nadie alude a estar bautizados, sino a declaración. Y es obvio que de haber entrado en el análisis de tal punto —recuérdese que todos pretenden lograr la nulidad por "profesar"— les hubiese sido más fácil probar que estaban bautizados, que probar que no hicieron declaración de no profesión. Luego no son razones de facilidad de prueba las que impulsan a plantear la demanda de una forma determinada, sino la asunción de una forma de pensar generalizada.

b) *Se plantea el problema del término "profesar la religión católica", pero no se resuelve*

Analizadas, en el epígrafe anterior, un conjunto de sentencias que tenían en común el hecho de que se referían a matrimonios contraídos al amparo de la Ley de 28 de junio de 1932, se analizarán en los próximos otra serie de decisiones agrupadas en virtud de la actitud que adopten ante el término profesar. Es bien cierto que las sentencias estudiadas más arriba tenían en común —además del objeto de las mismas— una actitud del T. S.; en ellas el término "profesar" se equipara a la "declaración de profesión".

Se estudiarán en este epígrafe aquellas sentencias en que planteándose, o al menos mencionándose, el problema del término profesar, el tema no es resuelto. Si se prefiere; aquel conjunto de sentencias que —al igual que cierto sector doctrinal— consideran que "profesar la religión católica" es un término que no necesita ser interpretado.

La lista es corta:

- S.T.S. 12-XI-64.
- S.T.S. 5-VII-65.

Tratar de establecer una línea de tendencia con tan escaso material es imposible. Son sentencias en las que no se entra en el tema que aquí interesa porque no es necesario (hay, sin embargo, sentencias en las que sin ser necesario se entra en el tema). Del hecho de que las dos sentencias citadas sean de fecha relativamente reciente, no se puede extraer, pienso, ninguna conclusión.

- *Sentencia de 12 de noviembre de 1964.*
- Sala: Primera.
- Recurso: de casación por infracción de ley.

— Magistrado ponente: Francisco Bonet Ramón.

— Hechos: «Doña Margarita F. C. y don Fermín y don Antolín M. F. formularon en el Juzgado de Primera Instancia número 16 de los de Madrid, demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, contra doña Rosa M. A. y el Ministerio Fiscal, sobre nulidad de juicio universal sobre prevención de juicio de testamento.

La parte actora solicita se dicte sentencia declarando la nulidad del procedimiento a partir de la fecha en que fue parte el Ministerio Fiscal, en representación de don Felipe F. A., por ser de domicilio desconocido y ordenar que se citara este señor en forma legal para la realización de todas las diligencias, incluso la de inventario por si le conviniera intervenir en ella o, en otro caso, y si no se personase, declararlo en rebeldía; condenar a doña Rosa M. A., por haber promovido el juicio de testamento contrariando la prohibición del causante de la herencia, a limitar su participación en el caudal hereditario a la legítima estricta que le pudiera corresponder; declarar que en el inventario de los bienes del causante no debía figurar más metálico que el existente en el momento de su defunción y no era el que existió en fecha anterior a aquel momento de su defunción, ni los valores que se transformaron o se adquirieron con posterioridad al fallecimiento del mismo; declarar que el matrimonio contraído por don Fermín M. con doña Rosa A. era nulo por no haber intervenido en el mismo el Cónsul de España en La Habana ni figurar inscrito en el Registro del Consulado; que igualmente era nulo el reconocimiento de la filiación de doña Rosa M. A. y declarar que en todo caso había prescrito la acción de los herederos de doña Rosa A. M. para intervenir en este juicio de testamento y liquidar la sociedad de gananciales entre don Fermín M. y doña Rosa A., aun en el supuesto de que esta Sociedad hubiera existido, con imposición de costas.

La parte demandada se opuso y a su vez formuló reconvencción solicitándose se declarase válido el matrimonio contraído en La Habana por don Fermín M. G. y doña Rosa Romualda de las Mercedes A. M.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia por la que, estimando la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, en lo que atañe a los hechos comprendidos en los números 3.º y 4.º de la demanda, recogidos en el pedimento 1.º de la súplica: 1.º) Absolvió en este pedimento a la demandada doña Rosa M. A. sin entrar en el fondo del asunto concreto a que alude; 2.º) Desestimando la demanda en el resto de los pedimentos, absolvió de la misma al Ministerio Fiscal por lo que respecta a los extremos que a este Ministerio se refiere; 3.º) Absolvió igualmente de la expresada demanda a la demandada doña Rosa M. A., y 4.º) Estimando, por el contrario, la reconvencción, declaró válido y eficaz, con arreglo a la legislación española el matrimonio contraído en La Habana por don Fermín M. G. y doña Rosa Romualda de las Mercedes A. M., cuyo matrimonio ha producido todos sus efectos civiles en España por haber sido a su tiempo debidamente transcrito en el Registro Civil del Consulado español de La Habana, condenando en consecuencia a perpetuo silencio sobre este extremo a los demandantes reconvenidos, doña Margari-

ta F. C. y sus hijos don Fermín y don Antolín M. F., con expresa imposición a éstos, de todas las costas causadas en este pleito. Apelada la sentencia, la Audiencia la confirmó con expresa condena en costas a la parte apelante.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley, por los motivos que se reflejan en los considerandos que se transcriben.

El T. S. declaró no haber lugar al recurso interpuesto."

— Sentencia: "CONSIDERANDO: Que según reiterada doctrina de esta Sala, no pueden servir de fundamento a un recurso de casación por infracción de ley, las normas de carácter procesal, prescindiendo de la ley en que se hallen, lo que hace decaer los motivos primero, séptimo y octavo sobre la pretendida nulidad del procedimiento solicitada por los actores, hoy recurrentes, así como el motivo diez, relativo al defecto legal en la forma de proponer la demanda, y el motivo diez y ocho, respecto a las costas, pues aun amparado en el artículo 1902 del Código civil, según reiterada jurisprudencia, cuando no hay un precepto especial en la Ley rituaria o convenio entre las partes litigantes, que obligue a determinados pronunciamientos respecto al pago de las costas judiciales, no es susceptible de casación el acuerdo que sobre este punto adopte la Sala sentenciadora.

CONSIDERANDO: Que asimismo son desestimables los motivos segundo, sexto y noveno, amparados en el número 7 del artículo 1692 de la L. E. Civ., denunciando error de hecho en la apreciación de la prueba, que no puede prevalecer, por no tener el carácter de auténticos en casación los documentos básicos que han sido objeto de interpretación por el Tribunal «a quo», ni aquéllos que no hagan prueba por sí mismos, sin necesidad de interpretaciones, analogías o hipótesis, aparte de que la Sala sentenciadora, en uso de sus atribuciones, procedió a la apreciación conjunta de la prueba.

CONSIDERANDO: Que a la impugnación de la eficacia del matrimonio celebrado en La Habana por los padres de la demandada, hoy recurrida, se enderezan los motivos once, doce, trece, catorce y quince que tampoco pueden prevalecer, pues como acertadamente proclama el Tribunal «a quo» en el considerando tercero, el mismo día 6 agosto 1919, en que se contrajo el matrimonio civil, celebraron además los contrayentes, como católicos que eran, el respectivo matrimonio canónico, cumpliendo cuantos requisitos preceptúa la Santa Madre Iglesia Católica y su Concilio de Trento, en la Iglesia Parroquial de Nuestra Señora de la Caridad de La Habana, matrimonio canónico válido en Derecho, transcribiéndose el acta de su celebración en el Registro Consular español en la República de Cuba el día 5 de octubre de 1946, y también en el Registro correspondiente del Ministerio de Justicia español, con lo que el matrimonio canónico de que se trata goza de plenitud de efectos civiles desde el día de su celebración, con independencia de la fecha de su transcripción en armonía con los artículos 75, 76 y 100 y concordantes del Código civil, sin que la reforma de los primeros preceptos a que se refiere la sentencia recurrida tenga otro alcance que el de corroborar a mayor abundamiento, ya que en la redacción originaria del Código civil se concedía igual eficacia al

matrimonio canónico, por lo que a las disposiciones reformadas no se les da carácter retroactivo, habiendo declarado la Resolución de la Dirección General de los Registros de 12 marzo 1941, evacuando una consulta del Ministerio de Asuntos Exteriores, «que en el supuesto de que los interesados hayan contraído matrimonio canónico y civil, el único que debe inscribirse en el Registro es el primero, que goza de eficacia en todos los países dado el ámbito universal de las leyes de la Iglesia y que es obligatorio para todos los españoles que profesen la Religión Católica», sin que haya pedido la nulidad de la transcripción, ni pueda apreciarse la existencia de la prescripción por haber transcurrido más de treinta años desde la celebración del matrimonio canónico, ya que no existe norma alguna que la establezca, bastando con la incoación del correspondiente expediente para la inscripción fuera del plazo, con arreglo a los trámites de la Ley y Reglamento del Registro Civil.

CONSIDERANDO: Que igual suerte ha de correr el motivo diez y seis dedicado a impugnar la legitimación por subsiguiente matrimonio de la demandada hoy recurrida, pues aparte de la eficacia del acto matrimonial, así se consignó de manera clara y expresa, según consta en la correspondiente acta, practicada a virtud de comparecencia de los padres ante la Autoridad que aun cuando no sea la española, estaba encargada del Registro Civil, no pudiendo desconocerse que en autos obra prueba abundantísima de la posesión por Rosa Fermína M. A., de estado de hija legítima, que tiene carácter de prueba supletoria con arreglo al artículo 116 del Código civil, y en todo caso bastaría, probado como está el matrimonio, con el reconocimiento de ese estado hecho por el causante en dos testamentos sucesivos, que tienen el carácter de documentos auténticos a efectos del artículo 115 del propio Código.

CONSIDERANDO: Que declarado por la jurisprudencia de esta Sala, que la acción de petición de herencia, por su naturaleza, como la del derecho de donde nace, es universal y puede ejercitarse durante treinta años (SS. de 18 mayo 1932, 12 abril 1951 y 12 noviembre 1953), probado en autos como recoge la sentencia impugnada en su cuarto considerando que la demandada recurrida nacida el 27 diciembre 1907, no llegó a la mayoría de edad hasta el 27 diciembre 1930, tiempo durante el que el padre, don Fermín M. G. poseyó los bienes de la herencia no por sí y con ánimo e intención de hacerlos propios, sino por derecho de representación y en virtud del que la patria potestad le otorgaba, desde la fecha de la mayoría de edad hasta la muerte de don Fermín (31 enero 1949), es visto que no había prescrito la acción petitoria, con lo que decaen los motivos cuarto y quinto, y falta el requisito de la posesión en nombre propio, parece asimismo el motivo tercero en que se alega la usucapion.

CONSIDERANDO: Que también hay que desestimar el motivo diez y siete fundado en la prohibición testamentaria de la intervención judicial, pues no hay otra forma de llevarla a cabo cuando premurieron al causante dos de los contadores partidores y el tercero, renunció a su cargo, y en todo caso tal condición, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, recogida en la S. de 12 diciembre 1959, en el caso

de autos habría de reputarse contraria a Derecho y por ello como no puesta con arreglo al artículo 792 del Código civil, no pudiendo ser sancionada la recurrida por utilizar el único medio adecuado para el logro de sus justas pretensiones que es la intervención de los Tribunales de Justicia, procediendo la desestimación íntegra del recurso.”

Nos encontramos, pues, ante un caso en el que, casi simultáneamente, se contrae matrimonio civil y canónico; el T. S. no duda de la eficacia del matrimonio canónico, aun contraído en el extranjero, independientemente del hecho de la inscripción.

Se insiste en la irretroactividad de la normativa matrimonial salvo disposición contraria.

En lo que se refiere al tema que aquí nos ocupa, la expresión profesar aparece únicamente en el seno de una cita de una R. D. G. R. y N., cita en el sentido de declarar que el matrimonio canónico es obligatorio para todos los españoles que “profesan la Religión Católica”. Creo que el T. S. al mencionar esta expresión en el seno de una sentencia con elementos que la “internacionalizan”, lo que pretende es hacer frente a la consideración de la “profesión” como elemento formal, lo que supondría a tal efecto que la ley aplicable sería la del lugar en que se contraiga el matrimonio; suponiendo una vía de escape de la aplicación del artículo 42 del Código civil.

El T. S. no pretende aclarar cuál es el contenido del término profesar; no se puede aventurar si no entra a aclarar su alcance, bien porque considera que tiene un sentido claro, o bien porque no es algo que se deba de dilucidar en este caso. El T. S. se limita a mencionar el término.

— *Sentencia de 5 de julio de 1965.*

— Sala: Primera.

— Recurso: de casación por infracción de ley.

— Magistrado ponente: Jacinto García Monge y Martín.

— Hechos: “Ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Málaga se interpone juicio declarativo de mayor cuantía por un súbdito norteamericano contra su esposa, en solicitud de que se declare la nulidad del matrimonio civil celebrado por ambos en Gibraltar, ante un funcionario británico, en razón a que siendo ella católica y de nacionalidad española no le era dable celebrar matrimonio distinto al canónico.

El Ministerio Fiscal, al contestar a la demanda formuló reconvencción alegando que de dicho matrimonio existían dos hijos menores por lo que para el supuesto de que fuera declarado nulo el matrimonio se declarara también la mala fe en su celebración del actor y la buena fe de la demandada, a todos los efectos civiles para ella y sus hijos. La demandada alegó incompetencia de jurisdicción porque dada su condición de católica, debía haberse planteado la demanda ante Juez Eclesiástico.

El Juzgado desestima la excepción de incompetencia alegada y también la demanda. La Audiencia de Granada revoca en todas sus partes

la sentencia apelada declara nulo y sin ningún valor ni efecto para los contrayentes el matrimonio civil efectuado, con la declaración de haber intervenido mala fe por ambos cónyuges y estimando parcialmente la reconvencción formulada por el Ministerio Fiscal declara que el referido matrimonio produzca efectos civiles en cuanto a los hijos del mismo.

La demandada interpuso recurso de casación que es estimado parcialmente por el T. S., el cual, después de casar la sentencia en la segunda, revoca parcialmente la recurrida y confirma la nulidad del matrimonio civil celebrado en Gibraltar por ambas partes, declarando haber intervenido mala fe por parte del actor y buena fe por parte de la demandada, por lo que debe surtir efectos civiles respecto a la esposa y a los hijos.”

— Primera sentencia: "CONSIDERANDO: Que la acción que en estos autos se ejercita, insta la nulidad del matrimonio, para ambos cónyuges, basándose el actor, ciudadano norteamericano súbdito del Estado de Maryland, en la disposición del artículo 42 del Código civil, respecto a deber celebrarse canónicamente el matrimonio cuando uno al menos de los contrayentes profesa la religión católica, circunstancia que afecta a la demandada, española, cuyo matrimonio civil había sido celebrado en un tercer país, Gibraltar, sometido a la soberanía de Inglaterra, y estimando la demanda por el alegado fundamento, el primero de los motivos, articulado conforme al numeral 1.º del artículo 1692 de la L. E. Civ., invoca la violación de los artículos 9.º, 14 y 23, número 3.º del Código civil, y de la doctrina jurisprudencial que cita, por estimar el recurrente que ha de tenerse en cuenta como elemento esencial, y el estatuto personal del demandante, que se omite, y que por su naturaleza, y por haber adquirido la demandada la nacionalidad del actor, sería el que hubiere de regir acerca de la validez y eficacia del aludido matrimonio mixto, mas si el invocado artículo 9.º del Código civil, al ordenar que las leyes relativas a los derechos y deberes de familia o al estado, condición y capacidad de las personas, obligan a los españoles, aunque residan en país extranjero, y esta disposición legal ha de aplicarse, conforme a la doctrina, a los extranjeros, en cuanto a su propio estatuto personal, y éste les sigue en cualquier otro país, no puede olvidarse que en armonía a lo ordenado en el artículo 11 del citado Cuerpo legal y doctrina de esta Sala, contenida, entre otras, en Sentencia de 23 febrero 1944, lo dispuesto en este artículo se entiende en cuanto dichas leyes no se opongan a las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, y tal calificación debe aplicarse a la citada disposición legal, que afecta a la contrayente católica, sometida a la prohibición de celebrar matrimonio no canónico, sin que ésta puede obviarse mediante el fraude legal, de celebrar dicho matrimonio en otro país, teniendo asimismo en cuenta, que es a la condición legal de la contrayente en el momento de celebrar el matrimonio, esto es, a su nacionalidad española, y no a la posiblemente adquirida por dicho matrimonio, a la que debe atenderse por lo que, sea cualquiera el régimen legal que afecte al demandante, la naturaleza de orden público afectante a la norma prohibitiva

infringida, excluiría la posibilidad de aplicar dicho estatuto para decidir el litigio planteado en España, por residentes en esta nación, y ello hace decaer los fundamentos en que se apoya el primero de los motivos que se examina.

