

Matrimonio civil y revisión del concordato

(Cuestiones en torno al artículo 42 del Código civil)

ALBERTO DE LA HERA

Catedrático de la Universidad Complutense

SUMARIO: I. Introducción. II. El matrimonio civil en la época del Concordato de 1851. III. El artículo 42 del Código civil. IV. La interpretación del artículo 42 del Código civil entre 1889 y la actualidad: 1) 1889-1900; 2) 1900-1906; 3) 1906-1907; 4) 1907-1913; 5) 1913-1931; 6) 1931-1932; 7) 1932-1938; 8) 1938-1941; 9) 1941-1953; 10) 1953-1954; 11) 1954-1956; 12) 1956-1958; 13) 1958-1969; 14) 1969-... V. El sistema actual del matrimonio civil y su problemática. VI. La revisión del Concordato de 1953.

I. INTRODUCCION.

El Concordato español de 1953 dedica al matrimonio los artículos XXIII y XXIV, así como cuatro párrafos del «Protocolo Final» en relación con el artículo XXIII. De tales textos, el art. XXIII establece que «El Estado español reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico». En relación con este artículo, el Protocolo Final señala, en su párrafo A, los requisitos registrales para la atribución de los citados efectos civiles; en sus párrafos B y C, impone la adecuación de las normas civiles a las canónicas en relación con el matrimonio de los hijos de familia y con el reconocimiento de matrimonio mixtos; en el párrafo D, el Estado acepta la adecuación entre la Ley Natural y el Derecho civil matrimonial en materia de impedimentos. Finalmente, el artículo XXIV está todo él destinado a regular la competencia exclusiva de la Iglesia en las causas de nulidad y separación de los matrimonios canónicos.

Es evidente que tales preceptos tocan nada más que una parte del complejo total de la regulación jurídica de matrimonio. El Estado español, a la hora de fijar en su legislación las normas relativas a la institución matrimonial, se ve condicionado por el Concordato, pero sólo de una manera parcial; el Concordato no contempla todo el campo

jurídico del matrimonio, ni indirectamente —ello es obvio con la sola lectura de los textos antes reseñados—, ni indirectamente —como veremos a lo largo de estas páginas—.

El objeto de estas páginas consistirá, pues, en estudiar la tipificación jurídica del sistema matrimonial español y la incidencia del Concordato de 1953 sobre nuestro Derecho civil, en orden a determinar el lugar que en este Derecho ocupan el matrimonio canónico y el civil; y si, a la hora de revisar el Concordato, puede o no resultar aconsejable el modificar su actual contenido en esta materia. El tema, sin ser nuevo, está menos tratado de lo que podría suponerse; como ha escrito Portero, en los estudios sobre la revisión del Concordato «el tema matrimonial no ha sido precisamente en España el más favorecido» (1); y, en todo caso, siempre caben aportaciones y puntos de vista que se añadan a la bibliografía existente.

II. EL MATRIMONIO CIVIL EN LA EPOCA DEL CONCORDATO DE 1851.

El Concordato de 1851, último firmado entre la Santa Sede y España antes del de 1953, y que estuvo vigente hasta 1931, «no menciona siquiera la cuestión del matrimonio» (2). Ello se explica porque «el proceso secularizador del matrimonio no había hecho acto de presencia en nuestra patria» (3); «a nadie se le había ocurrido todavía poner en duda su carácter sagrado, ni había pensado el Estado en disputar a la Iglesia la jurisdicción sobre el matrimonio, reconocida siempre hasta entonces por nuestras leyes antiguas y modernas» (4). La afirmación contraria de Sánchez Román —«desde que España se constituyó en nacionalidad, con vida y Derecho propios, a principios del siglo v, hasta que muy vencido el xvi, Felipe II introdujo, como legislación del Estado en materia matrimonial, la reforma tridentina, más bien puede decirse que coexisten las formas civil y religiosa del matrimonio; y, por consiguiente, que se mantuvo en las leyes españolas el concepto de la secularización jurídica del matrimonio» (5)— ha sido considerada errónea por Fuenmayor (6) y Navarro Valls (7). En realidad, esa frase de Sánchez Román, que el autor ofrece sin aportar cita ni prueba de ninguna clase, hay que entenderla como nacida de un error que se da con

(1) PORTERO, *Régimen matrimonial español y Concordato*, en "La Institución concordataria en la actualidad. Trabajos de la XIII Semana de Derecho Canónico", Salamanca, 1971, p. 511.

(2) PÉREZ MIER, *Iglesia y Estado nuevo*, Madrid, 1940, p. 522.

(3) FUENMAYOR, *El matrimonio y el Concordato español*, en "Ius Canonium", III, 1963, p. 297.

(4) PÉREZ MIER, ob. y lug. cit.

(5) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, V, 1.º, *Derecho de Familia*, Madrid, 1912, p. 408.

(6) FUENMAYOR, ob. cit., p. 291, n. 110.

(7) NAVARRO VALLS, *Divorcio: orden público y matrimonio canónico*, Madrid, 1972, pp. 221-222.

mucha frecuencia en los civilistas: el considerar a la forma de celebración como el elemento determinante de la naturaleza civil o canónica del matrimonio. Es frecuentísimo, en efecto, encontrar entre los cultivadores del Derecho civil la afirmación de que el matrimonio es canónico o civil según se celebre «in facie Ecclesiae», según la forma canónica, o ante la autoridad estatal señalada por los requisitos formales de la legislación civil. Aún más, se considera matrimonio civil a todo el contraído según una forma que no sea la establecida como obligatoria por la ley canónica; no se tiene en cuenta si esa obligatoriedad lo es para la validez o, como durante siglos fue normal, sólo para la licitud; ni si se trataba de una forma canónica jurídica o meramente litúrgica (8). La aplicación, pues, de esquemas y categorías jurídicas modernas al Derecho pretridentino impidió a los civilistas entender la gran variedad de formas de celebración admitidas por la legislación canónica, variedad que hoy no ha desaparecido del Derecho actual de la Iglesia. Así pudo Sánchez Román tomar por matrimonio civil diferentes tipos de matrimonios canónicos. Y la confusión aún se da la mano con otra, que identifica matrimonio canónico con matrimonio sacramental, y considera civiles todos los matrimonios no sacramentales. De ambas opiniones hay abundantísimas huellas en la literatura y en la legislación civiles sobre el matrimonio.

Los canonistas no caen en tal error. No olvidan, en efecto, que la forma de recepción del consentimiento (9) no es nunca un elemento esencial del matrimonio —aun cuando se la requiera para la validez— ni sirve de criterio para determinar su naturaleza jurídica. El matrimonio es canónico si cae bajo la competencia de la Iglesia Católica, y esa competencia no existe porque el matrimonio sea sacramento —que puede no serlo (10)—, ni porque deba contraerse en forma canónica —que puede no obligar—; esa competencia existe porque uno de los contrayentes sea miembro de la Iglesia; y es miembro de la Iglesia quien haya recibido válidamente el sacramento del bautismo. A estos miembros de la sociedad Iglesia, la ley canónica les marca no una, sino varias posibles formas de contraer matrimonio, adecuadas a las diferentes posibles circunstancias en que tales personas puedan encontrarse: incluso, en algunos supuestos, aparece la forma civil, la celebración de las nupcias en forma civil, entre las formas previstas o aceptadas por la legislación de la Iglesia como válidas para celebrar un matrimonio canó-

(8) Vid GISMONTI, *La celebrazione del matrimonio secondo la dottrina e la legislazione canonica sino al Concilio Tridentino*, en "Ephemerides Iuris Canonici", V, 1949, pp. 301-338.

(9) Utilizo, siguiendo a LALAGUNA (*Función de la forma jurídica en el matrimonio canónico*, en "Ius Canonicum", I, 1961, pp. 215-227), la única terminología correcta, pues, por supuesto, es a la forma de recepción a la que los autores suelen referirse cuando hablan de forma del matrimonio, o de matrimonio en forma civil o canónica.

(10) La mayoría de la doctrina niega el carácter sacramental del matrimonio entre bautizado y no bautizado, el cual es, sin embargo, matrimonio canónico (vid. BERNÁRDEZ, *Curso de Derecho Matrimonial Canónico*, Madrid, 1971, p. 40).

nico. Ocurre entonces que esos «matrimonios en forma civil» —como les ha llamado Fuenmayor (11)— son matrimonios canónicos; y hasta podría decirse, yendo más lejos en la terminología, que son matrimonios en forma canónica, ya que la Iglesia ha hecho suya la forma civil, por ej., en aquellos casos en que en virtud del canon 1.098 juega la forma civil como forma canónica extraordinaria (12).

Estas ideas, que nos serán útiles en el resto de nuestro estudio —razón por la que nos hemos detenido algo más en su exposición—, explican por qué en nuestra historia jurídica hayan podido ser considerados matrimonios civiles los que no eran sino matrimonios con formas peculiares, mal interpretados por Sánchez Román y descritos en cambio con suficiente exactitud por Eloy Montero para el caso español (13) y por Sara Acuña en el marco de la legislación canónica general (14).

A la época del Concordato de 1851 se llega, pues, desconociéndose el matrimonio civil en nuestro Derecho patrio; la recepción del Derecho canónico es completa en esta materia. En lógica consecuencia nos encontramos con el silencio del texto concordado, toda vez que la recepción citada no se operaba por vía concordataria —los concordatos precedentes silencian igualmente el tema— sino directamente por el ordenamiento estatal.

Tal consideración nos pone delante de un hecho: la competencia del Estado sobre el matrimonio civil es directa, autónoma, y su ejercicio no precisa ser pactado con la Iglesia. Si hubo en España, hasta después del Concordato isabelino, matrimonio canónico obligatorio según la ley civil en lugar de matrimonio propiamente civil, fue porque así lo dispuso la propia legislación del Estado español. Lo que el Estado no puede hacer, sin olvidar los derechos fundamentales del hombre, es prohibir el matrimonio canónico de aquéllos de sus súbditos obligados a contraerlo según la ley canónica; pero ello no le priva de su competencia sobre el matrimonio civil, terreno en el que —como en tantos otros— deberá, por otra parte, legislar de acuerdo con presupuestos éticos y principios de representatividad que en este momento no vamos a analizar (15). Sin acertar a explicarla así, esta idea no es desconocida para la civilis-

(11) FUENMAYOR, ob. cit., p. 412.

(12) Que fue, exactamente, lo que ocurrió con los famosos matrimonios de la guerra civil española de 1936-39; los graves problemas que de ellos se derivaron, y que han motivado una rica bibliografía, nacieron precisamente de haber ignorado el nuevo Estado español que un matrimonio puede ser canónico aunque se haya celebrado en forma civil.

(13) MONTERO, *El Concordato y la legislación matrimonial*, en "El Concordato de 1953. Conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid durante el curso 1953-54", Madrid, 1956, pp. 289-294.

(14) ACUÑA, *La forma del matrimonio hasta el Decreto "Ne Temere"*, en "Ius Canonicum", XIII, enero-junio 1973, pp. 137-190.

(15) Vid. DE LA HERA, *Confesionalidad del Estado y libertad religiosa*, en "Ius Canonicum", XII, julio-diciembre 1972, pp. 94-95.

tica de nuestro siglo XIX (16), que se bate por el derecho autónomo del Estado a regular con sus propias leyes el matrimonio civil; y resulta hoy pacífica en nuestros actuales civilistas, encabezados por aquellos que con mayor asiduidad vienen estudiando la temática matrimonial, como Fuenmayor, García Cantero, Lacruz, Sancho Rebullida, Lalaguna, etc.; así como en los canonistas que han tocado estos puntos del Derecho matrimonial: Bernárdez, Hervada, López Alarcón, Reina, Portero, Navarro Valls, etc.

III. EL ARTICULO 42 DEL CODIGO CIVIL.

El silencio del Concordato de 1851, si respetaba la autonomía del Estado ante el posible establecimiento de un matrimonio civil en España, dejaba en cambio desamparado al matrimonio canónico, dependiente de sólo la buena voluntad del legislador estatal. De ahí el agitado iter que marca la introducción del matrimonio civil en nuestro Derecho: aparece, por vez primera, impuesto como única forma civilmente eficaz mediante la Ley de 18-VI-1870; es derogado como forma exclusiva matrimonial mediante varios decretos de 1875, que aceptaban de nuevo el matrimonio canónico y mantenían como excepcional o supletorio al civil; se llega en 1887 a la fórmula de compromiso León XIII-Alonso Martínez, que se incorpora a la base 3.^a de la Ley de 11-V-1888 y se transforma en fin, casi literalmente reproducida, en el artículo 42 del Código civil (17). El tenor de éste, en aquélla su primera redacción de 1889, fue el siguiente: «La ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico, que deben contraer todos los que profesen la Religión Católica; y el civil, que se celebrará del modo que determina este Código».

Dejando ahora de lado otros diversos problemas de exégesis de este texto legal (18), afrontados por la doctrina, podemos subrayar que el artículo 42 del Código civil dio en España definitiva carta de naturaleza a la duplicidad de matrimonios —canónico y civil—, estableciendo para éste una regulación propia y aceptando para aquél la ley canónica,

(16) Vid. SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., pp. 404-407.

(17) Amplias referencias al tema en SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., pp. 404-424; GARCÍA CANTERO, *El vínculo del matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid, 1959, pp. 11-23; FUENMAYOR, ob. cit., pp. 290-297, y *El sistema matrimonial español*, separata de la "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", Madrid, 1959, pp. 3 y ss.; LÓPEZ NIÑO, *Los sistemas matrimoniales en el Derecho concordatario*, Madrid, 1971, pp. 136-139; NAVARRO VALLS, ob. cit., pp. 221-223; LACRUZ-SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Familia*, Barcelona, 1966, pp. 21-23; PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho Civil Español, V, Familia y Sucesiones*, Pamplona, 1972, pp. 40-43. Vid., especialmente, ESCUDERO ESCORZA, *Matrimonio de acatólicos en España*, Vitoria, 1964, pp. 9-114.

(18) Uno de ellos es el uso de la expresión "dos formas de matrimonio", en la que late la ya referida preocupación formalista de la civilística; sobre este punto del artículo 42, volveremos más adelante.

con una importante salvedad: quedan obligados a contraerlo quienes «profesen la Religión católica», locución que parece poseer un sentido más restringido que el de la correspondiente ley canónica, que ha considerado siempre sometidas a sus normas matrimoniales a cuantas personas hayan recibido válidamente el sacramento del bautismo (19). Y decimos «parece poseer», porque los términos empleados en el artículo 42 resultan en cierto modo ambiguos, al no precisar, sin que quede lugar a dudas, dos extremos: 1) qué debe entenderse por «profesar» la religión católica; 2) si se requiere, para la obligatoriedad del matrimonio canónico, que profesen el catolicismo ambos contrayentes, o bastará que lo profese uno de ellos (20).

IV. LA INTERPRETACION DEL ARTICULO 42 DEL CODIGO CIVIL ENTRE 1889 Y LA ACTUALIDAD.

Aquel artículo 42 ha sido objeto, en estos dos puntos, de muy varias interpretaciones legales y doctrinales (21). Vigente tal norma —con el paréntesis de la II República— hasta la reforma del Código civil de 1958, las principales etapas de su interpretación, en relación con los puntos que nos ocupan, fueron:

1) 1889-1900. Al discutirse en el Congreso el Proyecto del Código civil, Azcárate presentó objeciones al artículo 42, basadas en la falta de precisión con que estaba redactado el mismo, en relación precisamente con la ambigüedad de la calificación de católicos en el futuro texto legal (22). Y ya durante la primera década de vigencia del Código, se dictaron «repetidas resoluciones... en el sentido de considerar como requisito necesario para la celebración del matrimonio civil la manifestación hecha ante autoridad competente por ambos contrayentes, o al menos por uno de ellos, que no profesan la religión católica» (23).

2) 1900-1906. Esta tendencia se impuso, y la Real Orden de 28-XII-1900 interpretó el art. 42 en el sentido de requerirse, para el

(19) Vid. WERNZ-VIDAL, *Ius Canonicum*, V, *Ius Matrimoniale*, Romae, 1928, pp. 71-72. La sumisión de todos los bautizados al Derecho Matrimonial canónico es, en sí misma, completa; el Derecho canónico, sin embargo, ha sabido acoger determinadas excepciones personales y materiales a esta norma general, de lo que puede ser un ejemplo —entre otros— el vigente canon 1.099 del CIC. En el propio WERNZ-VIDAL, ob. cit., pp. 71-74, puede verse suficiente información al respecto, así como en BERNÁRDEZ, ob. cit., pp. 26 y 292-294, y FUENMAYOR, *El matrimonio y el Concordato español*, cit., pp. 255-264.

(20) Vid. MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, I, Madrid, 1914, p. 247.

(21) Una pormenorizada referencia a las mismas, en FUENMAYOR, *El sistema matrimonial español*, cit., pp. 11-31, y GARCÍA CANTERO, ob. cit., pp. 11-23 y 96-102.