CONSIDERANDO: Que el segundo y tercero de los motivos del recurso plantean una misma cuestión, la de la improcedencia de declarar culpable a la esposa demandada juntamente con la del demandante, y al no ser dicha declaración instada en la demanda ni en la reconvencción formulada por el Ministerio Fiscal, que solicitó únicamente la declaración de culpabilidad del actor invocando el motivo que se formula conforme al numeral 3.º del artículo 1692 de la L. E. Civ., la violación del artículo 359 del citado Cuerpo legal, al conceder la sentencia recurrida al actor más de lo que permitía la demanda, que no contiene pretensión sobre la declaración de culpabilidad de la esposa, y la reconvencción, que expresamente excluye esta declaración de culpabilidad solicitada expresamente respecto al marido, y el último de los motivos, con amparo en el número 2.º del citado precepto legal, plantea la misma cuestión, calificando como incongruencia la referida declaración de culpabilidad de la esposa por análogos fundamentos, concepto en el que se encuadra más adecuadamente la cuestión planteada, y habida cuenta de que, respecto a la declaración de culpabilidad del marido, reconocida en la sentencia recurrida, que se ajusta a la petición de este sentido contenida en la reconvencción formulada por el Ministerio Fiscal, no ha sido objeto de recurso y debe, por tanto, estimarse firme, culpabilidad por parte de la esposa no pedida en la demanda, ni en contradicción con la solicitud y fundamentos de la reconvencción, es procedente declarar su incongruencia; todo lo cual conduce a estimar este último motivo del recurso, casando y anulando la sentencia parcialmente, respecto a dicha declaración de culpabilidad de la esposa demandada.”

— Segunda sentencia: ”CONSIDERANDO: Que en armonía a lo establecido en el párrafo segundo del artículo 69 del Código civil, habiendo intervenido buena fe por parte de la esposa demandada, el matrimonio ha de surtir efectos civiles, no obstante la declaración de nulidad, respecto a dicha esposa y de los hijos.

CONSIDERANDO: Que no existen motivos para hacer especial imposición de costas.”

Se plantea en esta sentencia una serie de importantes problemas: 1) Todo un grupo de cuestiones de Derecho internacional privado, en los que no cabe entrar ahora, pero de notable interés (92); 2) El viejo problema de si la lista del artículo 101 del Código civil es una lista cerrada o no (93). 3) El que profesa la religión católica, siendo espa-

(92) Vid., GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D., FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *Prácticas de Derecho internacional privado*, séptima edición, Oviedo, 1979, páginas 72-73; PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, *Nota*, «Revista Española de Derecho Internacional», XIX, págs. 572-577.

(93) Esta sentencia considera—y lo señala con toda claridad—que tal lista no es cerrada. Este es el aspecto destacado en: PEÑA BERNALDO DE QUI-

ñol, si contrae matrimonio debe contraerlo canónico, y si lo contrae civil éste será nulo. Este tercer problema —muy relacionado con el anterior— es el tema que nos ocupa.

Para S.T.S. 5-VII-65, el que profesa la religión católica debe contraer matrimonio canónico. Y ¿qué es "profesar la religión católica"? Esta sentencia no entra a aclarar qué es "profesar la religión católica"; menciona el tema dos veces, ambas en el primer considerando, y con las siguientes frases: "Debe celebrarse canónicamente el matrimonio cuando uno al menos de los contrayentes profesa la religión católica, circunstancia que afecta a la demandada", y más adelante, "la contrayente católica, sometida a la prohibición de celebrar matrimonio no canónico".

Estas dos frases pueden interpretarse de dos maneras: 1.º) En la primera frase se afirma que aquel que profesa la religión católica debe contraer matrimonio canónico, y en la segunda se afirma que profesar la religión católica es equivalente a ser católico, y 2.º) En la primera frase se señala la obligatoriedad de que contraiga matrimonio canónico aquél que profese el catolicismo; la segunda frase se limita a señalar que la *professio religionis* es un tema de estatuto personal.

Personalmente, estimo que la segunda vía ha sido la seguida por el T. S.; cuando el T. S. emplea la palabra "católica" no está pensando en llenar de contenido el término "profesar".

De ser la otra solución la adoptada por nuestro más alto Tribunal, no sería ésta la sede metodológicamente correcta de situar esta sentencia, sino en el próximo epígrafe.

c) *Se identifica el término "profesar la religión católica" con el hecho de ser católico.*

Si en el epígrafe anterior se han mencionado aquellas sentencias en las que se alude al término profesar, pero en las que no se entra en la aclaración de su contenido, en este epígrafe se analizarán aquellas sentencias en las que, aludiendo al término profesar, se le identifica con otra expresión, igualmente vacía de contenido. Tal expresión es: el ser católico. En realidad, esta identificación no supone ningún avance en el sentido de dar un contenido a una expresión que carece de él. Se sustituye una expresión que nada quiere decir en el ordenamiento español, por otra sin contenido en el propio ordenamiento. Tal vez, este epígrafe y el anterior podrían haber sido uno sólo, pero he preferido separarlos para hacer notar una diferencia aunque sea meramente terminológica.

Tres sentencias pueden ser incluidas:

- S.T.S. 21-XII-63.
- S.T.S. 5-VII-65.
- S.T.S. 4-X-74.

— Sentencia de 21 de diciembre de 1963.

— Sala: Primera.

— Recurso: de casación por infracción de ley.

— Magistrado ponente: Manuel Taboada Roca.

— Hechos: "Ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Madrid, la madre de un menor de edad y a nombre del hijo reclama alimentos consistentes en una pensión mensual de 5.000 pesetas. Alega al efecto que contrajo matrimonio con el demandado en Alemania, de cuyo matrimonio nació el hijo para quien reclama los alimentos, que posteriormente por la Audiencia de Berlín se dictó sentencia de divorcio encomendando la custodia del hijo a la madre reclamante.

El demandado opuso que no existió tal matrimonio y que no era cierta la paternidad que se le atribuía, asegurando que el matrimonio no era posible porque el demandado estaba ordenado «in sacris» en una comunidad religiosa.

El Juzgado desestima la demanda, pero la Sala 3.^a de lo Civil de la Audiencia Territorial, revoca la sentencia, estima la demanda y condena al demandado a satisfacer la cantidad reclamada en concepto de alimentos desde la interposición de la demanda.

Los seis motivos en que se apoya el recurso de casación se reflejan en los considerandos que se transcriben y son desestimados por el T. S."

— Sentencia: "CONSIDERANDO: Que el primer motivo del recurso formulado al amparo del número 1 del artículo 1692 de la L. E. Civ., denuncia la infracción por falta de aplicación del artículo 600 de la misma, que exige, para que tenga valor en juicio los documentos extranjeros que el asunto o materia del acto y contrato sea lícito y permitido en España, y la sentencia recurrida, comete su infracción —en sentir del recurrente—, porque los documentos extranjeros aportados con la demanda, mediante los cuales se pretende demostrar el matrimonio y la filiación, no pueden tener valor en juicio, ya que su contenido es ilícito en doble sentido, a saber: por tratarse de matrimonio soluble, cuando el artículo 52 del Código civil establece la indisolubilidad, y porque siendo el recurrente ordenado «in sacris» carecía de capacidad para celebrar dicho matrimonio, a tenor del artículo 83 de dicho Código y de los Cánones 1072 y 1073 y si los documentos en que se basa la demanda, no pueden tener valor en juicio, aquélla carecerá de base y tiene que ser desestimada, en opinión del aludido recurrente.

CONSIDERANDO: Que si bien es verdad 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, lo cierto y real es que en el caso de autos, no se pretende tal eficacia, sino que, con los documentos acompañados a la demanda, que después se cotejaron con sus originales, lo que se prueba es —según la sentencia recurrida—, «la certeza del matrimonio celebrado

entre las partes, así como el nacimiento del hijo, a quien en el acta correspondiente del Registro Civil, se le puso el apellido del padre», nada de lo cual guarda relación con la ejecución de la sentencia de divorcio vincular.

CONSIDERANDO: Que, a mayor abundamiento, los hechos alegados por el demandado de ser católico, y estar ligado con votos solemnes y haber sido ordenado «in sacris» con anterioridad al matrimonio, no han sido acreditados plenamente y aunque originasen la nulidad del matrimonio tampoco podría privar de su paternidad al hijo nacido de ese matrimonio, porque, como también proclama la sentencia impugnada, «esa negación de efectos no se produce con respecto al nacimiento, pues lo mismo el artículo 69 del Código, que el artículo 3.º de la Ley de 12 marzo 1938 derogatoria de la del matrimonio civil determinan que, no obstante la no eficacia de tales matrimonios, los efectos civiles de éstos se producen con relación a los hijos».

CONSIDERANDO: Que en último término, ese invocado precepto de la Ley Procesal, aunque tenga cierto valor sustantivo para servir de base a la casación por infracción de ley, constituye más bien una norma valorativa de prueba, que vincula a los Tribunales y su vulneración sólo podría ser denunciada al amparo del número 7.º del artículo 1692, como originadora de un error de derecho en la apreciación de la prueba.

CONSIDERANDO: Que el motivo segundo imputa a la sentencia recurrida, error de derecho en la apreciación de las pruebas a tenor del artículo 1692 número 7.º de la L. E. Civ. en relación con el artículo 328 del Código civil, cuya infracción se comete —en tesis del recurrente— porque la Comisión Rogatoria practicada para autenticar los documentos presentados con la demanda, afirma que la inscripción del nacimiento en el Registro Civil no se basa en una declaración de los padres, sino en un comunicado de la Fundación en donde dio a luz la madre del niño, y, sin embargo, la sentencia recurrida atribuye la paternidad de él a don Joaquín R., basándose en aquella inscripción en la que éste no intervino.

CONSIDERANDO: Que el artículo 328 del Código civil, que se invoca como infringido, se limita a disponer que no es necesaria la presentación del niño al Encargado del Registro, bastando la declaración de la persona obligada a hacerla, la cual será firmada por su autor, o por dos testigos a su ruego, si no pudiera firmar; pero no contiene ninguna norma de valoración de prueba, que vincula al Tribunal, en un determinado sentido, y que éste haya vulnerado.

CONSIDERANDO: Que con apoyo en el número 1.º del artículo 1692 de la L. E. Civ. se constituye el motivo tercero del recurso en el cual se imputa a la sentencia recurrida infracción del artículo 108 del Código civil ya que la aludida sentencia, en su considerando tercero, afirma que Luis Manuel R. H. es hijo legítimo del recurrente, porque nació dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, y, concretamente, a los dos meses de la celebración del mismo habiendo de suponer que estando en ese momen-

to, la mujer en período de gestación tan avanzada forzosamente su marido tenía que reconocer el embarazo de ella, con lo que —dice el aludido recurrente—, la sentencia viene a establecer una presunción, y no el hecho cierto que exige el artículo 110 para que se destruya la presunción de su legitimidad de los que nacen dentro del matrimonio, o sea, que la presunción legal, de no legitimidad, se destruye con otra presunción la de que el marido de la madre, debía conocer el embarazo de ésta, por el avanzado estado de gestación de ella, lo cual supone la aplicación indebida de dicho artículo, que exige la prueba del conocimiento del embarazo.

CONSIDERANDO: Que, realmente, esta argumentación —y especialmente la invocación del artículo 110 del Código civil— que tanta eficacia podría tener en un proceso sobre impugnación de paternidad o desconocimiento de legitimación, carece de ella en el actual proceso en que se litiga sobre prestación de la deuda alimenticia a un menor de edad reclamada por su madre, y cuya paternidad figura en los correspondientes registros, y que sólo se impugna indirectamente y en vía de defensa cuando ya van transcurridos diecinueve días desde el nacimiento de dicho niño y de su inscripción como hijo del demandado.

CONSIDERANDO: Que, además, aun cuando la sentencia impugnada dice literalmente «que habiendo dado a luz la actora a los dos meses de haber contraído matrimonio los litigantes, hay que suponer que a la fecha de ésta conocía el demandado el estado de embarazo de la misma», más que aventurar una presunción, lo que hace es —quizá, con frase feliz— sentar la afirmación de que el marido conocía el estado de embarazo de su mujer, cuando contrajo matrimonio con ella.

CONSIDERANDO: Que también es de tener en cuenta que la sentencia recurrida, no basa su pronunciamiento condenatorio únicamente en el hecho de que el marido debía conocer el estado de embarazo de su mujer cuando se casó con ella, sino que lo complementa con otros hechos de cuyo conjunto infiere «la certeza del matrimonio celebrado entre las partes, así como el nacimiento del hijo, a quien en el acta correspondiente se le puso el apellido del padre».

CONSIDERANDO: Que como motivo cuarto del recurso, se invoca la infracción del artículo 140 del Código civil, que preceptúa que el derecho a alimentos de los hijos legítimos en quienes no concurre la condición legal de naturales, sólo podrá ejercitarse si la paternidad se infiere de una sentencia firme, o resulta de un documento indubitado en que expresamente se reconozca filiación; y como en autos —dice el recurrente—, no existe ni tal sentencia, ni ninguno de esos documentos acreditativos de la filiación, la sentencia que concede alimentos a un hijo ilegítimo, infringe aquel precepto.

CONSIDERANDO: Que bastaría el simple razonamiento de que no se indica, en ese motivo, cuál es el concepto en que la infracción se comete —como rotundamente exige el artículo 1720 de la Ley Procesal—, para que el motivo tuviera que ser desestimado; pero, añaden, en el caso de autos no se trata de hijo ilegítimo no natural,

pues no se declaró en el correspondiente proceso tal ilegitimidad; y, en último término, aun en este supuesto, siempre el hijo estaría amparado por la presunción de buena fe del matrimonio, que habría que destruir, y que, aun destruido, no la afectaría, según el ya mencionado artículo 69 del Código civil.

CONSIDERANDO: Que también se atribuye a la sentencia recurrida, no ser congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, y para formular ese quinto motivo en que se denuncia, se invoca el número 2.º del referido artículo 1792 de la Ley Procesal y se alega que es manifiesta la incongruencia, porque se piden alimentos para un hijo legítimo, y se conceden a un hijo ilegítimo; pero para la desestimación de este motivo, basta tener en cuenta: primero que en él no se hace la cita del artículo 359 de la L. E. Civ. que en los supuestos de incongruencia tiene que invocarse; segundo que los elementos no se condenan por su carácter de ilegítimo en el alimentista, sino por su condición de legítimo, que se alegaban en la demanda; tercero, que, como ya queda razonado, ningún Tribunal le ha otorgado esa cualidad de hijo legítimo que ahora le atribuye el recurrente; y cuarto que tampoco se lo ha desposeído de la cualidad de hijo del recurrente cuyo apellido ostentará hasta que se le prive del derecho de usarlo.

CONSIDERANDO: Que en ese mismo motivo quinto, se acusa otra incongruencia en la resolución impugnada que consiste, según el recurrente, en conceder los alimentos por tiempo indefinido, cuando debían de limitarse a la minoría de edad, para lo cual se pidieron.

CONSIDERANDO: Que si no fueran bastantes los razonamientos expuestos, para desestimar también esta incongruencia habría que llegar a la misma conclusión desestimatoria, si se tiene en cuenta: a) que solicitados alimentos para un menor de edad, en razón a esta circunstancia, parece natural que al desaparecer la causa cese también la obligación de prestarlos; y b) que, además, en el suplico de la demanda, no se hacía limitación alguna en cuanto a que la deuda alimenticia sólo se concretará a la minoridad del alimentista, y si el demandado temía que podría entenderse la petición para una duración indefinida, pudo, en la contestación, delimitar el objeto litigioso concretando los extremos del debate a esa menor edad del hijo para el cual se pedía.”

Es esta una sentencia, en la que el tema central —una vez más— no es el que aquí interesa. La mención al hecho de la profesión es meramente tangencial; de hecho, el recurrente no alude a una posible infracción del artículo 42 del Código civil.

Antes de entrar en el tema específico que aquí nos ocupa, querría señalar la extrañeza que produce la mención —aunque sea reproduciendo frases de la Audiencia— del artículo 3.º de la Ley de 12 de marzo de 1938. Tal Ley era derogatoria de la de Matrimonio Civil, y aplicable a unos casos muy claros y específicos: los matrimonios contraídos durante la vigencia de tal Ley. Nada permite suponer que el matrimonio objeto de la sentencia sea uno de aquéllos.

El tercer considerando es el único en el que aparece una mención del tema objeto de este estudio.

No se habla de "profesar el catolicismo", sino de "ser católico", lo cual supondría identificar ambos términos, puesto que el término católico no aparece en el Código civil aisladamente, y por lo tanto su empleo no puede hacer referencia a otra cosa que a la expresión "profesar la religión católica" del artículo 42 del Código civil.

Por otra parte, y en íntima conexión, en este mismo considerando, el T. S. no se decide en un sentido o en otro, a propósito de si la lista del artículo 101 del Código civil es cerrada o no. La expresión "aunque originasen la nulidad" así lo permite suponer.

— *Sentencia de 5 de julio de 1965.*

Esta sentencia ya fue transcrita y analizada en el anterior epígrafe. También se explicaba allí cuáles fueron las razones que indujeron a incluirla allí, pero mencionándola aquí; y qué postura había que adoptar para incluirla aquí y no allá.