(22) Vid. SANCHO REBULLIDA, *El artículo 42 del Código Civil y el Decreto de 26 de octubre de 1956*, en "Pretor", VI, 1957, pp. 5-6. El texto de la intervención de Azcárate, en ESCUDERO ESCORZA, ob. cit., pp. 227-231.

(23) Considerando de la Real Orden de 28-XII-1900 (vid. en "Enciclopedia Jurídica Española", t. XXII, voz *Matrimonio Civil*, p. 34).

matrimonio civil, la declaración de no profesar el catolicismo prestada ante la autoridad civil competente por al menos uno de los contrayentes (24). Con lo que se resuelven las dudas en favor de una notable facilidad para la celebración del matrimonio civil, al bastar que un sólo contrayente no profese la religión católica, y entender por «no profesar» la simple declaración «bajo su palabra» (25) de los interesados, sin requerirse mayor prueba. Parece muy defendible la opinión de que así se violenta un tanto el texto literal del Código —que parecía más bien establecer un sistema matrimonial supletorio— dando entrada a un sistema facultativo (26), en el que los contrayentes eligen, sin otro requisito que su deseo, la clase de matrimonio, civil o canónico, que han de contraer. Sin embargo, esta interpretación extensiva del art. 42 hizo fortuna, como veremos a continuación.

3) 1906-1907. Es sabido que el sistema matrimonial supletorio o subsidiario y el sistema facultativo coinciden en que ambos significan la implantación de dos clases de matrimonio: el religioso y el civil. Y se diferencian en que, en el sistema subsidiario, los que deseen contraer matrimonio civil deberán probar que no profesan la religión de que se trate, mientras que en el sistema facultativo los contrayentes pueden acudir a la celebración civil sin necesidad de someterse a requisito ni presentar prueba de ninguna clase. Lo cierto es que las diferencias entre ambos sistemas pueden llegar a ser verdaderamente sutiles: en España, de acuerdo con la Ley de 1900 antes citada, bastando como prueba la palabra del contrayente que afirma no profesar el catolicismo, ¿cabía hablar de sistema subsidiario mejor que de facultativo? Pero aún ese requisito mínimo desaparece en la Real Orden de 27-VIII-1906, que consideró lesiva para la libertad de los católicos que prefiriesen el matrimonio civil la necesidad de declarar que ya no profesaban la religión a la que un día pertenecieron; en consecuencia, interpreta al Código civil en el sentido del sistema matrimonial facultativo pleno, disponiendo que «no se exija a los que pretenden contraer matrimonio civil, conforme a las disposiciones de los arts. 86, 89 y siguientes del Código civil, declaración alguna relativa a la religión que profesen» (27).

4) 1907-1913. La anterior norma despertó notables reacciones en los sectores católicos del país (28), y fue casi inmediatamente deroga-

(24) "Enciclopedia Jurídica Española", cit., pp. 33-34.

(25) En sus considerandos, la Real Orden de referencia emplea expresamente estos términos ("Enciclopedia Jurídica Española", cit., p. 34).

(26) Tal es la opinión, acertada a mi parecer, de LÓPEZ NIÑO, ob. cit., p. 139.

(27) "Enciclopedia Jurídica Española", cit., pp. 34-35.

(28) Contra ella escribió VILLADA (*El matrimonio de los heterodoxos en España*, en "Razón y Fe", XVI, 1906, pp. 480 y ss.), y recurrió el obispo de Badajoz en vía contenciosa (vid. FUENMAYOR, *El sistema matrimonial español*, cit., pp. 17-18). El propio FUENMAYOR (ob. cit., p. 18) afirma que la Real Orden de 1906 "introducía descaradamente" el matrimonio civil facultativo, mientras que GARCÍA CANTERO (ob. cit., pp. 16-17) habla de "extremado radicalismo" y de "criterio revolucionario". No

da, mediante la Real Orden de 28-II-1907, que restableció la vigencia de la de 28-XII-1900. La tesis de que la Real Orden de 27-VIII-1906 realizó una interpretación extensiva del Código civil, alterando el sentido de la norma, tiene acogida en esta nueva Orden de 1907; uno de sus Considerandos, en efecto, expresa que «la R. O. emanada de este Ministerio en 27 de agosto último, al "proclamar la libertad de los católicos para adoptar una de las dos formas de matrimonio que autoriza la ley" y al disponer "que no se exijan a quienes pretenden contraer matrimonio civil declaración alguna relativa a la religión que profesen", excede del límite de las facultades ministeriales, por cuanto la aplicación e interpretación de los preceptos del Código en la materia están reservadas a los Tribunales de Justicia, y su modificación o aclaración a las Cortes con el Rey» (29).

5) 1913-1931. Una Real Orden de 28-VI-1913 confirma el criterio de la de 1900, criterio predominante hasta entonces, y declara definitivamente el sentido de la ley. Hasta el advenimiento de la II República, esta interpretación de 1913 se mantiene inamovible, de modo que puede considerarse la interpretación auténtica del artículo 42 del Código civil para la época comprendida entre 1889 y 1931.

A tenor de la Real Orden de 1913 se confirma, pues, cuanto se ha dicho hasta ahora; a) basta que uno solo de los contrayentes no profese el catolicismo, para que pueda celebrarse el matrimonio civil; b) no solamente basta como prueba de no profesión la declaración del interesado, sino que no puede pedirse ninguna otra clase de prueba; ni siquiera considerar falsa la declaración si se encuentra una contradicción con la vida llevada hasta ese momento por el declarante. Hecha ante la autoridad pública declaración de no profesar la religión católica, no se admite prueba en contrario; ese solo hecho legitima, sin más requisitos, las nupcias civiles. El texto legal es en este sentido terminante: «Considerando que ha sido y es criterio constante de interpretación del artículo 42 con reducidas y efímeras variaciones, que la declaración hecha por ambos o uno solo de los que pretendan contraer matrimonio civil, de no profesar la Religión católica, basta para exceptuarlos de la imposición contenida en la primera parte del citado artículo»...; «consideran-

— pueden aceptarse expresiones tan exageradas. No dudo de que, al interpretar el artículo 42 del Código civil, la Real Orden de 1906 alteraba algo el sentido originario de la norma; pero la alteración provenía ya de la Real Orden precedente de 1900, que a su vez recoge un criterio anterior recibido en resoluciones anteriores: pasar de la prueba consistente en la mera palabra del interesado, a ninguna prueba —es decir, a la prueba consistente en la conducta del interesado, que acude a contraer matrimonio civil, acto bastante significativo de que no se profesa el catolicismo—, me parece un cambio tan mínimo, que no se justifica la enemistad contra la Real Orden de 1906, al menos si no va acompañada de parecida oposición a la de 1900, que, en cambio, consiguió ser bien recibida en su momento, se impuso —como veremos enseguida— hasta 1931, y no parece tampoco merecer la crítica de la doctrina más reciente.

(29) "Enciclopedia Jurídica Española", cit., p. 36.

do que al proveer a esta petición el Juez municipal de..., desestimando la pretensión deducida en el escrito de referencia [mediante el que los interesados pidieron ser admitidos al matrimonio civil declarando no profesar el catolicismo], "por cuanto que los recurrentes consta de un modo fehaciente pertenecen a la religión católica y no han demostrado ni antes ni después al matrimonio proyectado estar separados ni conocido otra religión que la católica apostólica romana", infringe las primeras de las disposiciones citadas al principio, desconoce un derecho atribuido a los solicitantes, ejercitado en forma legal, a pretexto tan exorbitante como el de suponer que autorice la Ley, ni pueda existir ni prevalecer contra ella otra prueba del estado de conciencia, de naturaleza tan íntima y respetable, como la solemne declaración del interesado» (30).

Debe señalarse que, en mi opinión, no le falta lógica a esta interpretación del art. 42, en lo que hace a la fuerza de la declaración de acatolicidad: no es que ésta se presuma verdadera *iuris et de iure*, sin que quepa alegar en contra la vida hasta ese momento llevada por el declarante; es que, al declarar su acatolicidad para celebrar un matrimonio civil, está indudablemente separándose de la Iglesia en ese instante, y así la declaración es siempre verdadera. Sin que se pueda tampoco decir que *uno solo* de los contrayentes es el que no profesa la religión, y que por tanto también en este punto es extensiva la interpretación del art. 42: el otro, si no hace una declaración oral o escrita de no profesar la religión católica, cabe al menos decir que la hace con su conducta, al acudir al matrimonio civil. En la Real Orden de 1906, esto hubiera bastado, pues allí no se pedía declaración alguna a los contrayentes, siendo suficiente el acudir ante el juez para celebrar las nupcias civiles. Realmente, aunque las Reales Ordenes de 1907 y 1913 sustituyen a la de 1906, no es muy distinto lo que disponen: una declaración expresa de uno de los contrayentes, que es siempre eficaz, y una conducta no menos expresa del otro, al que no se pide declaración alguna. Este fue, pues, el sistema, que parece desde luego facultativo, de matrimonio civil establecido en España durante los años que van de 1889 a 1931.

6) 1931-1932. Instaurada en España la II República el 14-IV-1931, un Decreto del mismo día, con la firma del Presidente y los Ministros del Gobierno Provisional, marcaba los «principios directivos» del nuevo Régimen, siendo el tercero de ellos el siguiente: «El Gobierno provisional hace pública su decisión de respetar de manera plena la conciencia individual mediante la libertad de creencias y cultos, sin que el Estado en momento alguno pueda pedir al ciudadano revelación de sus convicciones religiosas» (31). En correspondencia con este programa, un nuevo Decreto, del 22-V-1931, disponía que «Nadie, en

(30) "Enciclopedia Jurídica Española", Apéndice de 1913, p. 707.

(31) El Decreto se publicó en la "Gaceta" del 15 de abril. Vid. en "Enciclopedia Jurídica Española", Apéndice de 1931, p. 1285.

ningún acto de servicio ni con motivo de una relación con órganos del Estado, está obligado a manifestar su religión; en su virtud, los funcionarios, así civiles como militares, se abstendrán de inquirir sobre las creencias religiosas de quienes comparezcan ante ellos o les estén subordinados» (32).

Es patente la contradicción entre ambos Decretos y las Reales Ordenes de 28-VI-1913 y 28-XII-1900, que en aquel momento regulaban la admisión de los españoles al matrimonio civil. De atenerse a lo dispuesto por el Gobierno republicano, se hace imposible exigir la declaración de no profesión de la religión católica, que las citadas Reales Ordenes imponían interpretando el art. 42 del Código civil. La República debería, pues, derogar la citada legislación de la Monarquía, si quería cumplir con el compromiso programático de su Decreto de 14-IV-1931 y con el precepto contenido en el Decreto del 22-V-1931, cuya redacción genérica se contradecía con lo preceptuado de modo particular sobre el matrimonio en 1900. Solamente una investigación sobre los matrimonios civiles celebrados durante aquel año nos permitiría saber cómo se superó de hecho la dificultad de la vigencia de dos normas que imponían conductas contrapuestas.

7) 1932-1938. Sin embargo, la modificación de la legislación matrimonial hasta entonces vigente aún se hizo esperar. La constitución de la República, de 9-XII-1931, no se referiría al matrimonio sino una vez, en el artículo 43; y es obvio que, aunque no se indica expresamente, el matrimonio allí mencionado es el civil, del que se proclama tan sólo que «se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos», y que es disoluble (33).

En consecuencia, las primeras disposiciones de la República sobre la libertad de conciencia, recogidas en el apartado anterior, exigían una nueva interpretación del artículo 42 del Código civil; la Constitución, con su breve alusión al matrimonio civil y disoluble, impone un nuevo sistema matrimonial. Ambas exigencias se verán atendidas: la primera por la Orden del Ministerio de Justicia de 10-II-1932, y la segunda por las Leyes de 2-III-1932 y 28-VI-1932 (34).

En lo que hace a la nueva interpretación del artículo 42, la Orden del Ministerio de Justicia de 10-II-1932 es terminante: «Se declara derogada la Real Orden de 28 de diciembre de 1900, y en consecuencia,

(32) "Enciclopedia Jurídica Española", Apéndice de 1931, p. 1284.

(33) Vid. en la "Enciclopedia" cit., Apéndice cit., p. 255: "Art. 43. La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de Derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación, en este caso, de justa causa".

(34) "Al instaurarse la República y establecerse en la Constitución de 1931 algunas prescripciones, como la reserva al Estado de todo lo concerniente a las formas del matrimonio, la admisión del divorcio vincular y el principio de aconfesionalidad, hacía esperarse se dictase seguidamente la Ley estableciendo en España el matrimonio civil como obligatorio y único a los efectos legales" (PUIG PEÑA, ob. cit., p. 43).

no se exigirá a los que soliciten la celebración del matrimonio civil declaración alguna respecto de sus creencias religiosas, ni de la religión que profesen» (35).

De esta disposición legal podemos decir, a) que coincide casi al pie de la letra con la Real Orden de 1906 que establecía idéntico régimen para el matrimonio civil (36); b) que este régimen es el del sistema de matrimonio facultativo, posible dentro del tenor del artículo 42 del Código civil mediante una interpretación extensiva, y, por otro lado, vigente en España bajo formas menos tajantes a lo largo de los cuarenta años precedentes; c) que la Orden de 10-II-1932 llegó, en todo caso, tarde, y resulta sorprendente que la República tardase tanto en dictarla: desde el 14 de abril de 1931, el Gobierno republicano había dispuesto que a ningún español se le pudiese exigir una declaración sobre sus creencias religiosas; desde el 9 de diciembre de 1931, la Constitución establecía de hecho un matrimonio único civil y disoluble. ¿Cómo, pues, se esperó hasta febrero de 1932 para derogar la Real Orden de 28-XII-1900? Tanto más que, por cuanto la Constitución anunciaba, había de dictarse en España una Ley de matrimonio civil único y obligatorio y otra de divorcio, de modo que aún el sistema facultativo fuese eliminado de nuestro ordenamiento. En esas condiciones, la derogación de la Real Orden de 1900 era una medida provisional, y urgente, en aplicación del Decreto de 14-IV-1931, para llenar el período que faltase hasta la promulgación de la Ley del Matrimonio civil. Por ello sorprende que entre el Decreto del 14-IV-1931 y la Orden del 10-II-1932, complementarios entre sí, se dejase un vacío de diez meses, mientras que esta última Orden tuvo una vigencia de sólo cuatro meses, que son los que la separan de la Ley de Matrimonio civil de 28-VI-1932.

Dentro de esos cuatro meses, se promulgó la Ley de Divorcio de 2-III-1932, que no afecta a nuestro tema, sino indirectamente, en cuanto establece una legislación civil sobre el matrimonio en abierto contraste con la idea misma que del matrimonio natural posee la Iglesia católica. Pero, en lo que nos interesa, el texto legal básico es la citada Ley del 28-VI-1932, que en su art. 12 establece que «a partir de la vigencia de la presente ley, sólo se reconoce una forma de matrimonio, el civil, que deberá contraerse con arreglo a lo dispuesto en las secciones primera y segunda del cap. III del tít. IV del Libro I del Código civil» (37).

Con esta disposición, «ya no se trata —como ha escrito Fuenmayor— de interpretar el art. 42 del Código civil: se le suprime de nuestro ordenamiento» (38). Desaparece el sistema de matrimonio civil

(35) "Enciclopedia Jurídica Española", Apéndice de 1932, tomo II, p. 196.

(36) Vid. *supra*, nota 27.

(37) "Enciclopedia", cit., lug. cit., pp. 196-197.

(38) FUENMAYOR, *El sistema matrimonial español*, cit., p. 21. "El 28 de junio de 1932 —escribe LÓPEZ NIÑO, ob. cit., p. 141— quedó suprimido

facultativo, para ser sustituido por el de matrimonio civil obligatorio, incompatible por completo con el art. 42, y por tanto derogativo del mismo. Formalmente, el Código civil no fue objeto de una reedición reformada, pero la Ley de 28-VI-1932, sustituyendo varios de sus artículos por prescripciones contrarias, y haciendo mención de otros varios para suprimirlos o alterarlos, realizó una transformación sustancial del régimen matrimonial vigente en España. El matrimonio canónico desaparece de nuestro ordenamiento: si se hace mención de él, es para aceptar que la jurisdicción civil, única competente en adelante para conocer de las causas de nulidad de los matrimonios canónicos contraídos con anterioridad, las trasmite a tenor del Derecho Canónico, según el cual tales nupcias se contrajeron (39). Y, de otra parte, el nuevo matrimonio civil obligatorio es regulado de acuerdo con el exclusivo criterio del Estado sobre la materia: no sólo es disoluble, sino que también se suprimen aquellos impedimentos civiles cuyo origen era claramente canónico (orden sagrado, voto) (40), de modo que desaparece en él toda huella del matrimonio canónico y de la tradición legislativa española, que aún en el anterior momento histórico de obligatoriedad del matrimonio civil respetó ciertos principios básicos de origen católico que lo inspiraban (41). Cualquier investigación sobre las dos cuestiones que vienen ocupándonos —profesión de la religión católica y necesidad de que sean apóstatas uno o los dos contrayentes, es decir, el tema de quienes podían contraer matrimonio civil según el art. 42 del C. c.— resulta por tanto superflua durante el período de vigencia de la legislación de 1932.