— *Sentencia de 4 de octubre de 1974.*

— Sala: Primera.

— Recurso: de casación por infracción de ley.

— Magistrado ponente: Mariano Gimeno Fernández.

— Hechos: "Don Pablo G. del A. dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia número 24 de los de Madrid, demanda contra doña Cáról A. P. y el Ministerio Fiscal, sobre separación de matrimonio civil.

Los antecedentes de hecho necesarios para el estudio de esta sentencia, se recogen en los considerandos de la misma.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la reconvencción del Ministerio Fiscal, y estimando la demanda parcialmente y reconvencción propuesta esta última por la esposa demandada, decretó la separación de los cónyuges, acordando la separación de bienes de la sociedad conyugal; y en cuanto al sustento, guarda y custodia de los hijos se proveerá en ejecución de sentencia, sin condena de costas. Apelada la sentencia, la Audiencia la confirmó, sin hacer especial condena en las costas de la apelación.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley, por los motivos que se reflejan en los considerandos que se transcriben.

El T. S. casa la sentencia."

— Sentencia: "CONSIDERANDO: Que el motivo primero del recurso formalizado por el Ministerio Fiscal por el cauce del número 7.º del artículo 1692 de la L. E. Civ. aduciendo un error de hecho, es rechazable porque el tema que plantea no es otro que el de la inexistencia de prueba de acatolicidad de los contrayentes, cuyo extremo manifiesta no se desprende de la certificación de la inscripción del matrimonio en la Oficina del Registro de aquéllos en Gibraltar y demás que se acompaña a la demanda, lo que no ha sido negado ni desconocido por la sentencia recurrida, que fundamenta la resolución en la interpretación de determinados artículos de la Ley del Registro

Civil y su Reglamento, de los que se desprende la posibilidad de la validez del matrimonio civil celebrado con arreglo a la legislación del lugar ante la Autoridad local interviniente, en relación con determinadas manifestaciones hechas en los escritos de las partes, las que carecen del carácter de auténticos a los efectos de apoyar un error de hecho en casación, y la discusión de tal interpretación no es propia del cauce legal de este motivo, sino en todo caso, del número 1.º del propio artículo 1692 de la misma Ley.

CONSIDERANDO: Que bajo los motivos segundo y tercero del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, ambos formulados por el cauce del número 1.º del artículo 1692 de la L. E. Civ., se acusa en el primero de ellos la interpretación errónea de los artículos 73 de la Ley del Registro Civil y 249 de su Reglamento, en que se apoya la sentencia recurrida, en relación con el número 4 del artículo 101 del Código civil y en el tercero, la violación del párrafo 3.º del artículo 42 y último del artículo 86 del Código civil, en relación con el 4 y 9 del mismo Cuerpo legal, igualmente violados, motivos que han de estimarse, pues, si bien la legislación vigente del Registro Civil y concretamente el artículo 73 de la Ley, viene a reconocer la posibilidad de la validez de los matrimonios civiles celebrados por españoles en el extranjero conforme a la legislación del lugar, sentido en que debe entenderse modificada la dicción del número 4 del artículo 101 del Código civil, que en el caso presente resultaría reforzada por la situación especial del territorio de Gibraltar, carente de representación consular española; sin embargo, para el reconocimiento de la validez de aquél y eficacia en España, se exige la prueba de la acatolicidad de los contrayentes, lo que debe verificarse y acreditarse con anterioridad a aquel acto, y cuando no resulte se haya llevado a cabo, con posterioridad al mismo, a través del expediente que para su transcripción en el Registro Civil español, haya de instruirse con arreglo al citado precepto de la Ley del Registro Civil y concordante artículo 249 de su Reglamento, requisito el de la inscripción, previa la oportuna prueba de acatolicidad, necesario para que pueda reconocerse al matrimonio celebrado en aquellas circunstancias plena eficacia en España, y como en el caso de autos la propia sentencia recurrida señala, con cita incluso de los correspondientes folios, sólo constan unas manifestaciones de acatolicidad hechas en la demanda por la representación del actor, no reconocidas por la representación de la otra parte, que manifiesta en su contestación a la demanda ignorar que profesa aquél, afirmando por su parte que su representada es protestante, manifestaciones no ratificadas por las propias partes personalmente durante el período probatorio, ni complementadas con ningún otro medio de prueba, que ni siquiera se ha intentado, son manifestaciones insuficientes para acreditar aquellos extremos, por lo que resulta evidente que la existencia de aquel acto o matrimonio civil celebrado en Gibraltar ante la Autoridad local con arreglo a la legislación inglesa, no puede reconocérsele validez ni eficacia en España, por faltarle la prueba de la acatolicidad de los contrayentes en la fecha de celebrarse el matrimonio civil atendida la nacionalidad española del demandante, lo

que lleva consigo la nulidad del acto conforme al artículo 4 y 9 del Código civil vigente en la fecha de la celebración del matrimonio, preceptos que se invocan como infringidos en el motivo tercero del recurso juntamente con el párrafo 3.º del artículo 42 del propio Cuerpo legal, que exige para que pueda autorizarse la celebración del matrimonio civil la probanza de que ninguno de los contrayentes profesan la religión católica, incumbiendo la prueba de dichos extremos a los propios contrayentes conforme al párrafo último del artículo 86 del mismo Código y al no haberlo entendido así la sentencia recurrida, procede su casación acordando la nulidad e ineficacia del matrimonio civil a que el presente proceso se refiere, sin hacer expresa imposición de costas del recurso."

Un matrimonio civil, contraído en el extranjero, es, una vez más, el elemento que desencadena una actividad judicial.

Se trata de una sentencia muy reciente —1974—, que alcanza un resultado, pretendidamente "progresista": lograr la anulación matrimonial; y lo alcanza mediante unos instrumentos claramente "reaccionarios": dificultar la posibilidad de acceso al matrimonio civil.

En el aspecto que interesa ahora, la idea básica de la sentencia es que: un matrimonio civil entre protestante extranjera y católico español, celebrado en el extranjero, no será válido si no se prueba la acatolicidad.

Al concepto "profesar la religión católica" se hace referencia varias veces a lo largo de la sentencia y con diversas palabras: Considerando primero: "prueba de acatolicidad". Considerando segundo: "prueba de acatolicidad" (en tres ocasiones), "manifestaciones de acatolicidad", "religión que profesa", "profesan la religión".

Como en sentencias anteriores, los términos "profesar el catolicismo" y "ser católico" se consideran equivalentes. En el comentario a la anterior sentencia se indicaba que a efectos del ordenamiento español poco cambio suponía la utilización de éste o aquel término, pues ninguno de ellos tiene un contenido preciso en nuestro sistema jurídico.

Así, pues, creo que en S.T.S. 4-X-74 se identifica el término "profesar la religión católica" con el ser católico. Ahora bien, he señalado más arriba que entre las expresiones empleadas para aludir al concepto profesar, aparece en el segundo considerando la expresión: "manifestaciones de acatolicidad". ¿Significa acaso esto que el T. S. se inclina por la posición subjetivista? ¿significa que en esta sentencia se afirma que, para contraer matrimonio civil, basta —y es necesario— declarar que no se profesa? Tomando la expresión aisladamente tal vez la respuesta debería ser afirmativa; sin embargo, en su contexto, lo único que pretende decir es que no es suficiente prueba de "no profesión de la religión católica" el hecho que en la demanda el actor declare no profesar. Lo cual es evidente, no sólo en este caso, sino en cualquier otro supuesto; si hay que probar algún extremo que afecte a la validez de un negocio jurídico, no se trata de probar que tal ex-

tremo se da en el momento del pleito, sino en el momento de celebración del negocio.

Por último, conviene señalar, aunque ello no afecte sino sólo tangencialmente a nuestro tema, que en esta sentencia se mantiene que la prueba de la acatolicidad —en el supuesto de matrimonio en el extranjero— puede darse con posterioridad a tal matrimonio; puede darse en el momento de elaboración del expediente que permitirá su inscripción en el Registro Civil.

d) *El matrimonio civil en España y el hecho de estar bautizado.*

Se puede afirmar, sin temor a equivocarse, que el tema más polémico, el tema con mayor trascendencia, el elemento que calificaría el sistema matrimonial, en el período analizado, trascendentalmente, sería el de si un bautizado —por el hecho de serlo— estaría obligado a contraer matrimonio canónico.

En un momento —1941— la Administración se mostró beligerante en este punto, al pretender imponer tal obligación (94).

Para alcanzar tal conclusión —la de que todo bautizado está obligado a contraer matrimonio canónico— se podrían seguir dos vías:

1) Considerar que la Administración es competente para interpretar el término "profesar la religión católica" del artículo 42 del Código civil. En cuyo caso los bautizados han estado obligados a contraer el matrimonio canónico, desde 1941 a 1956.

2) Considerar que el artículo 42 del Código civil es aplicable sin necesidad de interpretación, y considerar que "profesar la religión católica" significa, indubitadamente, estar bautizado.

Creo que ninguna de las dos afirmaciones de la segunda posibilidad serían ciertas; pienso: 1.º) Que el contenido del artículo 42 del Código civil no es claro y que por lo tanto necesita de una interpretación, y 2.º) Que la única autoridad competente para realizar tal interpretación es la judicial.

El tema del bautismo, como elemento calificador del español ante el matrimonio, ha sido planteado en las siguientes sentencias:

— S.T.S. 21-X-59.

— S.T.S. 16-III-67.

— *Sentencia de 21 de octubre de 1959.*

— Sala: Primera.

— Recurso: de casación por infracción de ley.

— Magistrado ponente: Antonio de Vicente Tutor.

— Hechos: "Por escrito fecha 8 septiembre 1952 la actora doña Ana E. R. dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de Madrid, demanda de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía sobre nulidad de matrimonio, contra su esposo, don Ceza L. D.

La parte actora solicita la nulidad del matrimonio civil contraído con el demandante por su condición de católica.

(94) Vid., IBÁN, IVÁN C., *Matrimonio...*, cit., págs. 141-145.

La parte demandada se opuso alegando que la actora en el momento del matrimonio no era católica, pues pertenecía a la doctrina Evangelista.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia declarando: 1.º) La nulidad absoluta del matrimonio civil contraído por la actora con el demandado en el día 26 de julio de 1946 ante el Juez Municipal número 6 del Distrito del Hospicio de Madrid, mandando anular la inscripción del referido matrimonio obrante en el Registro Civil del expresado Distrito y todas aquellas inscripciones o anotaciones que hubiera del expresado matrimonio en Registros públicos. 2.º) La buena fe de ambos contrayentes, los demandante y demandado. 3.º) Plena efectividad civil del matrimonio contraído por la buena fe y por consecuencia la absoluta legitimidad de los dos hijos del matrimonio, Margarita y Oscar L. E., habidos durante aquél. 4.º) Que sea puesto al cuidado de la actora la hija Margarita y al cuidado del padre el hijo Oscar, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas del juicio. Apelada la sentencia, la Audiencia Territorial desestimó la demanda deducida absolviendo al marido, sin hacer especial mención de costas.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley, por los motivos que se reflejan en los considerandos que se transcriben.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso interpuesto y en consecuencia dictó segunda sentencia confirmando la pronunciada por el Juez de Primera Instancia, pero deberá dar cuenta a la Junta de Protección de Menores de la sentencia y de los hechos en que se basa a los efectos pertinentes; todo ello sin expresa condena en costas en ninguna de las instancias."

— Primera sentencia: "CONSIDERANDO: Que el primer motivo del recurso por el cauce del número séptimo del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se basa en error de hecho en la apreciación de la prueba resultante de documento auténtico señalando el recurrente como tal la certificación aportada a los autos en diligencias para mejor proveer acordadas por el Juez de Instancia y expedida por el Rector de la Iglesia Española Reformada, acreditativa de que la recurrente no figuraba inscrita en los libros registros de tal iglesia durante el período de 1946 a 1953; teniendo en cuenta que dicho documento no puede reputarse como auténtico a efectos de casación, sobre todo si se observa que está en abierta contradicción con el expedido el 8 de julio de 1946 por el entonces Rector de la misma Iglesia que certifica que la propia recurrente profesaba entonces la religión cristiana evangélica, aseveración que no puede ser desvirtuada por la declaración del mismo certificante de no ser cierta, sin otra prueba o dato justificativo que tan radical cambio de postura, que tampoco dice en pro de su seriedad; parece clara la procedencia de desestimar el motivo estudiado; pero aun cuando así no fuera siempre resultaría que la certificación aducida como auténtica sólo acreditaría la falta de inscripción en los libros registros, pero no que la señora E. dejara de estar afiliada a la religión de referencia, que sería lo único interesante

a los efectos solicitados; y sin olvidar que la Sala sentenciadora en uso de sus prerrogativas deduce la apreciación de las pruebas practicadas del resultado conjunto de todas ellas y no únicamente de las certificaciones en cuestión.

CONSIDERANDO: Que del estudio de lo actuado se desprende que se ha acreditado documentalmente que la recurrente doña Ana E. R. recibió el Sacramento del Bautismo, por lo que conforme al canon 87 del Código Canónico ingresó en la Iglesia católica formando como persona en la misma y como quiera que dicho sacramento imprime carácter —canon 732— su cualidad de católica la acompañaba toda la vida, perdiéndola únicamente o bien por ser arrojada de la Iglesia Católica por excomunión o de abandono voluntario mediante la apostasía formulante acreditada; y habida cuenta que si bien concurren en dicha recurrente diversas circunstancias que pudieran suponerle incursa en la sanción que señala el canon 2319 y como más genuina la de presentar a su hijo varón a ministros acatólicos para su ingreso en la religión de éstos y en ella ser educado y también ha manifestado públicamente y en documentos y actos oficiales su separación del catolicismo y su ingreso en otra religión, lo cierto y positivo es que no consta que por las autoridades competentes de la Iglesia católica se haya hecho declaración sobre ninguno de los dos extremos referidos y habrá de considerarse a la recurrente como católica al carecer esta jurisdicción de competencia para determinar la realidad y efectividad de causa suficiente para estimarla fuera de la comunidad de la Iglesia por alguno de los motivos enunciados.

CONSIDERANDO: Que sentada la anterior doctrina no puede ofrecer la menor duda que tanto conforme al canon 1099 como a lo dispuesto en el artículo 42 del Código civil en su redacción anterior dada la fecha del matrimonio y Orden de 10 de marzo de 1941 la señora E. venía obligada a celebrar su matrimonio de forma canónica y como quiera que no lo hizo y por el contrario lo celebró en forma civil y éste se practicó con todos los requisitos extrínsecos, puesto que figuró documentalmente que estaba afiliada a otro credo; es obligado determinar las consecuencias jurídicas de tal ficción, en orden a los efectos producidos por el matrimonio de los litigantes en pugna tanto con los preceptos canónicos como con los civiles enunciados.

CONSIDERANDO: Que es principio de derecho que los actos jurídicos como el matrimonio, revestido de todas las circunstancias extrínsecas o formales, sólo son susceptibles de anulación en los casos que la Ley no determina expresamente, sin que quepa en modo alguno su ampliación analógica, ni por similitud con disposiciones, dictadas para relaciones jurídicas diferentes; y teniendo en cuenta que además de estar implícitamente comprendido según la doctrina en el número 4.º del artículo 101 de la Ley sustantiva civil, está integrado en forma inequívoca en tal artículo 42, sustancial en la materia, que entraña la definición y esencia de la institución; parece evidente que conforme al artículo cuarto del mismo Código el matrimonio celebrado por los litigantes es nulo con nulidad radical, como realizado contra lo dispuesto en la Ley, por lo que la sentencia impugnada al declarar

su validez ha interpretado erróneamente los preceptos referidos, con violación del últimamente citado y debe prosperar el segundo motivo del recurso que, por la vía del número primero del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se articula basado en dichas infracciones; máxime si se tiene en cuenta la nueva redacción dada al citado artículo 42 por la Ley de 24 de abril de 1958, más taxativa en la obligación que impone a los católicos de contraer matrimonio canónico que la anterior y que aun cuando no sea de aplicación el caso cuestionado por su fecha persiste y refuerza una orientación que no cabe desconocer.

CONSIDERANDO: A mayor abundamiento, que confirma la anterior doctrina el hecho de que para que pudiera celebrarse el matrimonio civil de los litigantes fue preciso que la recurrente ocultara su condición de bautizada en la Iglesia católica, fingiendo por una certificación, que después declaró falsa su propio firmante, que militaba en otra Iglesia; ya que en otro caso el matrimonio no se hubiera podido realizar conforme a lo dispuesto en la citada Orden de 1941, llegando en el supuesto de no haber obtenido la referida certificación, a tener que presentar declaración jurada de no estar bautizada, a cuya exactitud estaba ligada la validez y efectos civiles del matrimonio y como hubiera resultado falsa la declaración también habría sido nulo el matrimonio; por todo lo que y cualquiera que sea el concepto que merezca a la Sala la actuación de la recurrente y los móviles que la llevaron tanto a la celebración del matrimonio civil como ahora para pedir su nulidad, procede declarar haber lugar al recurso, casando y anulando la resolución recurrida, sin hacer especial declaración sobre las costas del recurso."