8) 1938-1941. Duraba todavía la guerra civil de 1936-39, cuando el nuevo Estado —nacido de los Decretos de 24-VII-1936 y 29-IX-1936 (42)— decidió sustituir el sistema matrimonial republicano, devolviendo su completa vigencia en la materia al articulado del Código civil. Al efecto, se dictó la Ley del 12-III-1938; según su art. 1.º, «quedan derogadas la Ley de matrimonio civil de 28 de junio de 1932 y las disposiciones dictadas para su aplicación»; una «Disposición transitoria» establecía que «hasta tanto se dicten nuevas normas, se declaran vigentes el Título IV del Libro I del Código civil y todas las demás

el artículo 42 del Código civil". La mayoría de nuestros tratadistas actuales de Derecho civil, sin embargo, cuando dan cuenta de la implantación del matrimonio civil obligatorio por obra de la Ley de 1932, omiten señalar su absoluta contradicción con el artículo 42 del Código civil, que equivalía a derogar éste de modo implícito.

(39) "Enciclopedia", cit., lug. cit., p. 197.

(40) "Enciclopedia", cit., lug. cit.

(41) "La legislación de la Segunda República Española fue más radical que la Primera en su ataque a la concepción tradicional de la familia en España" (GARCÍA CANTERO, ob. cit., p. 19). En el mismo sentido ESPÍN, *Manual de Derecho Civil Español*, vol. IV, Madrid, 1956, p. 25.

(42) Vid. GARRIDO-FALLA, *Leyes Políticas de España*, Madrid, 1969, p. 131.

normas complementarias del mismo que estaban en vigor en la fecha de publicación de la Ley que se deroga» (43).

Ambos preceptos resultan complementarios, puesto que el art. 1.º crea un vacío que, provisionalmente (44), viene a cubrir la disposición transitoria. La única duda versaría sobre cuál de las diferentes interpretaciones, que había tenido el art. 42 del Código civil, era la que de hecho se restablecía con esa referencia tan general a las normas vigentes antes de la Ley del Matrimonio civil.

La doctrina ha denunciado que, entre esas normas vigentes, se encontraba la Orden de 10-II-1932, mediante la cual la República derogaba la Real Orden de 28-XII-1900 y establecía el matrimonio civil facultativo. Para García Cantero (45) y Espín (46), lo que el nuevo Estado quiso decir es que se declaraban en vigor las normas vigentes antes de la República, debiendo así interpretarse la Disposición transitoria de 1938. Otros autores, siguiendo a Romero Vieitez (47), que fue el primero en debelar la anomalía, estiman que el legislador incurrió en un equívoco (48), y que la correcta interpretación del texto legal no podía hacerse mediante una presunción, sino que se precisaba una nueva norma, que efectivamente se dictó: la Orden del Ministerio de Justicia de 22-III-1938, a la que nos referiremos en seguida.

El problema radica en que la doctrina considera el art. 42 como instaurador de un sistema de matrimonio civil subsidiario, e interpreta en tal sentido la Real Orden de 1900 —derogada por la Orden republicana de 10-II-1932—, a la que viene a considerarse como la mejor, más autorizada y más conforme con nuestra tradición y con el espíritu del Código civil, entre todas las interpretaciones oficiales que ha tenido el art. 42.

De acuerdo con este criterio, si la Ley de 12-III-1938 restablecía —según su tenor literal— la legislación vigente al dictarse la Ley del matrimonio civil, lo que restablecía era la Orden republicana de 10-II-1932, pues la Real Orden de 1900 se encontraba derogada y sin vigor. Esta realidad, que emanaba del texto de la Ley de 12-III-1938, fue rechazada por la doctrina, y corregida en seguida por el legis-

(43) Vid. en BERNÁRDEZ CANTÓN, *Legislación eclesiástica del Estado* (1938-1964), Madrid, 1965, p. 3.

(44) Toda la doctrina está de acuerdo con esta transitoriedad claramente señalada en el texto legal. GARCÍA CANTERO (ob. cit., p. 19, n. 46) indica que algunos autores parecen desconocer este matiz de transitoriedad y se refiere en concreto a LUNA, *La prueba del hecho negativo de la acatolicidad*, en "Pretor", I, 1952, pp. 32-36. Pero, aún en estos casos, no se niega —aunque no se señale— la deducción evidente que se desprende de las palabras de la Ley: "Hasta tanto se dicten nuevas normas..."

(45) GARCÍA CANTERO, ob. cit., pp. 19-20.

(46) ESPÍN, ob. cit., p. 26.

(47) ROMERO VIEITEZ, *Las normas de Derecho matrimonial promulgadas por el nuevo Estado español*, en "Revista de Derecho Privado", XXV, 1941, p. 77.

(48) Así FUENMAYOR, ob. cit., p. 22. En el mismo sentido MALDONADO, *La exigencia del matrimonio canónico en nuestra legislación civil*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, VII, enero-marzo 1954, p. 153.

lador. Tal actitud sólo puede apoyarse en una de estas dos razones: a) el sistema matrimonial que el nuevo Estado deseaba restablecer no era el de la Orden del 10-II-1932, sino el de la Real Orden de 28-XII-1900; b) el nuevo Estado no podía dejar subsistente ninguno de los textos legales de la República sobre el matrimonio, independientemente de su contenido (49).

La solución b) responde a lo que realmente ocurrió, pero sólo en parte, pues por ej., la Ley de Divorcio no se derogó hasta año y medio más tarde que la del matrimonio civil; por otra parte, otras leyes republicanas no fueron derogadas nunca, y no hay razón para que el nuevo Estado derogase —sólo por el hecho de proceder del régimen enemigo— incluso aquellas disposiciones con las que estuviera conforme.

La solución a) nos obliga a precisar si, en efecto y no solamente en la apariencia, son diferentes los regímenes matrimoniales establecidos por la Orden del 10-II-1932 y por la Real Orden del 28-XII-1900, ambas interpretando el art. 42 del Código civil. Ya he expuesto antes mi opinión de que en ambas se trataba de imponer un sistema civil facultativo, mientras la doctrina prefiere atribuir al régimen de la Real Orden de 1900 el carácter de sistema subsidiario. Sobre este punto conviene volver ahora con más detenimiento.

Toda la diferencia entre ambos textos legales radica en que el de 1900 pedía a uno al menos de los contrayentes una declaración de no profesar la Religión católica —declaración bajo palabra prestada ante el juez civil, y que hace fe por sí misma, no pudiéndose contradecirla con prueba en contrario de ningún tipo (50)—; en cambio, la Orden de 1932 no pide declaración alguna a los contrayentes en orden a manifestar sus creencias religiosas, conformándose con su declaración de que desean contraer matrimonio civil para admitirles al mismo.

De que este segundo sistema responde al denominado comúnmente como matrimonio civil facultativo, no hay duda posible. Pero, para que podamos en cambio hablar de sistema subsidiario, ¿es bastante que se pida a una de entre dos personas —ambas bautizadas católicamente— que bajo su palabra declare no profesar el catolicismo? En mi opinión, hay que responder que no. La diferencia entre los sistemas facultativo y subsidiario no puede ser tan sutil, o, dicho de otro modo, la calificación de matrimonio civil subsidiario ha de aplicarse cuando verdaderamente exista una subsidiariedad: cuando todo católico esté obligado al matrimonio canónico, y el acceso al civil solamente le sea posible mediante una demostración cierta y probada de que ya no profesa la Religión. Facultativo quiere decir que los contrayentes eligen

(49) “Los extremismos suelen provocar fenómenos de reacción y la República abocó a España a la guerra civil, y a una legislación del nuevo Estado vencedor que tendió ante todo, en nuestro tema, a borrar la obra legislativa de los años republicanos” (DE LA HERA, *Pluralismo y libertad religiosa*, Sevilla, 1971, p. 69).

(50) Según dispone la Real Orden de 28 de junio de 1913, aceptada unánimemente como complementaria de la de 28 de diciembre de 1900, con la que forma un todo (vid. arriba, nota 30).

libremente y sin otros requisitos la clase de matrimonio —canónico o civil— que prefieran; subsidiario, o supletorio, que pueden acudir al civil cuando prueben fehacientemente que se encuentran fuera del supuesto en cuya virtud venían obligados al matrimonio canónico.

En consecuencia, no es subsidiario un matrimonio civil al que puede llegarse tan fácilmente como el previsto en la Real Orden de 28-XII-1900, que interpreta el art. 42 del Código civil. La buena voluntad de la doctrina moderna, que quiere ver en los largos años que median entre 1889 y 1941 una España en que los católicos contraen matrimonio canónico o, subsidiariamente, matrimonio civil en casos muy especiales, no se adecúa con la legislación vigente. Piénsese que, en esa interpretación del art. 42 considerada común, uno de los contrayentes declara bajo su palabra no profesar el catolicismo, y se le da fe aunque conste que miente, de acuerdo con el criterio categórico que inspira la Real Orden de 28-II-1913; el otro —también bautizado en la Iglesia católica— se limita a declarar que desea contraer matrimonio civil. En la Orden republicana de 10-II-1932, ambos declaran solamente que desean contraer matrimonio civil. ¿No es esto una declaración de no profesar el catolicismo, idéntica en todo a la que se pedía por la Monarquía a una de las partes, y levisimamente distinta de la que se pedía a la otra? No se trata de una simple conducta —que ya sería bastante—; ambos contrayentes declaran desear un matrimonio civil. El sistema —facultativo— es tan similar al establecido en 1900, que no puede dudarse en calificar a éste también de facultativo, o si se quiere, para rendir tributo al escrúpulo de la exactitud, de cuasifacultativo; en ningún modo de supletorio o subsidiario (51).

No había por qué, pues, escandalizarse de que la Ley de 12-III-1938 dejase vigente la Orden de 10-II-1932, al menos desde un punto de vista técnico. En cambio —y esto también hay que admitirlo— había razones para derogarla desde un punto de vista ideológico. El nuevo Estado, empeñado en una guerra que él mismo calificaba de Cruzada religiosa, de modo que participar en ella aparecía como una confesión de fe, no podía mantener un texto legal que prohibía toda manifestación de la personal conciencia religiosa. Fue, pues, por esto por lo que había que eliminar la Orden de 10-II-1932, aunque se viniese a dar al problema en ella contemplado una solución técnica bastante parecida. Este fue el sentido de la Orden del Ministerio de Justicia de 22-III-1938, que a sólo diez días de distancia vino a completar a la Ley de

(51) Es claro que este juicio se basa en el análisis de los textos legales, a cuya luz no parece posible mantener un criterio diferente. Sin embargo, será útil señalar la conveniencia de estudiar también la práctica y muy en particular la jurisprudencia, que no constituyen el objeto del presente trabajo, y que podrán arrojar mucha luz sobre el tema. Del interés de tomar en cuenta los datos jurisprudenciales puede juzgarse a través de las interesantes observaciones que en ese campo hacen, entre otros, DÍEZ PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, II, Madrid, 1969, pp. 292 y ss., y ARECHEDERRA, *Formas y clases de matrimonio en el Derecho español*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1972, p. 1223-1244.

12-III, resolviendo a la vez el «equivoco» de la vigencia de la Orden republicana de 10-II-1932, mediante el restablecimiento en todos sus términos de la interpretación del art. 42 aceptada como común entre 1889 y 1931: «Teniendo presente que el art. 42 del Código civil impone claramente y lo abonan uniformes resoluciones, el matrimonio canónico a cuantos españoles profesen la Religión católica, debe exigirse para autorizar la celebración del matrimonio civil la declaración expresa de no profesar la Religión católica, por ambos contrayentes, o al menos por uno de ellos... Art. 1.º: Los expedientes de matrimonio civil promovidos al amparo de la Ley de 28 de junio de 1932 pueden seguir tramitándose y ultimarse siempre que ambos contrayentes, o uno de ellos, declaren expresamente que no profesan la Religión católica; sin esa declaración no podrá en modo alguno autorizarse el matrimonio civil para todos los españoles» (52).

Este texto contiene en su art. 1.º, pues, dos disposiciones: la primera, no parece que realmente suspendiera la tramitación de ningún matrimonio civil incoada al amparo de la Ley de la República, pues quien desea celebrar este matrimonio no había de detenerse por tener que añadir una declaración de no catolicismo, más que implícita en su propia elección del matrimonio civil; la segunda, que es la que restablece de hecho la interpretación dada en 1900 al art. 42, es la que desde mi punto de vista no llega a convertir en subsidiario el matrimonio civil facultativo vigente hasta entonces.

Que esta opinión que expongo, en contraste con la de una parte de la doctrina, no es tan ajena a la impresión que la norma del 22-III-1938 causó en sus contemporáneos, lo atestigua el propio Fuenmayor al reconocer que «esta Orden fue criticada por los canonistas» y recoger algunas de tales críticas (53). Lo que afirmaron Eloy Montero (54) y Giménez Fernández (55) fue que les había decepcionado la Orden del 22-III-1938 porque no fue suficientemente coherente con la política que se esperaba del nuevo Estado, restablecedora de la conformidad entre la legislación española y el Derecho Canónico (56): para éste, todo católico, aún el apóstata, sigue obligado al matrimonio canónico; la Orden de 1938 permite al apóstata el matrimonio civil, y se lo permite, además, al menos cuasifacultativamente.

9) 1941-1953. Los sorprendidos canonistas no tardarían en verse

(52) Vid. en FUENMAYOR, ob. cit., pp. 22-23, n. 32.

(53) FUENMAYOR, ob. cit., pp. 22-23, texto y ns. 33 y 34.

(54) MONTERO, *El nuevo Estado español y la institución matrimonial*, en "Revista de la Facultad de Derecho de Madrid", abril-septiembre 1940, p. 10.

(55) GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, *La institución matrimonial*, Madrid, 1947, p. 104.

(56) "Se había vuelto, pues, al sistema inmediatamente anterior a la República; pero era el momento de ver si tal sistema resultaba conforme con la legislación de la Iglesia, puesto que al mismo tiempo se estaban proclamando la ideología y el carácter netamente católicos del Estado español" (MALDONADO, ob. cit., pp. 153-154).

satisfechos: el 10-III-1941, una nueva Orden del Ministerio de Justicia va a interpretar otra vez el art. 42 del Código civil, ahora en coherencia absoluta con las normas del Derecho Canónico. De «cambio radical de criterio» calificarán Fuenmayor y Bonet a la nueva interpretación (57), que para unos rectifica todos los errores precedentes (58), mientras para otros está redactada «con muy mala fortuna» (59). Y, verdaderamente, constituye un caso singular dentro de nuestro ordenamiento, habiendo tenido por otro lado una larga vigencia desde 1941 hasta 1958.

Esta vez sí: el sistema matrimonial de la Orden de 10-III-1941 es el del matrimonio civil subsidiario en su más rígida formulación (60). A la pregunta: ¿quién puede contraer matrimonio civil?, se responde: los que no estén obligados al matrimonio canónico según la propia ley canónica. No es otro el sentido de la norma. El Estado reconoce la obligación de contraer matrimonio canónico que tienen los afectados por la correspondiente normativa eclesiástica, y solamente a ese matrimonio dará efectos civiles cuando se trate de tales personas. Subsidiariamente, el Estado establece un matrimonio civil para aquellos de sus súbditos no sometidos a la legislación canónica.

Esta sería la formulación más ortodoxa del sistema matrimonial establecido en 1941, expuesta con la terminología más clásica de la doctrina (61).

El texto de la Orden de 10-III-1941, publicada en el «B. O. E.» del 12, es como sigue: «El artículo 42 del Código civil ordena la obligatoriedad del matrimonio canónico, para cuantos, proponiéndose contraer legítimas nupcias, profesen la Religión católica. La defectuosa re-

(57) FUENMAYOR, ob. cit., p. 23; BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho Civil*, IV, Madrid, 1960, p. 72.

(58) MONTERO, *El concordato y la legislación matrimonial*, cit., p. 300.

(59) CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil español*, nueva edición revisada por COSSIO Y GULLÓN BALLESTEROS, II, Madrid, 1959, p. 450.