— Segunda sentencia: "CONSIDERANDO: Que por los propios fundamentos de la sentencia de esta misma fecha dictada en el recurso de casación y los que sirven de fundamento a la que en primera instancia pronunció el Juzgado número cinco de los de Madrid con fecha 13 de octubre de 1953, que expresamente se aceptan; procede confirmar el fallo que contiene sin hacer especial declaración sobre costas de ninguna de las instancias.

CONSIDERANDO: Que por lo expuesto en los fundamentos de la sentencia de casación, se desprende claramente la mala fe con que procedió la recurrente al contraer el matrimonio civil aportando un documento de contenido falso; y como quiera que el marido no pudo desconocer tales hechos debe concluirse que ambos contrayente obraron de mala fe y que ésta se compensa a efectos ulteriores."

La sentencia más arriba transcrita es una de las de mayor importancia de la reciente historia del sistema matrimonial español. Se plantean en ella los temas más trascendentales a ese propósito: nulidad de matrimonios por otros motivos que los indicados en el artículo 101, retroactividad de las leyes matrimoniales, aplicabilidad del C.I.C., legalidad de la Orden del 41, el matrimonio bajo condición, requisitos para contraer matrimonio civil, etc....; prueba de su importancia es

que se trata de sentencia muy citada por la doctrina (95). Pero para el presente estudio un tema destaca entre todos: los bautizados ante el matrimonio civil, en el período de vigencia de la Orden del 41.

En el último considerando de la primera sentencia se señala, con toda claridad, que en el período de vigencia de la Orden del 41 todo bautizado está obligado al matrimonio canónico. En esta sentencia el T. S. declara la legalidad de la Orden de 1941. Tal vez sea ir demasiado lejos, pero se puede afirmar que el 21 de octubre de 1959 el T. S. abandona su tarea interpretadora de las leyes, para transferirla a la Administración. Y no se diga que el T. S. interpreta primero, y *a posteriori* comprueba que su interpretación coincide con la administrativa; no, el T. S. invoca una Orden de un Ministerio para justificar su interpretación de un precepto legal con rango de Ley: el artículo 42 del Código civil.

Pero no es éste el único aspecto que merece ser atendido; la S.T.S. 21-X-59 merece un más amplio comentario, aun apartándose del hilo conductor de este trabajo. Tal vez cada uno de los considerandos merezcan un comentario —aunque sea, necesariamente, breve— por separado.

En el primer considerando nos encontramos ante un supuesto ciertamente singular. La actora presenta un documento para poder acceder al matrimonio civil, y más adelante —para lograr la declaración de nulidad de tal matrimonio— se presenta un documento de contenido diametralmente opuesto, y emitido por la misma persona. No entra el T. S., ni los comentaristas, en las posibles dificultades que debería de tener el presentar como prueba una certificación de "el rector de la Iglesia Española Reformada"; recuérdese que estamos antes de la Ley de 1967 sobre el Derecho civil a la libertad religiosa (sé que en la Orden de 1941 —que aquí se aplica— se habla de prueba documental de acatolicidad, pero precisamente tal exigencia —por dificultades de todo tipo, incluso procesales— convierte al sistema de la Orden del 41 en un sistema muy próximo al de matrimonio religioso obligatorio); en el mejor de los casos sería una prueba a incluir en el número 3.º del artículo 578 y en los artículos 602 a 604 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Veamos la opinión de Díez-Picazo a propósito de este considerando: "al cargar el acento sobre la falsedad, el T. S. se desvía un tanto del punto de origen de la discusión. La falsedad consciente podrá jugar un papel en orden a establecer la mala fe del contrayente a efectos de la aplicación del artículo 69, pero es por sí misma irrelevante desde el punto de vista de las consecuencias que se quieren extraer del artículo 42. Ocurre, además, que al admitírsele a la actora la alegación

(95) Entre otros: DÍEZ-PICAZO, Luis, *Estudios...*, cit., págs. 18-21; LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHEZ REBULLIDA, Francisco de Asís, *Derecho de Familia*, cit., pág. 31; LÓPEZ ALARCÓN, Mariano, *Consultas gubernativas...*, cit., pág. 172; IDEM, *Matrimonio civil...*, cit., pág. 123; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Matrimonio...*, cit., pág. 891; PORTERO SÁNCHEZ, Luis, *Jurisprudencia estatal en materia eclesiástica*, Madrid, 1968, págs. 41-42.

de su propia falsedad, para que triunfe su petición de entender nulo el matrimonio, se vulnera el aforismo «*nemo propriam turpitudinem allegans auditur*» y se le está tratando con una cierta lenidad, pues se le permite poner fin al matrimonio" (96). Con esto basta.

En el segundo considerando se pueden distinguir tres partes: 1.ª) El T. S. da unas reglas generales acerca de quién no es católico, 2.ª) Considera que se han dado suficientes razones como para proceder a separar de la Iglesia a la actora, y 3.ª) Se declara incompetente para separar a la actora de la Iglesia. Algunas precisiones son procedentes. Es cierto que "por el bautismo queda el hombre constituido persona en la Iglesia de Cristo"; es cierto que el Sacramento del Bautismo "imprime carácter"; pero esa "impresión de carácter" no se borra por la excomunión. El T. S. señala que en la actora "concurren... diversas circunstancias que pudieran suponerle incurso en la sanción que señala el canon 2319"; el T. S. se refiere en concreto al punto 3.º del § 1 del 2319; pero esta excomunión es *latae sententiae* y "*Poenam dicitur: «Latae sententiae», si poena determinata ita sit addita legi vel praecepto ut incuratur ipso facto commissi delicti*" (97). Por lo tanto sí, en opinión del T. S., se deja de ser católico al incurrir en la pena de excomunión, la actora ya no es católica. El hecho de que el T. S. se declare incompetente para aplicar el Derecho canónico, por obvio, no merece mayor comentario.

El T. S., que pocas líneas arriba se declara incompetente para aplicar el Derecho canónico, en el tercer considerando invoca un precepto canónico para apoyar sus argumentaciones.

Dos ideas son destacables en el siguiente considerando: de una parte, la argumentación para considerar la infracción del artículo 42 como causa de nulidad, que resume Díez-Picazo con las siguientes palabras: "El matrimonio civil, cuando uno de los contrayentes es un bautizado, es un matrimonio nulo. Existe una causa de nulidad perfectamente comprendida en el artículo 101 número 4.º, pues se contrae ante un funcionario que carece de competencia. Es, además, un negocio ilegal que cae bajo la órbita del artículo 4.º Código civil. Se trata de una nulidad absoluta y radical por tratarse de un acto realizado en contra de una disposición legal, que es el artículo 42" (98). No parece imprescindible la construcción en torno al artículo 101, 4.º, del Código civil, pues con el 4 es suficiente.

Al final de este considerando se alude al nuevo texto del artículo 42 del Código civil. No comprendo de dónde se deduce que la redacción del 42 reformado es "más taxativa en la obligación que impone a los católicos de contraer matrimonio canónico". En cuanto a afirmar que la tendencia es la de dificultar el matrimonio civil a los católicos me parece inexacto.

El último considerando es el más ilustrativo para alcanzar la meta propuesta: delinear la evolución de la actitud del T. S. ante el término "profesar la religión católica", pero esto ya se vio más arriba.

(96) Díez-PICAZO, Luis, *Estudios...*, cit., págs. 20-21.

(97) Canon 2217, § 1, 2.º del C.I.C.

(98) Díez-PICAZO, Luis, *Estudios...*, cit., pág. 20.

Díez-Picazo pregunta en su comentario a esta sentencia: "¿Quiere ello decir que, por rebote, una legislación rígida en materia de matrimonios civiles dulcifica paradójicamente, por la vía de la nulidad, las consecuencias, rígidas también, del principio de indisolubilidad del matrimonio?" (99). A la luz de esta sentencia la respuesta sólo puede ser afirmativa.

Duro y exacto es también, en su comentario, Peña: "quizá en algún caso se ha llegado a la declaración de nulidad con excesiva facilidad: así, por no constar que las autoridades de la Iglesia hayan hecho ninguna declaración sobre la excomunión o sobre la apostasía formal de contrayente, bautizado en la Iglesia católica (cf. S. 21 octubre 1959) (100). Es obvio que esta doctrina no logra la total armonía con la disciplina canónica (cf. canon 1099). Y, en cambio, está en contradicción con lo dispuesto en el artículo 42 Código civil —particularmente tal como estaba redactado al tiempo del matrimonio—, pues según tal artículo —y conforme a la interpretación que apoyan abundantes razones— procede autorizar el matrimonio civil cuando ninguno de los contrayentes profesa la religión católica, de cuya religión apostatan, sin exigirse, además, declaración, penal o no, en sentido alguno, de las autoridades eclesiásticas" (101).

En resumen, y en lo que aquí interesa, la S.T.S. 21-X-59, identifica el término "profesar la religión católica" con el hecho de estar bautizado.

— *Sentencia de 16 de marzo de 1967.*

— Sala: Primera.

— Recurso: de casación por infracción de ley.

— Magistrado ponente: Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu.

— Hechos: "Doña Margarita B. G., representada por un Procurador, dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia número 11 de los de Barcelona, demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, contra don Egón R. K. y el Ministerio Fiscal, sobre nulidad de matrimonio civil y otros extremos.

La actora solicita la nulidad de su matrimonio civil por haberlo contraído mediante una declaración jurada de no profesar la Religión Católica, a pesar de estar bautizada, asimismo solicita se le prive al padre de la patria potestad sobre el hijo de ambos, entregando el niño al cuidado de la madre.

El demandado se opuso alegando que el matrimonio civil se celebró en España, pero no se consumó hasta haberse celebrado el matrimonio religioso-judío en París, y que en todo caso le pertenece la patria potestad sobre el hijo.

El Sr. D. Egón R. K. presentó una nueva demanda solicitando,

(99) *Ibidem*, pág. 21.

(100) Hay que tener en cuenta que esta sentencia se refiere a un matrimonio celebrado con infracción de las prevenciones adoptadas—en desarrollo del artículo 42, Código civil—por la Orden de 10 de marzo de 1941, la cual podría relativizar y en algún modo explicar—aunque *no justificar*, por el valor subordinado de toda orden ministerial— la doctrina que sienta. Es nota de Peña. El subrayado es mío.

(101) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Matrimonio...*, cit., págs. 891-892.

para el improbable caso de ser declarado nulo el matrimonio, no se le prive de la patria potestad.

Ambos pleitos fueron acumulados.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia por la que, desestimando la demanda promovida por doña Margarita B. G., declaró la improcedencia de la suspensión de la patria potestad y que ésta corresponde al padre, señor R. K., sin expresa imposición sobre costas. Apelada la sentencia, fue confirmada por la Audiencia, sin expresa imposición de costas.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley, por los motivos que se reflejan en los considerandos que se transcriben.

El T. S. declaró haber lugar al recurso interpuesto contra la sentencia de la Audiencia, la que dejó sin efecto, y dictó segunda sentencia por la que declaró la nulidad del matrimonio, quedando el hijo bajo el poder y cuidado de la madre.”

— Primera sentencia: "CONSIDERANDO: Que el primer motivo del recurso amparado en el número 7.º del artículo 1692 de la L. E. Civ., carece en absoluto de virtualidad en cuanto tiende a que se declare que la recurrente fue bautizada en la Iglesia Católica, cuando tal hecho no ha sido impugnado en el proceso, la sentencia recurrida la admite tácitamente y aparece documentalmente probado en el juicio.

CONSIDERANDO: Que el segundo de los motivos articulados, que se encauza procesalmente por el número 1.º del citado artículo 1692, denuncia la violación por inaplicación de la sentencia recurrida del párrafo 1.º del artículo 4.º del Código civil, y de la doctrina contenida en las sentencias de esta Sala de 21 octubre y 12 noviembre 1959 y 16 febrero 1961, así como por interpretación errónea de los artículos 42 y 101 del Código en relación al 1.º de la Orden de 10 marzo 1941, por entender la recurrente que habiendo sido bautizada pertenece a la religión católica y venía obligada a contraer matrimonio canónicamente y es nulo el civil que celebró; y habida cuenta que en el estado actual de la legislación, y conforme a la constante jurisprudencia de esta Sala en las sentencias que invocan y la posterior de 5 julio 1965, la recurrente, por haber recibido el Sacramento del Bautismo, ingresó como persona en la Iglesia Católica según el canon 87 del Código canónico, y conforme a los 732 y 737 del mismo, tal Sacramento imprime carácter y la acompaña toda la vida, perdiéndolo únicamente si fuera arrojada de ella mediante excomunión o por abandono voluntario por apostasía formalmente acreditada o entredicho solemnemente declarado por Autoridad Eclesiástica competente, en forma escrita debidamente publicada; es evidente que no acreditado en el proceso ninguna de estas últimas circunstancias y careciendo esta Jurisdicción de competencia para determinar la realidad y efectividad de causa suficiente para estimarla fuera de la comunidad de la Iglesia y cualquiera que sea el concepto que su conducta merezca a esta Sala, habrá necesariamente de estarse, a todos los efectos, a su condición de católica para resolver el problema planteado.

CONSIDERANDO: Que sentada la anterior doctrina, no puede ofrecer la menor duda que la recurrente venía obligada al contraer

matrimonio, a celebrarlo en forma canónica, como determina el artículo 42 del Código civil, y el 1.º de la O. 10 marzo 1941, sin que le estuviera permitido contraerlo en forma civil, aunque para ello presentara declaración jurada de no haber sido bautizada, ya que tal declaración era falsa, y quedaba sometida a su exactitud la validez del matrimonio y, en su consecuencia, tal matrimonio civil fue radicalmente nulo, por lo que la sentencia recurrida, al declarar lo contrario, ha infringido los preceptos invocados y debe ser casada y anulada prosperando el segundo motivo del recurso, sin necesidad de entrar en el examen de los restantes articulados; y sin que sea obstáculo para ello las razones aducidas por la Sala de Instancia, todas de índole moral y de indudable peso, pero que no pueden revocar los preceptos legales en la actualidad vigentes.”

— Segunda sentencia: ”CONSIDERANDO: Que por los fundamentos de la sentencia de esta fecha que precede, recaída en el recurso de casación, procede declarar la nulidad del matrimonio civil celebrado entre los litigantes accediendo al pedimento primero de la demanda, que impide resolver sobre el segundo que se articula con carácter subsidiario para el supuesto de que aquél no prosperara.

CONSIDERANDO: Que del estudio de lo actuado se desprende que ambos cónyuges procedieron con mala fe al contraer el matrimonio en cuestión, la mujer al firmar la declaración jurada de no haber sido bautizada y al ingresar y practicar en otra religión; y el esposo al extender dicha declaración y demás documentos precisos para su celebración, ocultando los domicilios de ambos y reseñando otros que no respondían a la realidad y demás actos por los dos efectos, por todo lo cual, haciendo uso de la autorización concedida en los artículos 70 y 73 del Código civil, y con miras sólo al beneficio del hijo del matrimonio, dada su edad del momento de presentación de la demanda y en la actualidad su estado de salud y las atenciones que requiere, procede decretar que el hijo quede bajo el poder y cuidado de la madre.

CONSIDERANDO: Que no concurren méritos para hacer una especial declaración sobre costas en ninguna de las instancias.”

Ningún argumento nuevo aporta esta sentencia con respecto a la analizada inmediatamente arriba (S.T.S. 21-X-59). Por lo tanto ningún comentario nuevo procede ser hecho con respecto a su contenido.

Sí es importante señalar la coincidencia en el Magistrado ponente; no pretendo ignorar que las sentencias de nuestro más alto Tribunal son elaboradas colegiadamente, pero es perfectamente cierto que el ”estilo” de algunos magistrados ponentes se puede descubrir en sentencias con años de diferencia. Este es el caso.

Junto a la mención anterior (un punto más que anecdótica), también es necesario aludir a otro extremo. Es, evidentemente, sorprendente que a tan sólo un trimestre de la Ley de Libertad Religiosa se produzca una sentencia tan restrictiva. Se está aplicando una norma de 1941, pero tampoco se debe olvidar que las normas se deban de in-

terpretar según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, y la realidad social es distinta en 1967 que en 1941 (102).

Así, pues, esta sentencia vuelve a aplicar la Orden de 1941 a la letra. Aquél que, siendo bautizado, pretenda contraer matrimonio, lo deberá contraer canónico.

Quedan, así, analizadas las dos sentencias más restrictivas de la moderna historia del sistema matrimonial español. Dos sentencias, en las cuales se aplica textualmente la Orden del 41. Dos sentencias en las que, prácticamente, se viene a identificar la expresión "profesar la religión católica" con el hecho de estar bautizado.

e) *Debe contraer matrimonio canónico aquél que practique la religión católica.*

No siempre ha seguido el T. S. interpretación tan estricta de la Orden del 41. Frente a la Orden del 41 el Juzgador parece que puede adoptar sólo dos posiciones: aplicarla —y por lo tanto identificar el término profesar con el hecho de estar bautizado—, o bien —por el contrario—, considerarla ilegal y por tanto no aplicarla. Pero cabe una tercera postura ecléctica, decir que se aplica, pero hacerlo de una forma laxa; lo que en cierta medida es tanto como no aplicarla. Esta tercera vía es la seguida por S.T.S. 12-XI-59.