(60) PÉREZ MIER, *Matrimonio canónico y matrimonio civil según el Concordato*, en "Revista Española de Derecho Canónico", enero-abril 1959, p. 167. Tanto este autor como FUENMAYOR (ob. cit., p. 25-26) y MALDONADO (ob. cit., pp. 154 y ss.) han señalado algunas faltas de correlación entre la Orden de 1941 y la legislación canónica; faltas que existen realmente, sin alterar lo sustancial de la adecuación entre ambos ordenamientos procurada por la norma comentada, tal como estos mismos autores reconocen. Vid. también LAMAS, *La orden de 10 de marzo de 1941*, en "Revista de la Facultad de Derecho de Madrid", enero-junio 1941, pp. 143 y ss.; GARCÍA BARBERENA, *Matrimonios mixtos*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, VII, enero-marzo 1954, p. 14; SANCHO REBULLIDA, *Las formalidades civiles del matrimonio canónico*, Madrid, 1955, pp. 53-60; LÓPEZ ALARCÓN, *El matrimonio civil como subsidiario del canónico*, en "Revista General de Derecho", XI, 1955, p. 600; ROMERO VIEITIEZ, ob. cit., p. 77.

(61) Vid. para esta terminología, MALDONADO, ob. cit., p. 162, n. 17. De distinto modo, no menos clarificador, clasifican otros autores los sistemas matrimoniales. Vid. p. e., PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo IV, vol. I, Barcelona, 1967, pp. 33-34.

dación de dicho artículo que ni siquiera llegó a prever la distinción entre la acatolicidad de ambos o de uno solo de los contrayentes, así como también la desacertada de otras varias disposiciones correlativas del mismo título IV, libro I, del Código civil, más acentuada después de la publicación del nuevo Código canónico, incorporado a la legislación española por Real decreto de 19 de mayo de 1919, exigen una revisión meditada de aquellos artículos. Pero ello no obsta a que, en tanto continúen vigentes, obtengan su debida aplicación».

«A aumentar las dificultades expresadas concurre la diversidad de disposiciones administrativas, tantas veces contradictorias en su propia esencia, con que los regímenes anteriores, víctimas del doctrinarismo liberal, vacilaron en sus interpretaciones, cuando no las rindieron escandalosamente al sectarismo político, enfrentándolas con el verdadero sentido del precepto y las doctrinas fundamentales de la Iglesia.»

«La contradicción evidente entre tales disposiciones, agravada posteriormente por la perturbación que en tan delicada materia introdujo el espíritu anticatólico de la República, ha originado una lementable confusión en la aplicación de los textos legales, que es preciso desvanecer con la promulgación de una norma general, que, unificando los criterios, restablezca el sentido verdadero de la disposición y ampare el espíritu de instituciones tan sagradas como la familia y el matrimonio, objeto de las atenciones preferentes del nuevo Régimen.»

«En su virtud, este Ministerio, previa deliberación del Consejo de Ministros, ha tenido a bien disponer:

1.º Los Jueces municipales no autorizarán otros matrimonios civiles que aquéllos que, habiendo de contraerse por quienes no pertenezcan a la Religión católica, se pruebe documentalente la acatolicidad de los contrayentes, o, en el caso de que esta prueba documental no fuese posible, presenten una declaración jurada de no haber sido bautizados, a cuya exactitud se halla ligada la validez y efectos civiles de los referidos matrimonios.

2.º Quedan derogadas todas las disposiciones administrativas que se opongan a la presente Orden» (62).

Lo primero que hay que preguntarse, ante este texto, es si el artículo 42 del Código civil admite realmente una tal interpretación. Al propósito escribe así Pérez Mier: «Una mirada de conjunto al movimiento de vaivén del art. 42 en los tres cuartos de siglo autoriza, según creemos, a formular el juicio de que: 1.º, el matrimonio civil plenamente facultativo se opone y contradice abiertamente al art. 42; 2.º, el carácter rígidamente subsidiario del matrimonio civil, en los términos a que lo llevó la Orden ministerial de 1941, sobrepasa y excede la intención o voluntad de las partes en el momento de formar el Código civil, si bien no se puede decir que violenta los términos del art. 42» (63). Para opinar sobre si violenta en efecto el sistema de

(62) En BERNÁRDEZ, *Legislación eclesiástica del Estado*, cit., p. 35.

(63) PÉREZ MIER, ob. cit., p. 168.

1941 al texto del art. 42, hay que volver a los términos literales de éste: el matrimonio canónico lo «deben contraer todos los que profesen la religión católica». Y volver también a las dos preguntas que tantas veces nos hemos planteado: ¿qué hay que entender por «profesar la religión católica»? y ¿basta que uno la profese para poder ir al matrimonio civil?

La Orden de 1941 responde expresamente a ambos interrogantes. Según su tenor, se trata —al dictarla— precisamente de aclarar uno y otro puntos, que habían quedado ambiguos en la redacción del artículo 42. Pero no pretende decir la Orden que nadie ha acertado antes de ella en la verdadera y correcta interpretación del Código civil. Lo que afirma es que la redacción del art. 42 es defectuosa; que ello ha dado pie a interpretaciones contradictorias entre sí, aunque cupiesen dentro de los términos del texto legal; que en ocasiones, incluso se ha llegado a desvirtuar el sentido de la ley; y que por todo ello hay que revisar y modificar el Código. Y que entretanto esto puede llevarse a cabo, se va a dar una nueva interpretación oficial del art. 42: una más entre las posibles, no necesariamente la más coherente con el texto, sino la más coherente con el espíritu del legislador que interpreta el texto.

De aquí que la doctrina, con toda lógica, haya tenido que preguntarse por un doble camino si esa interpretación es legítima: ¿se mantiene dentro de los términos del art. 42, o los violenta?, ¿es verdaderamente coherente con el espíritu que el nuevo Estado pretende dar a su legislación?

Ya hemos visto que, para Pérez Mier, la Orden de 1941 no violenta el texto del art. 42. Según García Cantero, el art. 42 «al menos en cuanto a las personas sujetas a la forma canónica, estableció una verdadera recepción material del Derecho de la Iglesia católica» (64), por lo que la Orden de 10-III-1941 contiene «la recta interpretación del artículo 42... como no lo habían hecho las Reales Ordenes de 1900, 1906 y 1907» (65). Pero esta «recta» interpretación, ¿es recta porque se acomoda mejor al texto del art. 42, o al Derecho Canónico y con él al espíritu del nuevo Estado, el cual realmente parece en 1941 animado de esa voluntad de recepción de la ley canónica que García Cantero supone en el legislador de 1889?

Más que suponer en el legislador de 1889 el deseo de llevar a cabo una recepción plena de la ley canónica —deseo que no se explicita en ningún texto contemporáneo—, es en el legislador de 1941 en quien tal voluntad aparece expresa. Sin duda, como estima Pérez Mier (66), la interpretación de 1941 excede las intenciones del redactor del Código civil; y yo diría incluso que sí violenta el texto del art. 42, haciéndole decir más de lo que realmente dice. En cambio, las palabras de García

(64) GARCÍA CANTERO, *Matrimonio civil de acatólicos*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, VII, enero-marzo 1954, p. 135.

(65) GARCÍA CANTERO, ob. cit., p. 141.

(66) Vid. *supra*, nota 63.

Cantero —«la recta interpretación del art. 42»— habría que entenderlas como referidas a una «rectitud» conforme al criterio inspirador de la legislación del nuevo Estado: recepción del Derecho canónico, es decir, admisión al matrimonio civil únicamente de quienes no estén obligados al canónico en virtud de la ley eclesiástica.

Otra cosa es que el legislador de 1941, en su nueva interpretación del art. 42 del Código civil, haya o no acertado en la recepción de la ley canónica que se propuso efectuar. Mi opinión es que en un aspecto sí, pero no en otro. Sí que recogió eficazmente la legislación canónica al disponer que sólo se admita el matrimonio civil cuando ambos contrayentes no profesen el catolicismo. Pero, en cambio, alteró el sentido de la norma canónica —y de la tradición jurídica del propio Código civil— al determinar quiénes profesan o no la Religión católica (67).

El legislador de 1941 identifica «profesión de la Religión católica» con «recepción del bautismo»; equiparación que no coincide con la realidad, y que tampoco ha sido recibida en este campo por el legislador canónico; pues si bien es cierto que todo el que ha recibido el bautismo es miembro de la Iglesia católica y súbdito de la autoridad eclesiástica, el Código pío-benedictino no somete a la forma canónica del matrimonio a todos los bautizados, sino que excluye a aquéllos que recibieron el bautismo válidamente pero en una secta acatólica y nunca pertenecieron de facto a la Iglesia (68).

Se marca así una diferencia entre el Código de Derecho Canónico y la Orden del Ministerio de Justicia del 10-III-1941, que afecta en particular a los españoles bautizados fuera de la Iglesia católica y que hubiesen permanecido acatólicos: la ley española les obliga a contraer matrimonio canónico, del que les exceptuaba la propia ley canónica.