— Sentencia de 12 de noviembre de 1959.

— Sala: Primera.

— Recurso: de casación por infracción de ley.

— Magistrado ponente: Francisco Eyre Varela.

— Hechos: "Por escrito fecha 26 enero 1953, la actora, doña Sagarrio M. T., dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Madrid, demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra don Jacob A. K., sobre nulidad de matrimonio civil.

La actora, que contrajo matrimonio con su esposo, de religión judía, alegando que profesaba la religión evangélica y probando este aserto mediante dos certificaciones facilitada por dos Pastores de dicha religión, solicita la nulidad del matrimonio civil por estimar que es católica bautizada y confirmada y que prueba que hizo la Primera Comunión.

El demandado se opuso alegando que la petición de nulidad del matrimonio civil se debe a desavenencias que han surgido y a conductas irregulares de la mujer.

El Fiscal también se opuso a la nulidad del matrimonio.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la de-

(102) No se me oculta que tal vez el planteamiento debería ser el contrario; en efecto: la realidad social—la moral (de *mos*, *moris*) pública—de 1967 exige una mayor facilidad para la desaparición del vínculo matrimonial—el divorcio—; y para lograr tales resultados el juez tiene que aplicar, paradójicamente, unas normas absolutamente contrarias a la moral social de 1967—la Orden de 1941—. Tal vez sea esta la actitud del juez. Pero, al margen de cualquier consideración ética—el fin no justifica los medios—, esto sería una mala solución técnica.

manda, sin hacer expresa condena de costas. Apelada la sentencia, la Audiencia Territorial la revocó, y estimó la nulidad del matrimonio civil objeto de la litis, sin expresa declaración de culpabilidad para ninguno de los litigantes, dejando a salvo los derechos inherentes exclusivos de los hijos habidos durante el tiempo que han estado juntos los padres y cuyos hijos poseen cuantos derechos les correspondan como tales hijos legítimos; todo ello sin expresa declaración de costas en ambas instancias.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley, por los motivos que se reflejan en los considerandos que se transcriben.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto."

— Sentencia: "CONSIDERANDO: Que a tenor de lo dispuesto en el artículo 42 del Código civil los católicos sólo pueden celebrar matrimonio sujetándose a las prescripciones de la Iglesia.

CONSIDERANDO: Que la Orden de 10 de marzo de 1941 determina inexcusablemente la estricta observancia de ese precepto e incluso sujeta la validez del matrimonio civil a la certeza o veracidad invocada de la acatolicidad, necesaria para acogerse a esta forma de matrimonio.

CONSIDERANDO: Que ello determina la improcedencia de los dos motivos del recurso deducido por el Ministerio Fiscal, ya que está probado, y así lo aprecia la sentencia recurrida, que los contrayentes engañaron a la autoridad que legalizó tal matrimonio, demostrando mendazmente que ambos eran acatólicos, protestantes, siendo así que uno era y es católico, bautizado y observante de la religión aludida, siendo de observar que esa evidente infracción legal de acogerse, en contra de lo ordenado, al matrimonio civil, siendo católico uno de los contrayentes, ocasiona la nulidad del mismo como comprendido, así reconocido generalmente por la doctrina, en el número cuarto del artículo 101 del mencionado Código, en relación con el cuarto del Código civil, y también así admitido por esta Sala en sentencia de 21 de octubre último, en la que se resuelve un caso de naturaleza igual al presente.

CONSIDERANDO: Que en cuanto al recurso interpuesto por el marido, don Jacob A. K., es igualmente improcedente, pues la Sala de Instancia parte del supuesto de que no existen méritos para apreciar si hubo o no mala fe y de qué parte estuviera una y otra, y ante la presunción legal de buena fe, sólo cabe sostener ésta en ambos y, en todo caso, se provocaron parecidas consecuencias, aun cuando la mala fe procediera de ambos, y dado que esos supuestos no se respetan en el aludido recurso, que parte de la mala fe, no admitida en la sentencia, de la esposa exclusivamente, carece de base la pretendida aplicación de los preceptos legales cuya infracción se denuncia, ya que el cauce número primero del artículo 1692, exige respeto a los hechos probados, debiendo, además, en cuanto al segundo motivo, poner de relieve su absoluta inadmisibilidad por no expresar el número del artículo 1692, ni siquiera el artículo a que se acoge, defecto que opera en este trámite como causa de desestimación."

Personalmente, pienso, que el término "profesar la religión católica" lleva implícito un grado de subjetividad —de actitud ante la religión católica—, difícilmente objetivable. Que tal vez la expresión más objetiva —sin apartarse de espíritu del término "profesar la religión católica"—, sea la de practicar el catolicismo, o como prefiere llamar la presente sentencia: "observar" la religión católica.

No parece claro, es bien cierto, en esta sentencia que el T. S. considere identificable el término "profesar", con el hecho de "observar". Es más, si se lee aisladamente el primer considerando, se debería suponer que el T. S. identifica "profesar la religión católica" con ser católico. Si sólo se atiende al segundo considerando, tal vez aparezca como hecho evidente que hay que aplicar la Orden del 41, es decir, los bautizados deben contraer matrimonio canónico.

Sin embargo, si se analiza el tercer considerando —considerando esencial de esta sentencia, ya que es en él donde se afirma la violación de la normativa legal a efectos de contraer matrimonio— se verá que el T. S. considera que el "observante" del catolicismo es el que viene obligado a contraer matrimonio canónico; en efecto: se afirma que, "siendo católico" uno de los contrayentes, el matrimonio civil será nulo. Esta afirmación podría llevar a la consecuencia de que nos encontramos ante una de esas sentencias que identifican el término "profesar el catolicismo" con la expresión "ser católico", pero tal impresión sería falsa. Y sería falsa porque a diferencia de tales sentencias, en ésta se da un concepto de ser católico, y ello se hace pocas líneas más arriba al afirmar: "uno era y es católico, bautizado y observante".

Para "ser" católico hay que estar bautizado (y a ello hace referencia la palabra bautizado); hay que estarlo en el catolicismo —o bien haberse convertido a él desde otra religión a la que se ingresó mediante bautismo válido— (y a ello hace referencia la palabra católico); pero, además, hay que adoptar una cierta posición activa frente al catolicismo, no basta adherirse en un momento; el ser católico exige una adhesión continuada, un modo de vivir: vivir *en* católico, (y a ello hace referencia la palabra observante); en la misma frase se insiste en este punto, cuando se dice: "era y es católico", se quiere decir que se ha podido dejar de ser católico, habiéndolo sido en un cierto momento.

Ese "ser observante", es lo que más habitualmente se llama ser practicante. Ser observante es cumplir —tratar de cumplir, al menos— las normas del catolicismo.

Para S.T.S. 12-XI-59 "profesar" es "practicar". El T. S. se muestra partidario de la posición subjetivista.

Junto a este tema —y también en el tercer considerando— el T. S. también se plantea, una vez más, si la violación del artículo 42 del Código civil es o no causa de nulidad del matrimonio. El T. S. resuelve en este caso en el sentido de considerar el supuesto presente como in-cluible dentro del número cuarto del artículo 101 del Código civil (103).

(103) A propósito de tal extremo es citada, por ejemplo, en: LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Derecho de Familia*, cit., pág. 31, y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Matrimonio...*, cit., pág. 891.

— *Sentencia de 12 de diciembre de 1961.*

— Sala: Primera.

— Recurso: de casación por infracción de ley.

— Magistrado ponente: Diego de la Cruz Díaz.

— Hechos (104): "Los actores pretendían contraer matrimonio civil y a este efecto incoaron el oportuno expediente ante el Juzgado Municipal encargado del Registro Civil del Distrito del Hospicio, de Madrid. El encargado del Registro mencionado había denegado el matrimonio con fundamento en que ambos contrayentes estaban bautizados. Efectivamente, los actores, al iniciar el expediente matrimonial habían declarado paladinamente que habían sido bautizados en la Iglesia Católica al nacer, pero que desde hacía varios años pertenecían a la Iglesia Evangélica Baptista, extremo que acreditó el pastor regente de tal Iglesia, quien afirmó que ambos eran asiduos concurrentes a las prácticas religiosas que se celebraban en la referida iglesia. Elevó el Juzgado consulta al señor Obispo de Madrid-Alcalá, pero no obtuvo más respuesta que el acuse de recibo.

Contra la negativa del encargado del Registro Civil habían elevado los interesados recurso ante la Dirección General de los Registros, la cual resolvió que concurría un obstáculo legal para el matrimonio civil, por lo cual debía suspenderse su celebración.

En estos términos los actores interpusieron demanda contra el Ministerio Fiscal solicitando que se dictase sentencia declarando su derecho a contraer matrimonio civil.

El Juzgado y la Audiencia desestimaron la demanda, pero el T. S. declaró haber lugar al recurso".

— Sentencia: "No obstante no ser potestativo el escoger la clase de matrimonio de los dos que reconoce la Ley, sino obligado para los católicos el celebrarlo conforme a las prescripciones de la Iglesia, y ser cierto que tienen la condición de tales quienes, por el carácter que imprime el estar bautizados, de ella forman parte, y que a su jurisdicción exclusiva compete el decidir acerca de la exclusión de su seno, no lo es menos que los que a esta situación hayan advenido pueden contraer matrimonio civil, si prueban haber perdido dicha conceptualización de católicos, que les imponía el matrimonio canónico, cuya prueba, si bien es exacto que, por la índole de la materia, no puede estimarse cumplida por la mera declaración de los interesados, ni por aportaciones que avalen una situación de conciencia o confirme hechos externos, sobre cuya trascendencia sólo puede pronunciarse la Iglesia, como declarado tienen las sentencias de esta Sala de 21 de octubre y 12 de noviembre de 1959, sí ha de considerarse suficiente, cuando se han cumplido las prescripciones legales que obvian el obstáculo que se opone a la eficacia de la prueba aportada por la comunicación circunstanciada del caso a la autoridad eclesiástica diocesana (art. 245 del Reglamento del Registro Civil, de 14 de noviembre de 1958), con lo que se reconoce la competencia de su jurisdicción.

(104) Tanto los hechos como el texto de la sentencia se transcriben tal como aparecen en DÍEZ-PICAZO, Luis, *Estudios...*, cit., págs. 24-25.

Sentado lo expuesto, como por la sentencia recurrida se acepta que los actores y recurrentes han abjurado de los dogmas de la Iglesia Católica, Apostólica y Romana, que pertenecen a la Cristiana Evangélica Bautista, y que, han aportado prueba documental, demostrativa de no practicar aquélla, que en el pertinente expediente es expuso a la autoridad eclesiástica diocesana el proyectado matrimonio, habiendo transcurrido un mes sin que nada se hubiese expuesto por la misma, y no obstante todo ello, se deniega la pretensión de los actores de que se declare no existir obstáculo para la celebración de su matrimonio civil y que procede acceder a su celebración por la razón de estimar ineficaz la prueba de su acatolicidad, entendiéndolo erróneamente que es inexcusable la aportación de la expresada declaración de la Iglesia de no ser católicos, en contradicción con lo preceptuado en el artículo 41 del Reglamento del Registro Civil, vigente a la sazón y recogido en el 245 del actual, que se limita a determinar la forma cómo debe ser probado por los bautizados el no profesar la religión católica y solicitar celebrar el matrimonio civil que permite el artículo 42 del Código civil vigente, en la fecha en que se solicitó, esta tesis, ha de reputarse equivocada, y al acusarse como error de derecho en el motivo quinto del recurso y denunciada en el primero como interpretación errónea del artículo 42 del Código civil es procedente acogerla, por la exclusiva razón consignada, lo que hace innecesario por su intrascendencia a efectos del recurso el examinar singularmente cada uno de los demás motivos formulados.”

Curiosamente, en esta sentencia aparece menos claro que en la anterior, la identificación del término “profesar la religión católica” con el hecho de practicar. Y digo curiosamente porque aquí, a diferencia de en la anterior, si emplea la palabra “practicar”. No obstante, antes de entrar en tal tema parece importante destacar otro aspecto.

El aspecto al que me refiero no es de fondo, sino meramente formal. Más exactamente, la forma en que la controversia se plantea. En la práctica totalidad de las sentencias nos encontramos frente a un matrimonio —o apariencia de matrimonio— cuya nulidad se pretende lograr —con una u otra finalidad: económica, evitar la incursión en un delito, etc...— mediante la prueba de violación del artículo 42 del Código civil. Sin embargo, en este caso no nos encontramos ante un matrimonio, cuya nulidad se pretenda lograr; sino, bien al contrario, ante la pretensión de una pareja que aspira a contraer matrimonio civil, y ello con la oposición de —sucesivamente— el Encargado del Registro Civil, la Dirección General de los Registros y del Notariado, el Ministerio Fiscal y el Juez de Primera Instancia. Aquí se le pregunta al T. S., ante un caso concreto, si pueden o no pueden contraer matrimonio civil. Y el T. S. responde (105).

Se ocupa, en primer lugar, el T. S. de señalar, con toda nitidez,

(105) Este extremo aparece destacado, con todo acierto, en *ibidem*, página 26.

que el sistema matrimonial español, es el de matrimonio civil subsidiario ("no ser potestativo el escoger la clase de matrimonio"). Pasa más adelante a inclinarse —solamente en apariencia, como más tarde se verá— por la forma más restrictiva del sistema subsidiario ("obligado para los católicos el celebrarlo conforme a las prescripciones de la Iglesia, y ser cierto, que tienen la condición de tales, quienes por el carácter que imprime el estar bautizados, de ella forman parte"). Para más adelante admitir, simultáneamente, la posibilidad que un miembro de la Iglesia deje de serlo, y por otra parte la competencia exclusiva de la Iglesia a esos efectos ("a su jurisdicción exclusiva compete acerca de la exclusión de su seno"). Y como consecuencia, que aquéllos que "a esta situación hayan advenido, pueden contraer matrimonio civil". Se considera más adelante insuficiente prueba de acatolicidad la simple declaración. Para pasar a considerar suficiente prueba "cuando se han cumplido las prescripciones legales que obvian el obstáculo que se opone a la eficacia de la prueba aportada por la comunicación circunstanciada del caso a la autoridad eclesiástica diocesana".

Es en el segundo considerando en el que se hace referencia a la práctica de la religión; en este considerando parecen enunciarse las condiciones —pero sin especificar cuáles son necesarias y cuáles no, y cuáles suficientes y cuáles no— para poder contraer matrimonio civil, en el supuesto de bautizados en el catolicismo:

1.ª) Declarar que no se profesa ("abjurado de los dogmas de la Iglesia Católica Apostólica y Romana").

2.ª) Pertenecer a otra religión ("que pertenecen a la Cristiana Evangélica Bautista").

3.ª) No practicar el catolicismo ("que han aportado prueba documental, demostrativa de no practicar aquella").

4.ª) Cumplir lo preceptuado en el artículo 245 del Reglamento del Registro civil de 14 de noviembre de 1958 ("que en el pertinente expediente se expuso a la autoridad Eclesiástica Diocesana el proyectado matrimonio, habiendo transcurrido un mes sin que nada se hubiese expuesto por la misma").

Pienso que sólo la 1.ª, 3.ª y 4.ª son necesarias; la pertenencia a otra religión no es más que un método de facilitar la prueba de que no se practica (106). La simple declaración, al ser insuficiente en sí misma, y por su escasa dificultad, se puede considerar como superflua. La exigencia del artículo 245 del Reglamento del Registro Civil es sólo eso, una exigencia reglamentaria, y por lo tanto modificable reglamentariamente; por ello, se puede concluir afirmando que el único requisito de fondo, el único requisito derivado directamente del Código civil que S.T.S. 12-XII-61 exige para contraer matrimonio civil es la prueba de que no se practica la religión católica (107).

(106) Una opinión contraria, en la forma de interpretar esta sentencia, puede verse en *ibídem*.

(107) No es destacada la alusión a la «práctica del catolicismo», ni en *ibídem*, págs. 25-27, ni en ESPFN, Diego, *Manual de Derecho Civil Español*, IV, *Familia*, tercera edición, Madrid, 1972, pág. 84.

- Sentencia de 11 de marzo de 1975 (108).
- Sala: Primera.
- Recurso: de casación por infracción de ley.
- Magistrado ponente: Mariano Gimeno Fernández.
- Hechos: "Don José M. M. dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia número 30 de los de Madrid, demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra doña Tatania S. K. y el Ministerio Fiscal, sobre nulidad de matrimonio civil.

Los antecedentes de hecho necesarios para el estudio de esta sentencia se recogen en los considerandos de la misma.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda, con costas al actor. Apelada la sentencia, la Audiencia la confirmó, sin hacer especial imposición de costas de segunda instancia.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley, por los motivos que se reflejan en los considerandos que se transcriben.

El T. S. declaró no haber lugar al recurso interpuesto."

— Sentencia: "CONSIDERANDO: Que de la sentencia de instancia, ya que la recurrida acepta íntegramente todos los fundamentos de la del Juzgado, puede destacarse a los fines de la resolución de este recurso, establecerse como probado: que el actor nacido en Bilbao en 9 junio 1931 y bautizado en 21 del mismo mes y año, fue trasladado a Rusia como consecuencia de la guerra habida en España, cuando contaba seis años de edad, permaneciendo en dicho país durante diecisiete años, dentro de los cuales contrajo matrimonio civil con la demandada en 20 septiembre 1954 con plena conciencia y conocimiento de su validez, ante el encargado del Registro Civil de la localidad rusa donde tuvo lugar el acto; que al regresar a España, solicitó y obtuvo la inscripción de aquel matrimonio en el Registro Civil Central de la Dirección General de los Registros; que en la época en que se celebró el matrimonio, España no mantenía relaciones diplomáticas con Rusia, no existiendo en dicho país representación consular de España; que es un hecho notorio que la práctica de la religión católica estaba totalmente erradicada en aquel país durante el tiempo de la permanencia del actor en el mismo, el que al regresar a España no cuidó si de ello tenía conciencia o propósito de ratificar aquella unión por vía sacramental, sino que optó por la inscripción del referido matrimonio civil en el Registro Central de España; que los hijos habidos del matrimonio los inscribió en el Registro Civil, ya en España, como hijos de él y de la demandada; y que la interposición de la demanda de nulidad de matrimonio que motiva este proceso tuvo lugar en 19 julio 1972 y la motivó el hecho de que su esposa sufría trastornos mentales.

CONSIDERANDO: Que de la simple lectura de la demanda, así como de los hechos que estima acreditados la sentencia recurrida, deducidos algunos de las propias manifestaciones del actor en su confesión, se obtiene la conclusión, de que al demandante nunca le inquietó su situación matrimonial y unión a su cónyuge por vínculo exclusiva-

(108) Puede verse un comentario más amplio del que aquí cabe realizar en ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio, *El sistema...*, cit.

mete civil, sino que contraído aquel matrimonio en Rusia en 20 septiembre 1954, en las circunstancias a que anteriormente queda hecha relación, con la demandada, mujer de aquella nacionalidad, al trasladarse luego a España instó y obtuvo la transcripción de aquel matrimonio al Registro Civil Central de la Dirección General de los Registros, no sugiriéndole inquietud alguna aquella situación, manifiestamente opuesta a la exigible a un bautizado que se mantiene en el seno de la Iglesia Católica con la profesión religiosa activa que le exigiría su fe, hasta que a su cónyuge se le presentaron a decir del propio recurrente, determinados trastornos mentales, motivo que le impulsó a la presentación de la demanda inicial de este proceso, en súplica de que se declarase la nulidad del relacionado matrimonio, obteniéndose de los hechos que anteceden y su valoración la misma conclusión a que llega la sentencia del Tribunal «a quo», de que el actor no profesa la religión católica al menos desde que a los seis años fue trasladado a Rusia, conclusión que no ha sido contradicha eficazmente en el orden procesal, deduciéndose de todo ello, además, que el móvil o finalidad del presente litigio no es otro que el tratar de desligarse del vínculo matrimonial civil, libremente contraído y ratificado su consentimiento y propósito de mantenerlo una vez en España, ante la supuesta aducida anormalidad de los trastornos mentales actuales que sufre la esposa, lo que no puede determinar la nulidad del matrimonio.

CONSIDERANDO: Que ya esta Sala, en Sentencia de 20 de abril del pasado año, motivada por hechos si no idénticos, pero que guardan gran analogía con el presente caso, mantuvo que las circunstancias del momento y lugar en que los litigantes contrajeron el matrimonio civil ante el encargado del Registro Civil en Rusia, impedían pudieran verificarlo ante las autoridades españolas, por la carencia de representación diplomática de España en aquel país, en donde no existían facilidades para contraer matrimonio canónico, en el supuesto de que ésta hubiera sido la voluntad de las partes, y que si bien era cierto que el recurrente está bautizado, no aparecía acreditado hubiera venido practicando la religión católica ni pudo hacer declaración de apostasía por no existir en Rusia representantes de la Iglesia Católica, y con posterioridad, al volver a España, no intentó la confirmación canónica de su matrimonio, sino que acudió a la autoridad civil, Dirección General de los Registros, en solicitud de que se transcribiera el acta matrimonial del celebrado en Rusia, lo que no hubiera podido tener lugar sin la manifestación de que no profesaba la religión católica conforme establecía la legislación civil de aquella fecha y, si ello no fuera suficiente, inscribió en el Registro Civil como hijos de ambos cónyuges, los habidos con posterioridad en España, y contra esta conducta que denota su acatolicidad, trataba de conseguir la nulidad del matrimonio con apoyo en unas normas ya rebasadas al haber hecho la transcripción de aquél en el Registro Civil español, lo que motivó la desestimación del recurso, doctrina que por su similitud puede aducirse en el caso presente, como lo verificó el Ministerio Fiscal en el acto de la vista.

CONSIDERANDO: Que el motivo décimo del presente recurso,

único formulado por el cauce del número 7.º del artículo 1692 de la L. E. Civ., va encaminado a combatir la valoración de la prueba verificada por la sentencia recurrida acusando error de hecho, que apoya en la violación de la Orden del Ministerio de Justicia de 10 de marzo 1941, inoperante a los fines que se pretende, pues la misma tiene un carácter administrativo dirigido a los Jueces Municipales en el ejercicio de su función de encargados del Registro Civil, no contiene precepto alguno valorativo de prueba de obligado acatamiento por los tribunales, que es lo que podría integrar la materia de la pretendida infracción y se refiere a supuesto distinto al de autos, en que el matrimonio de los litigantes se celebró y autorizó el 20 septiembre 1954, ante las autoridades locales civiles del país de la residencia en aquel entonces de los contrayentes y la transcripción del mismo al Registro Civil en España aparece tuvo lugar a instancia del actor, al amparo de la Orden de 14 de marzo 1950, dictada para autorizar la transcripción al mismo de los actos concernientes al estado civil de matrimonios de los españoles celebrados en extranjero, ante las autoridades locales del país, en que no existan representación diplomática o consular de España, supuesto distinto al que contempla la disposición en que se apoya el motivo que en consecuencia ha de desestimarse, así como también por los propios razonamientos del motivo segundo que por el cauce del número 1 del artículo 1692 de la L. E. Civ., pretende acusar la violación del artículo 1.º de la citada Orden de 10 marzo de 1941.

CONSIDERANDO: Que el resto de los motivos en que apoya el recurso, formulados todos ellos al amparo del número 1.º del artículo 1692 de la L. E. Civ., en el primero y séptimo se acusa en uno de ellos la violación del artículo 42 del Código civil, y en el otro la interpretación errónea del propio precepto, pero ambos han de ser rechazados, porque estimado por el tribunal «a quo» que el actor, no obstante hallarse bautizado a raíz de su nacimiento, no ha profesado la religión católica, afirmaciones no combatidas por la vía adecuada, es indudable no se ha producido ni la violación ni la interpretación errónea del artículo 42 del Código civil; y por lo que hace referencia a los motivos tercero, sexto y octavo, se acusa en los dos primeros la violación del número 4 del artículo 101 del Código civil, en el segundo la violación del propio precepto en relación con el párrafo último del artículo 100 del propio Cuerpo legal, y en el tercero de ellos la interpretación errónea del mismo precepto del artículo 101, desestimables igualmente todos ellos, ya que por los propios razonamientos de la Sentencia de esta misma Sala de 20 abril 1974, no podía exigirse ni la intervención del Juez Municipal ni la de los representantes consulares españoles, inexistentes en territorio ruso en la fecha de la celebración del matrimonio, por lo que hubo de celebrarse con arreglo a la ley del lugar, siendo transcrito más tarde al Registro Civil de España a instancia del propio actor, a la vista de la certificación presentada y manifestaciones que él mismo hizo, según consta en la propia certificación, por lo que reúne todos los requisitos formales exigibles para su validez; y por lo que afecta al motivo quinto, en que

se acusa la violación del artículo 3 del Código civil vigente en la fecha de la presentación de la demanda, que establece el principio de la irretroactividad de las leyes, debe ser igualmente desestimado, porque dicho principio, discutido en la doctrina en cuanto a su extensión, no tiene un carácter absoluto, sino que aunque la norma no hubiera fijado expresamente la retroactividad puede otorgársela cuando se trate de disposiciones administrativas de carácter interpretativo que conduzcan a la fundamentación de la validez del matrimonio, y así sucede en el presente caso en que las disposiciones relacionadas con la celebración del matrimonio civil, han venido siendo objeto de sucesivas interpretaciones, adaptándolas a la evolución de los principios sobre libertad religiosa, y que se plasmó últimamente en la Ley de 28 junio 1967, tendentes a establecer un régimen más acorde con aquellos principios que tienen su fundamento en la dignidad de la persona humana, atendido además el carácter de orden público atribuido a las cuestiones que se refieren al estado civil, siempre que a través de ello no se prive de ningún derecho establecido por ley anterior, lo que no sucede en el caso de autos, en el que el recurrente, además, lo que pretende es ir contra sus propios actos demostrativos de su acatolicidad, inducido por el deseo de poner fin o disolver su vínculo matrimonial, no por imperativo alguno de conciencia derivado de la profesión de la fe católica, sino motivado por los trastornos mentales que aduce su esposa.

CONSIDERANDO: Que en el motivo tercero, cuarto y noveno, acusan la violación de la doctrina jurisprudencial que cita, pero con independencia de la mayor o menor similitud que guarden los supuestos de hecho en que se apoyan, su doctrina está ya rebasada por la sentencia de esta Sala citada anteriormente de 20 abril 1974, en caso análogo al presente, y razonamientos que preceden.

CONSIDERANDO: Que por todo ello es procedente la desestimación del recurso con imposición de las costas al recurrente y pérdida del depósito constituido, al que se le dará el destino legal, todo ello de conformidad con lo que previene el artículo 1748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

Es esta una sentencia de especial importancia en la historia de la jurisprudencia matrimonial española.

El motivo que desencadena la actividad judicial es, una vez más, la pretensión de lograr la declaración de nulidad de un matrimonio civil, apoyándose en una violación del artículo 42 del Código civil. Veamos qué responde el T. S.

En el primer considerando, el T. S. realiza una recapitulación de los hechos que considera más destacables; son, a saber:

- 1.º El actor es bautizado.
- 2.º A los seis años va a Rusia y reside varios años.
- 3.º Contrae matrimonio civil en dicho país.
- 4.º Inscribe —más tarde— dicho matrimonio en el Registro español.

5.º No hay cónsul español en Rusia.

6.º La causa que motiva la demanda son los trastornos mentales del cónyuge.

7.º El catolicismo está erradicado en Rusia.

Así, pues, lo que el T. S. considera destacable de los hechos es: de una parte, la educación acatólica del actor; de otra, la imposibilidad de contraer su matrimonio respetando la normativa sobre matrimonio celebrado ante funcionario diplomático, la inscripción en el Registro Civil en cuanto fue posible, y —muy importante— la razón que le impulsa a solicitar la nulidad es bien ajena a tranquilizar su conciencia de católico, o de respeto al ordenamiento canónico o español.

Se insiste en todos estos puntos en el segundo considerando, cuyo contenido puede resumirse en esta frase: "[su actitud es] manifiestamente opuesta a la exigible a un bautizado que se mantiene en el seno de la Iglesia Católica con la *profesión religiosa activa* que le exigirá su fe".

Tres ideas son destacables en el tercer considerando:

1.ª La mención a la práctica de la religión.

2.ª El considerar que un conjunto de actividades denotan su aca-
tolicidad.

3.ª La mención de normas "ya rebasadas".

Las dos primeras ideas, junto con la mención a la "profesión religiosa activa", llevan a la conclusión de que el T. S. identifica la "profesión" con una actitud positiva, con un hacer, con un determinado modo de comportarse; en definitiva: con lo que habitualmente se conoce con el nombre de "practicar la religión católica".

La tercera idea va dirigida directamente a la Orden del 41, pero es en el siguiente considerando en el que entra a fondo en el tema.

El siguiente considerando se limita —ni más ni menos— que a situar a la Orden del 41 en su justo lugar: "tiene un carácter administrativo dirigido a los Jueces Municipales en el ejercicio de su función de encargados del Registro Civil, no contiene precepto alguno valorativo de prueba de obligado acatamiento por los tribunales". Parece innecesario cualquier comentario. El Tribunal no ha violado la Orden del 41, por el sencillo motivo de que una Orden Ministerial no puede ser violada por un Tribunal que aplica una norma de rango superior.

La posible violación del artículo 42 es rechazada en el siguiente considerando. El artículo 42 no obliga a los bautizados a contraer matrimonio canónico. También se insiste en este considerando sobre que el matrimonio se contraerá de acuerdo con la forma del lugar de su celebración.

La indicación de una progresiva evolución del sistema matrimonial, en el sentido de facilitar el acceso al matrimonio civil, impulsado por un mayor respeto a la dignidad de la persona humana, y la mención a la Ley de Libertad Religiosa —lo que lleva implícita la idea de que en interpretaciones anteriores tal derecho era violado—, concluye el contenido de este considerando.

En el penúltimo considerando se recoge una idea de singular importancia: una sentencia posterior "borra" todas las que le antecieron a efectos de violación de la doctrina jurisprudencial.

Esta importante sentencia puede resumirse en lo que aquí importa en que, para ella, profesa el catolicismo el que lo practica.

f) *La declaración de apostasía, como requisito necesario para que los bautizados puedan contraer matrimonio civil.*

— Sentencia de 20 de abril de 1974.

— Sala: Primera.

— Recurso: de casación por infracción de ley.

— Magistrado ponente: Juan Antonio Linares Fernández.

— Hechos (109): "Don Cecilio P. G. dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Valencia, demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra doña Tatiana I. V. y el Ministerio Fiscal, sobre declaración de nulidad o inexistencia de vínculo matrimonial civil.

El actor alegó: que durante su estancia en Rusia contrajo matrimonio civil con la demandada; que una vez regresado a España la diversidad de caracteres y educación, hacen que el matrimonio sea insostenible, por lo que terminó suplicando se dictara sentencia por la que se declare nulo el matrimonio contraído en Leningrado entre el actor y la demandada el 5 de enero 1952; declarando la buena fe de ambos cónyuges y decretando, en consecuencia, los efectos civiles procedentes, según disponen los artículos 70 y 72 del Código civil, así como la anotación de la sentencia al margen del acta del matrimonio con costas a la demandada si se opusiera.

El Fiscal se opuso a la demanda.

La demandada se opuso a la demanda alegando que las desavenencias matrimoniales se deben a que el actor se ha amancebado con una inglesa, con la que convive, y formuló reconvencción pidiendo la separación conyugal.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda, y estimando parcialmente la reconvencción declaró la validez del matrimonio contraído por el actor con la demandada en Leningrado, y desestimó el resto de las pretensiones de la reconvencción, decretando no haber lugar, por ahora, a la separación legal de los cónyuges ni a ninguna de las consecuencias de tal separación que se interesan, sin costas. Apelada la sentencia, la Audiencia la confirmó en cuanto desestima la demanda, y en cuanto declara la validez del matrimonio civil, y revocándola en lo demás, decretó la separación legal de los cónyuges, declarando culpable al marido; que el actor quede privado de la patria potestad sobre los hijos del matrimonio, que serán puestos bajo la potestad y cuidado de la madre, así como la pérdida de la administración de los bienes de la demandada si la tuviere, cuyos bienes y los

(109) Una exposición más detallada puede encontrarse en *ibídem*, págs. 942-944.

correspondientes en la liquidación de la sociedad conyugal serán por ella aministrados y que se proceda a la anotación de la sentencia en el asiento del Registro Civil, sin costas.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley, por un solo motivo.

El T. S. declaró no haber lugar al recurso interpuesto."

— Sentencia: "CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida, considerando segundo, señala como hecho probado, que el actor recurrente, bautizado, al contraer matrimonio en Rusia en 5 enero de 1952, ante autoridad de aquel país, sin poder salir del mismo, pues hasta acuerdo conseguido por la Cruz Roja Internacional en 1956, no pudo volver a España, haciéndolo después su esposa, y que vuelto a España solicitó y consiguió la inscripción del matrimonio en el Registro Civil Central de la Dirección en 17 febrero 1959, folio seis de los autos y que los hijos habidos del matrimonio en España fueron inscritos como legítimos, folios 7 y 8.

CONSIDERANDO: Que de tales hechos deduce que no pudo hacer declaración de apostasía, por no haber Iglesia en Rusia, y se casó con arreglo a las normas del lugar de su residencia, y que al venir a España y conseguir la inscripción en el Registro Central, quiso y dio validez al matrimonio realizado en Rusia y que por tal, el caso debatido, por no estar previsto en ello, no está incluido en los artículos 42 y 100 del Código civil, que parten del supuesto de que se pueda hacer declaración de no profesar la religión católica para la validez del matrimonio civil, y aplica el principio de que no se puede negar eficacia a la manifestación de voluntad de contraer matrimonio con persona que lo acepta y exterioriza la suya encaminada al mismo fin, cuando esa omisión de voluntad se hizo ante el encargado del Registro Civil del lugar en que se realiza.

CONSIDERANDO: Que el único motivo del recurso, amparado en el número 1.º del artículo 1692 de la Ley, acusa violación del párrafo 1.º del artículo 4.º del Código civil y las sentencias que cita, e interpretación errónea de los artículos 9, 11-3.º, 42 y 101 del Código en relación con la Orden de 10 marzo 1941, motivo que por tratar materias dispares, sin hacerlo en otros distintos, adolece de defecto de formulación del artículo 1729-4.º y 1720, párrafo 2.º, y que aparte de estos defectos formales, que pueden determinar la desestimación del motivo en este momento procesal, como alegó en la vista el Ministerio Fiscal, partiendo de los hechos que se estiman acreditados en la sentencia, es evidente que en las circunstancias del momento y lugar en que los litigantes contrajeron el matrimonio civil, ante el encargado del Registro en Leningrado, impedían pudieran verificarlo ante las autoridades españolas, porque no podían trasladarse a España y por la carencia de representación diplomática de España en Rusia, y en donde no existían facilidades para contraer matrimonio canónico, en el supuesto de que ésta hubiera sido la voluntad de los contrayentes, que si bien es cierto que el recurrente fue bautizado, no aparece que haya venido profesando la religión católica con posterioridad, y al volver a España no intentó la confirmación canónica del matrimonio, sino que

acudió a la autoridad civil, Dirección General de los Registros, en solicitud de que se transcribiera el existente, lo que se llevó a cabo en 17 febrero 1959, y ello no hubiera podido tener lugar sin la manifestación de que no profesaba la religión católica, conforme establece la legislación vigente en aquella fecha, y por si esto no fuera suficiente, inscribió en el Registro, como hijos legítimos de dicho matrimonio, los habidos con posterioridad en España, y contra esta conducta que denota su acatolicidad, trata ahora de conseguir la nulidad con apoyo en unas normas ya rebasadas al hacer la transcripción en España del matrimonio, cuando según la sentencia recurrida, se ha quebrantado la paz conyugal, lo que determinó la petición reconvenicional de separación, formulada por la esposa y estimada por la sentencia, que no ha sido concretamente combatida en el recurso, todas cuyas circunstancias determinan la desestimación del motivo y con ella del recurso, con costas por ser preceptivas y devolución del depósito constituido por no ser conformes las sentencias.”

Dos elementos, que son habituales fuente de conflicto en materia matrimonial, confluyen en el presente supuesto: la aplicación de la Orden de 1941 y la introducción de un elemento extranjero.

Nos encontramos ante un caso en que el demandante pretende lograr la nulidad de un matrimonio civil para contraer uno canónico, a lo cual no se opone la autoridad eclesiástica. Sin embargo, el poder judicial español no declara tal nulidad (110).

Del tenor general de la sentencia se deduce que el requisito para que un bautizado pueda contraer matrimonio civil es que declare la apostasía (y esto en un matrimonio contraído en 1952). Pero no se queda el T. S. en ese punto, sino que va más lejos: el T. S. trata de señalar lo que se debe considerar declaración de apostasía —en este caso al menos.

La afirmación esencial, a este respecto, viene recogida en el tercer considerando: "al volver a España no intentó la confirmación canónica del matrimonio, sino que acudió a la autoridad civil, Dirección General de los Registros, en solicitud de que se transcribiera el existente, lo que se llevó a cabo en 17 febrero de 1959, y ello no hubiera podido tener lugar sin la manifestación de que no profesaba la religión católica, conforme establece la legislación vigente en aquella fecha... y contra esta conducta que denota su acatolicidad, trata ahora de conseguir la nulidad con apoyo en unas normas ya rebasadas al hacer transcripción en España del matrimonio."

Para que un matrimonio civil, celebrado en el extranjero en 1952, por un bautizado, e inscrito en el Registro Civil en 1959, sea válido, deben cumplirse una de estas dos condiciones:

- 1.—Que la Orden de 1941 sea nula de pleno derecho.

(110) No es éste el único caso en el que se produce discordancia entre jurisdicción canónica y civil, así por ejemplo, en S. T. S. 22-III-65, se condena por delito de bigamia, aunque el primer matrimonio (civil y religioso no canónico) ha sido declarado nulo por la autoridad eclesiástica.

2.—Que el Derecho aplicable, a efectos de validez de un matrimonio, sea el del momento de su inscripción y no el de su celebración.

El T. S., en apariencia, se inclina por esta segunda vía. Solución que parecería incorrecta.

Acerca de la irretroactividad de las leyes matrimoniales, se ha pronunciado suficiente número de veces el T. S. —varias de ellas aquí recogidas— como para hacer innecesario el insistir en este punto.

La inexactitud de considerar que el negocio jurídico matrimonial surge en el momento de su inscripción y no en el de su celebración, no exige, por obvio, ningún tipo de explicaciones. Otra cosa es que la inscripción en el Registro sirva como medio de prueba (111), teniendo bien en cuenta que lo que se prueba no es la existencia del matrimonio, sino su celebración (112). Con la inscripción registral se obtiene un modo de prueba de la celebración, pero el matrimonio surge desde la celebración como la propia Ley Reguladora del Registro Civil dice en su artículo 70: "Los efectos civiles del matrimonio canónico o civil se producirán desde la celebración".

En 1959, en virtud del artículo 243, 2.º, del Reglamento del Registro Civil, se exige declaración de no profesión del catolicismo; pero en 1952 —de ser legal la Orden del 41— no bastaría con eso.

Estimo que el T. S. se apoya, aunque no lo explicita, en la nulidad de la Orden del 41. No aplica la normativa vigente en el 1959 (113), aunque se ampara en ella para lograr el resultado pretendido.

En esta sentencia el T. S. considera que en 1952, para que un bautizado pudiese acceder al matrimonio civil, bastaba con su declaración de no profesión, y si no la podía hacer —como en este caso— bastaba con que lo hiciese en el momento de la inscripción.

Debe llamarse la atención sobre la frase "contra esta conducta que denota su acatolicidad". No puede desprenderse de esta afirmación que el T. S. considere que "no profesar el catolicismo" equivale a tener una "conducta que denote su acatolicidad"; tal conducta sólo puede ser una: la declaración de no profesión.

Como conclusión, se puede afirmar que el T. S. considera en esta sentencia que basta con la "declaración de no profesión". Este es el espíritu que se desprende de ella, independientemente de tal solución específica del caso concreto. En 1974 el término "profesar" equivale a declarar, al menos para el T. S.

(111) «La prueba del matrimonio civil o canónico se debe de dar, en principio, mediante certificación del Registro Civil». ALBALADEJO, Manuel, *Manual de Derecho de Familia y Sucesiones*, Barcelona, 1974, pág. 52.

(112) «Una vez se abre paso la teoría canónica contractual del matrimonio y se afianza su indisolubilidad, la prueba no se dirige ya, como en el Derecho romano, a comprobar la *relación conyugal...*, sino el acto que la origina y la funda: es, ahora, prueba de la *celebración* del matrimonio». LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHEZ REBULLIDA, Francisco de Asís, *Derecho de Familia*, cit., pág. 62.

(113) Baste como prueba señalar que no se menciona en ningún momento la posible violación de los artículos 245 y 246 del Reglamento del Registro Civil.

- g) *Se sustituye el término "profesar la religión católica" por el de "no ser apóstata", sin aclarar su contenido*

— Sentencia de 15 de abril de 1967.

— Sala: Primera.

— Recurso: de casación por infracción de ley.

— Magistrado ponente: Tomás Ogayar y Ayllón.

— Hechos: "Don Giuseppe D. P., representado por un Procurador dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia de Santa Cruz de Palma, demanda contra doña María Nela S. J. G., sobre nulidad de matrimonio civil.

El actor, que contrajo matrimonio civil «in artículo mortis» con la demandada solicita su nulidad por haber firmado el acta de matrimonio por amenazas de los parientes de la demandada y por no haber hecho manifestación alguna de no profesar la religión católica.

La demandada se opuso alegando que se cumplieron todas las formas legales en la celebración del matrimonio.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda, sin hacer expresa condena en costas. Apelada la sentencia, fue confirmada por la Audiencia, sin hacer declaración sobre costas en el recurso.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley, por los motivos que se reflejan en los considerandos que se transcriben.

El T. S. declaró no haber lugar al recurso interpuesto."

— Sentencia: "CONSIDERANDO: Que es doctrina jurisprudencial muy reiterada la que afirma que la casación se funda en la distinción entre hecho probado inmutable y sus consecuencias legales, por moverse en el conflicto de los valores, la legal y la judicial, dado que si bien el error de derecho dirige la impugnación contra un medio de prueba legal en donde ha sido infringida la ley, en el error de hecho se encamina a los resultados de las pruebas, y se produce cuando el Tribunal de instancia fija un hecho sin advertir que es incompatible con el que aparece narrado en un documento auténtico y que por tanto, sin el correspondiente pronunciamiento de falsedad, esa narración subsiste y vale como auténtica, precisando para demostrar el error de derecho que se invoque la norma valorativa de prueba que se considere vulnerada, y para el de hecho de la cita concreta del documento o acto auténtico que, sin complejidades de juicio y de razonamientos, patentice la pretendida equivocación de hecho sufrida por el juzgador *a quo*, mediante una incompatibilidad o antagonismo entre el hecho probado y el auténtico.

CONSIDERANDO: Que declarada la nulidad de matrimonio civil por ser bautizados los contrayentes y no constar su apostasía, por lo que debieron haber contraído el canónico, se interpone el presente recurso que, en su motivo primero, amparado en el número 7.º del artículo 1692 de la L. E. Civ., denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba porque, consignándose en el acta matrimonial que se ha «formado expediente donde consten todas las diligencias preliminares

y los documentos que la Ley exige», tal declaración lleva consigo la de que se cumpliesen los requisitos legales para contraer matrimonio civil, pero al razonar así no se tiene en cuenta que el precepto legal exige que el hecho auténtico esté narrado con claridad y que el mismo esté en contradicción evidente con el probado, por lo que no apareciendo consignada en el acta matrimonial la acatolicidad de los contrayentes no existe el hecho auténtico, indispensable para la estimación de este motivo y como, además, tal acta, por ser la analizada por el juzgador, carece de autenticidad a efectos de casación, todo ello le hace parecer, desestimación que lleva consigo la del segundo porque, al basarse en el hecho de estar cumplidos todos los requisitos matrimoniales, hace supuesto de la cuestión.

CONSIDERANDO: Que, en el motivo tercero se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba resultante de la certificación de la sentencia dictada en proceso criminal, en la que, al condenarse al actor y recurrido por delito de bigamia, se supone la validez del vínculo discutido, y la jurisdicción civil no puede declarar lo contrario, pero en la declaración de hechos probados que contiene dicha sentencia penal se parte de que el matrimonio civil, mientras no se anule, es válido, por lo que sí, durante su vigencia, se vuelve a casar, se comete el delito de bigamia, por lo que al no declarar el documento citado lo que este motivo expresa, faltando así el hecho auténtico, no hay posibilidad de apreciar el error denunciado, lo que obliga a su desestimación, y ésta lleva consigo la del motivo cuarto, subordinado al anterior, y en el que se citan, para acreditar el error de derecho que denuncia los artículos 1249 y 1235 del Código civil, que no son valorativos de prueba, por lo que se impone la desestimación del recurso con los pronunciamientos del artículo 1748 de la Ley Procesal.”

Si en la sentencia anterior el T. S. se inclinaba por el empleo del término "apostasía", también en esta lo utiliza. Ambas sentencias aparecen en distintos epígrafes, en razón de que en la anterior sentencia se hablaba de "declaración de apostasía" y en ésta simplemente de "apostasía". La diferencia es más importante de lo que podría parecer a primera vista. Si se sustituye "no profesar" por "apostasía" nada hemos avanzado, nos encontramos ante un nuevo término sin contenido en el ordenamiento español. Si hablamos de "declaración", sí estamos concretando: exigimos una actividad del sujeto.

Se abre el segundo considerando de esta sentencia con la siguiente afirmación: "por ser bautizados los contrayentes y no constar su apostasía... debieron haber contraído [matrimonio] canónico". Queda recogido aquí con toda claridad el principio de que para que los bautizados puedan acceder al matrimonio civil debe constar su apostasía.

Nada se aclara acerca de cómo debe constar: es bien cierto que el T. S. se hubiera inclinado con mucha posibilidad —estamos en el año en el que se promulga la Ley de Libertad Religiosa— a favor de considerar suficiente la simple declaración.

En este mismo considerando se habla de acatolicidad: sin embargo, pienso que, dado en el contexto en que se emplea (no se están discu-

tiendo las condiciones necesarias para contraer matrimonio civil, sino la posible existencia de un error de hecho), no cabe decir que el T. S. identifique aquí —a diferencia de en sentencias analizadas más arriba— el término "profesar" con el término "católico". Para que pueda contraer matrimonio civil un bautizado, en 1967, debe constar su apostasía.

h) *Validez de matrimonio civil celebrado en el extranjero por católico.*

— Sentencia de 12 de junio de 1969.

— Sala: Primera.

— Recurso: de casación por infracción de ley.

— Magistrado ponente: Baltasar Rull Villar.

— Hechos: "Doña Valentina R. A. dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia número 13 de los de Madrid, demanda contra don Pablo M. de la P., sobre reclamación de cantidad y otros extremos.

La actora alegó: que había contraído matrimonio con don José Félix V. C.; que de dicho matrimonio nació doña Esther V. R., que era de creencias evangélicas y había contraído matrimonio en Venezuela; que de dicho matrimonio nació un hijo; que el padre de doña Esther V. había fallecido en 1959; que durante los años 1958 a 1961 el matrimonio M.-V. había remitido diversas cantidades que totalizaban más de 3.000.000 de pesetas, para su inversión en España; que entre las inversiones hechas, algunas se hicieron a nombre sólo del demandado, pero de las mismas daba cuenta a sus hermanos; que en 1961, fallecieron en accidente de aviación el matrimonio M.-V. y su único hijo. Terminó suplicando se dictase sentencia condenando al demandado: A) A entregar a la actora la cantidad de 359.860 pesetas, que don Luis Asunción M. de la P. le había remitido para ser entregadas a la misma como madre de su mujer; B) A rendir cuenta detallada y justificada de las restantes cantidades que había recibido el demandado hasta una cuantía superior a 3.000.000 de pesetas del citado señor M. de la P., durante su matrimonio con doña Esther V.; C) Que el demandado hiciera entrega a la actora de la mitad de los bienes de la extinguida sociedad de gananciales del matrimonio M.-V., radicantes en España y que corresponden a la actora como única heredera de su fallecida hija, doña Esther; D) Al pago de las costas.

El demandado se opuso alegando las excepciones de falta de legitimación activa y falta de acción en la actora por estimar que el matrimonio era ineficaz en España por ser doña Esther de creencias evangélicas y el hermano del demandado era de la religión católica, en cuanto al fondo mantuvo que las remesas de dinero eran puras y simples y no sujetas a condición alguna.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando las excepciones alegadas y estimando en lo sustancial la demanda, sin expresa imposición de costas. Apelada la sentencia, la Audiencia la confirmó, sin especial condena en costas.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley, por los motivos que se reflejan en los considerandos de la sentencia.

El T. S. declaró no haber lugar al recurso interpuesto."

— Sentencia: "CONSIDERANDO: Que el Código civil, en sus artículos 1278, 1256 y 1258, parte del principio de la eficacia de los contratos y si bien es cierto que cuando adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley puedan ser anulados, como reconocen los artículos 1300 y siguientes, y específicamente para los matrimonios el 130, es preciso que esta nulidad se declare por los Tribunales porque, como queda dicho, su validez y eficacia no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, y porque el propio Código establece las normas procedentes sobre legitimación y regula los efectos de la acción que puede ejercitarse; y en el caso de autos ha de partirse de la realidad de un contrato matrimonial cuya posibilidad se reconoce por el artículo 42 del citado Cuerpo legal y se prueba con la partida del Registro Civil como exigen los artículos 69 de la Ley que lo regula y 325 del Código civil; por todo lo cual ha de desestimarse el motivo primero del recurso y por las mismas razones los motivos segundo, tercero y cuarto, todos los cuales tienden a negar eficacia al matrimonio de Luis Asunción M. P. con Esther V. R., sin haber obtenido una previa declaración judicial de nulidad en el correspondiente proceso, ni intentarlo en el presente por la vía reconvenzional.

CONSIDERANDO: Que el motivo quinto razona sobre un supuesto erróneo, puesto que la sentencia recurrida, tanto por aceptación de los considerandos de la de primer grado como por expresa reiteración en su considerando tercero, establece la conclusión que se combate, como resultado del conjunto de la prueba de la que aparece que el destino de las cantidades remitidas por don Luis Asunción M. era el de formar un patrimonio en España para cuando el matrimonio y su hijo decidieran regresar definitivamente a la Patria, y si bien es cierto que añade que no es concebible que las considerables cantidades, cuyo envío está probado, tuvieran el destino que pretende el recurrente, que es un modo de expresar que no se ha probado la tesis defendida por dicho recurrente y no porque constituya una presunción básica, que en todo caso sería siempre más lógica que la que opone el recurrente.

CONSIDERANDO: Finalmente, que si, como declara la sentencia recurrida y se razona en el considerando anterior, las cantidades que le fueron remitidas al demandado recurrente, lo fueron por cuenta y en cargo de su hermano con la finalidad indicada y que en tal concepto las recibió aquél, es evidente la existencia de un mandato con forme a lo dispuesto en el artículo 1709 del Código civil, que puede ser expreso o tácito y otorgarse válidamente con cualquier forma, incluso de palabra (art. 1719) por lo que no procede tampoco estimar el motivo sexto y último, pues la garantía formal del artículo 1200, número 5, no afecta a la validez del mandato ni es requisito esencial como los otros preceptos citados demuestran."

Una vez más encontramos la pretensión de obtener una declaración de nulidad de un matrimonio civil, con el fin exclusivo de obtener unos beneficios económicos.

La demanda que da origen a esta sentencia del T. S., nada tiene que ver, en principio, con la posible validez del matrimonio; es el demandado quien introduce este aspecto en el proceso para evitar una sentencia desfavorable a sus intereses.

De la exposición de los hechos y del tenor de la sentencia, puede deducirse que nos encontramos ante un matrimonio civil (tal vez podría pensarse que nos encontramos ante un matrimonio canónico, cuya declaración de nulidad se solicita en virtud de la violación del canon 1060 del C.I.C.; tal impresión sería falsa por estos motivos: 1.º El impedimento de mixta religión es impeditivo, no dirimente; 2.º El Tribunal Supremo hubiese invocado el artículo 75 del Código civil; y 3.º El sistema matrimonial venezolano es de matrimonio civil obligatorio (114)). El demandado pretende, con toda probabilidad, lograr la nulidad del matrimonio civil apoyándose en el hecho de que lo ha contraído alguien que "era de la religión católica"; es evidente que la contrayente no incurre en violación del artículo 42 del Código civil, ya que toda su vida perteneció a una religión distinta de la católica. El T. S. no entra claramente en el tema por razones procesales obvias: "sin haber obtenido una previa declaración judicial de nulidad en el correspondiente proceso, ni intentarlo en el presente por la vía reconvenzional". Pero sin que el T. S. resuelva la cuestión si realiza alguna afirmación que permite intuir su forma de pensar al respecto.

En el primer considerando de la presente sentencia afirma el T. S.: "en el caso de autos ha de partirse de la realidad de un contrato matrimonial cuya posibilidad se reconoce por el artículo 42 del citado cuerpo legal". Es decir, el T. S. admite que, incluso con anterioridad al año 1959, un católico puede contraer matrimonio civil, porque así lo admite el Código civil en su artículo 42. Volvemos una vez más a la idea tantas veces repetida: si un precepto legal con rango de ley, el Código civil en su artículo 42, permite que un católico contraiga matrimonio civil, una disposición administrativa que se oponga a tal posibilidad será nula de pleno derecho, así, por ejemplo, la Orden de 1941.

Así, pues, el T. S. aun sin entrar en la definición del término "profesar la religión católica", descarta las interpretaciones más restrictivas de dicho término.

C) CONCLUSIONES

La lista de sentencias analizadas es lo bastante corta como para dificultar un comentario más amplio que el ya realizado. No obstante, trataré de dar unas conclusiones esquemáticas, que poco aportarán a las que se pretendieron obtener al realizar su análisis detallado.

Se construirá a continuación una tabla en la que figuran los siguientes datos: 1.º Fecha de la sentencia; 2.º Motivo que suscite la controversia (sólo señalaremos este extremo si es: a) un matrimonio con-

(114) Código civil venezolano de 1 de octubre de 1942.

traído al amparo de la legislación republicana (115), b) si existe un elemento extranjero (116); 3.º) La conclusión —más significativa para este estudio— que puede extraerse del tenor de la sentencia, y 4.º) La normativa legal pretendidamente vigente en el momento de dictarse la sentencia y que afecte al problema que suscita el término "profesar la religión católica" del artículo 42 del Código civil.

Fecha	Motivo	Conclusión	Normativa vigente
25-V-53	R	Validez legislación republicana.	O. M. 10-III-41.
25-I-56	R	Validez legislación republicana.	Concordato de 1953.
26-I-56	R	Validez legislación republicana y no profesión = declaración.	Concordato de 1953.
7-III-56	R	Matrimonio nulo por L. 12-III-38.	Concordato de 1953.
16-V-59	R	Validez legislación republicana.	D. 26-X-56 y L. 24-IV-58.
21-X-59	—	Profesión = bautismo.	D. 26-X-56 y L. 24-IV-58.
12-XI-59	—	Profesión = práctica.	D. 26-X-56 y L. 24-IV-58.
16-XII-60	R	Profesión ≠ bautismo.	D. 26-X-56 y L. 24-IV-58.
16-II-61	R	El sistema matrimonial es modificable por O. M.	D. 26-X-56 y L. 24-IV-58.
12-XII-61	—	Profesión = práctica.	D. 26-X-56 y L. 24-IV-58.
21-XII-63	—	Profesión = ser católico.	D. 26-X-56 y L. 24-IV-58.
12-XI-64	E	Menciona sin analizar el término "profesar".	D. 26-X-56 y L. 24-IV-58.
5-VII-65	E	Menciona sin analizar el término "profesar".	D. 26-X-56 y L. 24-IV-58.

(115) Se denotará R.

(116) Se denotará E.

Fecha	Motivo	Conclusión	Normativa vigente
16-III-67	—	Profesión = bautismo.	D. 26-X-56 y L. 24-IV-58.
15-IV-67	E	Profesar = no ser apóstata.	D. 26-X-56 y L. 24-IV-58.
12-VI-69	E	Un católico puede contraer matrimonio civil.	L. 28-VI-67 y D. 22-V-69.
20-IV-74	E	No profesión = declaración apostasía.	L. 28-VI-67 y D. 22-V-69.
4-X-74	E	Profesión = ser católico.	L. 28-VI-67 y D. 22-V-69.
11-III-75	E	Profesión = práctica.	L. 28-VI-67 y D. 22-V-69.
23-XII-77	R	Validez legislación republicana en territorio controlado por la II República y no profesión = declaración.	L. 28-VI-67 y R. D. 1-XII-77.

De esta ordenación cronológica una primera idea llama la atención: la primera década de actividad jurisprudencial está monopolizada por pleitos surgidos en matrimonios contraídos al amparo de la legislación republicana. Y desde entonces la práctica totalidad de la actividad calificadora del sistema matrimonial, por parte del T. S., es consecuencia de la introducción de un elemento extranjero. Sólo cinco sentencias quedarían al margen de esta clasificación (S.T.S. 21-X-59, S.T.S. 12-XI-59, S.T.S. 12-XII-61, S.T.S. 21-XII-63 y S.T.S. 16-III-67).

La misión de la estadística es describir líneas generales —conclusiones— a partir de datos concretos. Trataré de hacer lo contrario, con grave riesgo de cometer errores. Si los pleitos sobre matrimonios civiles sólo se plantean cuando existe un elemento extranjero, o cuando la aplicación de la legislación republicana es cuestionada, ello permite suponer que el número de matrimonios civiles contraídos por nacionales, en territorio nacional, desde 1938, es mínimo. Y ello sólo puede ser debido —el nacional cuando le permite contraer matrimonio civil (República y extranjero) lo contrae en numerosas ocasiones— a dificultades, ora legislativas y administrativas, ora meramente sociales. En España, desde 1938, se ha dificultado notabilísimamente la posibilidad de acceder al matrimonio civil.

Sólo en tres sentencias admite el T. S. la competencia calificadora del sistema matrimonial de la Administración Pública (S.T.S. 21-X-59, S.T.S. 16-II-61 y S.T.S. 16-III-67).

El conjunto de jurisprudencia relativa a matrimonios civiles contraídos al amparo de la legislación republicana, se inclina por la validez de tales matrimonios (S.T.S. 25-V-53, S.T.S. 25-I-56, S.T.S. 26-I-56, S.T.S. 16-V-59, S.T.S. 16-XII-60, S.T.S. 16-II-61 y S.T.S. 23-XII-77), con una sola excepción por aplicación de la Ley de 12 de marzo de 1938 (S.T.S. 7-III-56). Con respecto a la retroactividad o irretroactividad de la legislación matrimonial, el T. S. se muestra vacilante, si bien en su primera etapa el T. S. se decanta —no con absoluta claridad— por la irretroactividad.

La violación del artículo 42 del Código civil como causa de nulidad del matrimonio, recibe tratamientos dispares por parte del T. S. No obstante, aparece claro que la generalidad de las sentencias relativas a matrimonios contraídos al amparo de la legislación republicana, se inclinan por considerar que la violación del artículo 42 del Código civil no es causa de nulidad. Tal vez el T. S. lo que pretende es declarar la validez de tales matrimonios, pero sin inclinarse por la solución más sencilla, que sería considerar derogado el artículo 42 del Código civil durante la II República.

La validez/legalidad de la Orden Ministerial de 1941 es un tema que flota sobre un amplio número de sentencias. Sólo una sentencia declara con claridad su no vinculación —del T. S.— a tal Orden (S.T.S. 11-III-75); sin embargo, de la generalidad de las sentencias en las que tal tema se plantea directa o indirectamente, puede deducirse que el T. S. se manifiesta contrario a su aplicación, con dos excepciones (S.T.S. 21-X-59 y S.T.S. 16-III-67), en las cuales el magistrado ponente es la misma persona.

La posible influencia de las disposiciones legislativas o administrativas, calificadoras del sistema matrimonial, es un tema que merece atención. Es un tema directamente relacionado con la retroactividad o irretroactividad de la legislación matrimonial, pero no volveré sobre ese tema; sólo me referiré a la posible influencia de la norma vigente en el momento de dictarse la sentencia. Independientemente de la posición que se adopte acerca de la retroactividad de la legislación matrimonial, estimo que tal análisis merece ser realizado. No trataré de realizar un estudio exhaustivo, sólo prestaré atención a aquellas normas que la doctrina consideró especialmente importantes, más en concreto: la Orden Ministerial de 10-III-41, el Concordato de 27-VIII-53, el Decreto de 26-X-56, la Ley de 28-VI-67 y el Decreto de 22-V-69.

La Orden de 1941 pretende ser vigente desde su promulgación hasta el 26-X-56; en ese período sólo se han recogido sentencias relativas a matrimonios contraídos al amparo de la legislación republicana; la influencia de tal norma en dichas sentencias es mínima, pues se consideran válidos una serie de matrimonios civiles contraídos por bautizados.

El Decreto del 56 tampoco influye decisivamente en el T. S.; durante su vigencia, el T. S. adopta los criterios más dispares. En el período de vigencia de la primera disposición "progresista", el T. S. dicta sus dos sentencias más restrictivas (S.T.S. 21-X-59 y S.T.S. 16-III-67).

Es obvio decir que si el Decreto del 56 tiene escasa incidencia en el T. S., el Concordato —pretendido origen de tal Decreto— tampoco tuvo mucha.

Sin embargo, sí parece que, tanto la Ley de Libertad Religiosa, como el Decreto del 69, han tenido una cierta influencia en nuestro más alto Tribunal; durante su vigencia el T. S. dicta sentencias en las que considera que un católico puede contraer matrimonio civil (S.T.S. 12-VI-69), en las que estima suficiente la declaración de apostasía para poder acceder al matrimonio civil (S.T.S. 20-IV-74), o en las que identifica el término "profesar la religión católica" con el hecho de practicar el catolicismo (S.T.S. 11-III-75); incluso en una de ellas (S.T.S. 11-III-75) se menciona a la Ley 44/67 como elemento "liberalizador" del sistema matrimonial.

De ello se puede deducir que el T. S. sólo se ha visto influido por una norma liberalizadora —el Decreto del 69, en este punto, no es otra cosa que el desarrollo de la Ley de Libertad Religiosa— y con el rango de Ley.

Para concluir, trataré de señalar —muy esquemáticamente— el sentido que al término "profesar la religión católica" ha dado el T. S.

En dos sentencias el T. S. menciona el referido término, pero sin aclarar su contenido (S.T.S. 12-XI-64 y S.T.S. 5-VII-65).

En tres sentencias el T. S. identifica el término "profesar la religión católica" con otro concepto distinto, pero igualmente inconcreto: en dos ocasiones lo identifica con ser católico (S.T.S. 21-XII-63 y S.T.S. 4-X-74); y en otra lo identifica con no ser apóstata —sin entrar en considerar su alcance, del que carece en el sistema normativo español— (S.T.S. 15-IV-67).

En una ocasión (S.T.S. 12-VI-69), admite la posibilidad de que un católico contraiga matrimonio civil.

La simple declaración de apostasía como requisito para acceder al matrimonio civil aparece claramente enunciada en una ocasión (S.T.S. 20-IV-74), y con menor claridad en cinco oportunidades (S.T.S. 25-V-53, S.T.S. 25-I-56, S.T.S. 26-I-56, S.T.S. 16-V-59 y S.T.S. 23-XII-77).

La práctica del catolicismo como elemento de separación entre aquéllos que pueden contraer matrimonio civil y los que carecen de tal posibilidad, es aceptada en tres sentencias (S.T.S. 12-XI-59, S.T.S. 12-XII-61 y S.T.S. 11-III-75).

Se considera, directamente, a la Administración como competente para determinar el contenido del repetido término en una ocasión (S.T.S. 16-II-61).

Son dos los casos en los que se considera que el bautizado viene obligado a contraer matrimonio canónico (S.T.S. 21-X-59 y S.T.S. 16-III-67). Si bien en una ocasión (S.T.S. 16-XII-60), el T. S. declara específicamente que no son identificables ambos supuestos.

Si atendemos únicamente a aquellas sentencias en las que el T. S. dota de contenido al término profesar —y no se limita a sustituirlo por otro igualmente inconcreto—, y establecemos una clasificación en función de la mayor facilidad o dificultad para acceder al matrimonio civil, podremos establecer la siguiente tabla:

a) Sentencias restrictivas (en las que se dificulta el acceso al matrimonio civil y se identifica profesión con bautismo):

- S.T.S. 21-X-59.
- S.T.S. 16-III-67.

b) Sentencias intermedias inconcretas (no se adopta una postura clara, pero se excluyen las soluciones más restrictivas):

- S.T.S. 16-XII-60.
- S.T.S. 12-VI-69.

c) Sentencias intermedias (se identifica profesión con práctica):

- S.T.S. 12-XI-59.
- S.T.S. 12-XII-61.
- S.T.S. 11-III-75.

d) Sentencias "progresivas" (se identifica no profesión, con declaración de no profesión):

a') Implícitamente:

- S.T.S. 25-V-53.
- S.T.S. 25-I-56.
- S.T.S. 26-I-56.
- S.T.S. 16-V-59.
- S.T.S. 23-XII-77.

b') Explícitamente:

- S.T.S. 20-IV-74.

Tal vez se pueda afirmar, a la luz de estos datos, que el T. S. se ha considerado competente para calificar el sistema matrimonial en cada caso. Adaptando sus soluciones a las circunstancias cambiantes. El hecho de la escasa influencia de las disposiciones legislativas o administrativas en el sentir del T. S.; la inexistencia de una línea evolutiva —en el tiempo— clara del T. S., con continuos pasos adelante y atrás; la práctica exclusión de las soluciones extremas; permiten llegar a tal conclusión.

El T. S. se ha sentido libre para interpretar y ha interpretado libremente; el T. S. ha adaptado sus soluciones a cada caso concreto.

Tal vez esto sirva para concluir: ni *mens legis*, ni *mens legislativis*; el sentir del ordenamiento, es lo que ha buscado nuestro Tribunal Supremo (*).

(*) Al corregir las primeras pruebas de este trabajo se hizo necesario incluir una nueva nota —1 bis) para reseñar los nuevos trabajos que aludían a la cuestión aquí tratada y que se habían publicado con posterioridad a la redacción de mi escrito. Al corregir segundas pruebas he de reseñar otro más: VALLADARES RASCÓN, Etelvina, *El principio de igualdad ante la ley y el sistema matrimonial*, «R.D.P.», LXV, págs. 307-332. Esa notable actividad doctrinal tal vez sea la mejor prueba de que, en contra de lo que algunos creen, la cuestión del sistema matrimonial es tema plenamente vivo —y precisamente por ello— en un régimen que pretende ser de libertades. Esperemos que el legislador lo comprenda así.