Muy probablemente, la contradicción es sólo formal, y habría que resolverla entendiendo que el texto legal de 1941 ha utilizado imperfectamente conceptos canónicos, a los que hay que recurrir para interpretar con corrección la mente del legislador y el sentido de la norma (69).

(67) La doctrina ha recogido unánimemente el hecho. Vid. amplias referencias en ESCUDERO ESCORZA, ob. cit., pp. 123-137.

(68) Vid. canon 1.099.

(69) Señala FUENMAYOR (ob. cit., p. 25) que, para los canonistas, la Orden de 1941 no se adecúa al Derecho canónico, bien por exceso bien por defecto. Si bajo la expresión "por exceso" se entendería la contradicción entre la Orden y el Código pío-benedictino de que me he ocupado arriba, las palabras "por defecto" se referirían a que "mientras la Orden se contenta con exigir a los que intentan contraer matrimonio civil prueba de "no pertenecer a la religión católica", es decir, prueba de "acatolicidad"; el Derecho canónico exige más: es preciso, para no estar obligado a forma canónica, que los contrayentes nunca hayan sido católicos, es decir, que ni estén bautizados en la Iglesia Católica, ni a ella se hayan convertido nunca de la herejía o del cisma" (FUENMAYOR, ob. cit., p. 26). Tal sería también el parecer del DEL AMO, *Los matrimonios civiles durante la República*, Madrid, 1954, p. 83. En mi opinión, esta contradicción por defecto no existe, ya que si bien la Orden de 1941 habla de la pertenencia a la religión católica, es claro que la iden-

Porque son esta mente y sentido los que nos ofrecen verdadero interés. Por única vez desde la introducción en nuestro ordenamiento jurídico del matrimonio civil, la Orden del 10-III-1941 —por encima de errores y exageraciones de su redacción— operó en nuestro Derecho una verdadera recepción, completa y determinada, del Derecho de la Iglesia Católica sobre el matrimonio de los católicos. Durante los años de vigencia de aquella Orden, el matrimonio civil regulado por nuestro Código civil ha sido destinado únicamente a los no sometidos al Derecho Canónico; el matrimonio canónico, en cambio, ha sido el único civilmente reconocido para aquellos españoles obligados a él por la legislación eclesiástica. Y esta norma se aseguró más estableciendo la necesidad de que ninguno de los contrayentes estuviesen bautizados para poder acceder al matrimonio civil; en caso de unión entre católico y acatólico, aquel impone el matrimonio católico a éste, lo que constituye la segunda innovación en la interpretación del art. 42 del Código civil operada en 1941. A tenor de ésta, los españoles no podían elegir: contraerían matrimonio canónico siempre que uno de ellos estuviese obligado al mismo según el propio Derecho canónico, y civil sólo si ninguno se hallase en tal caso (70). Y ello hasta tal punto, que la validez misma del matrimonio civil se hace depender de la veracidad de la no recepción del bautismo, resultando inoperante la prueba en tal sentido que no responda a la verdad. Es el auténtico régimen de matrimonio civil subsidiario, que sólo ha existido en España durante estos años, frente al precedente sistema facultativo de los años 1889-1932 y 1938-1941 y al sistema de matrimonio civil obligatorio de los años 1932-1938.

El reconocimiento de este hecho me parece necesario, sin que ello entrañe un juicio de valor acerca de la oportunidad o no de tal sistema jurídico. Es evidente, como la doctrina ha puesto de relieve, que la pertenencia a la Iglesia y la obediencia a sus leyes ha de ser una decisión voluntaria del individuo. La obligación que la Iglesia impone a los católicos apóstatas —a tenor del canon 1099— de contraer matrimonio canónico, hay que entenderla, pues, en el sentido de que la Iglesia

tifica con el bautismo, puesto que a quienes no puedan probar documentalmente su no catolicidad, lo que les exige es una declaración de no hallarse bautizados. Es esta tesis la que me impide, por otra parte, aceptar el razonamiento de LÓPEZ ALARCÓN (*La demostración de acatolicidad en los matrimonios civiles*, en "Boletín de Información del Ministerio de Justicia", 15 de mayo de 1953, p. 3), en el sentido de que la excomunión debe considerarse una prueba de acatolicidad, que permitiría al excomulgado efectuar matrimonio civil a tenor de la Orden de 1941. Vid., del mismo autor, *El matrimonio civil como subsidiario del canónico*, en "Revista General de Derecho", XI, 1955, p. 600.

(70) Vid. ESCUDERO ESCORZA, ob. cit., pp. 132 y ss., que indica ser éste el criterio de la Dirección General de los Registros y de la Jurisprudencia, a partir de 1941, al resolver los casos que se les presentaron: "las resoluciones prohíben el matrimonio civil a todo bautizado en la Iglesia Católica". Vid. también SANCHO REBULLIDA, *El artículo 42 del Código Civil y el Decreto de 26 de octubre de 1956*, en "Pretor", 1957, p. 8.

no reconocerá la validez del matrimonio no canónico que puedan contraer, pero nada más. La compatibilidad de tal norma con la existencia de un matrimonio civil para los apóstatas es evidente, incluso en un Estado confesional católico; como ha escrito Lombardía, «en un ordenamiento secular inspirado en el principios de la confesionalidad, la legislación debe estar abierta a un continuo perfeccionamiento en la búsqueda de la adecuación con los principios del Derecho divino *natural* y positivo; pero, al mismo tiempo, ha de ser respetuosa con la realidad a la que hoy y ahora se aplica, evitando forzar las situaciones y alejándose de cualquier tentación de intransigencia. De aquí la extraordinaria importancia que tiene la tolerancia en un sistema confesional» (71).

10) 1953-1954. La firma del Concordato entre la Santa Sede y el Estado español, el 27-VIII-1953, tuvo lugar mientras la Orden de 1941 conservaba su vigencia. El régimen matrimonial civil establecido por ésta se acomodaba —según hemos visto— sustancialmente al Derecho canónico: obligatoriedad del matrimonio canónico para los bautizados, subsidiariedad del matrimonio civil para los no sometidos al Derecho de la Iglesia (72). La dificultad de encajar este sistema en el texto del art. 42 del Código civil (73) había llevado a la doctrina a esperar una reforma de éste. Antes de que se produjera, la entrada en vigor del Concordato introduce un nuevo elemento en el problema que venimos estudiando.

Por supuesto, no cabía esperar del Concordato una innovación directa en el tema del matrimonio civil. No es materia concordataria la regulación civil del matrimonio; toca al Concordato en cambio establecer la recepción por el Estado del matrimonio canónico de sus súbditos católicos —en sus aspectos sustantivo y procesal— y, en todo caso, el pacto de respetar en la ordenación civil del matrimonio determinadas exigencias del Derecho divino.

De ahí que el Concordato de 1953, tal como se indicó al comenzar estas páginas, limitase su normativa —en cuanto ahora nos interesa— al reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio canónico. De ahí que no pueda menos de sorprender la casi unanimidad con que la canónica relaciónó en aquellas fechas el Concordato con el matrimonio

(71) LOMBARDÍA, *Prólogo* a ESCUDERO ESCORZA, ob. cit., p. XIII.

(72) Como veremos más adelante, hasta 1954 no se altera por primera vez este criterio en la interpretación de la Orden de 1941.

(73) No parece acertada, ni tuvo mayor aceptación, la tesis de MIGUELEZ (*El Concordato entre la Santa Sede y el Estado español*, en "Revista de Derecho Notarial", 2, 1954, p. 27), de que la Orden de 1941 "deja la cuestión en el mismo punto en que se hallaba"; con argumentos no convincentes apoya tal opinión ESCUDERO ESCORZA (ob. cit., p. 136), para quien "los puntos que en ella se urgen tienen cabida en una interpretación del artículo más recta y quizá más fiel que la que dieron OO.MM. anteriores". En el extremo opuesto a esta tesis, y con menor acierto, se ha sostenido incluso que el artículo 42 del Código civil quedó derogado por la Orden de 10-V-1941 (VELLÉ, *Matrimonio civil de académicos en España*, en "Revista de Derecho Privado", 1957, pp. 536-538).

civil, suponiendo que aquél implicaba para el Estado la adecuación completa del art. 42 del Código civil con la legislación de la Iglesia; los autores pidieron la reforma del viajo texto de 1839 —que había conseguido sobrevivir a tantos avatares— para acomodarlo, según decían, al Concordato. Y no sólo la canonística: Fuenmayor, al lado de los nombres de Regatillo, Maldonado, García Barberena, Del Amo, recuerda también otros precedentes del campo de la civilística —Castán, García Cantero—, unánimes todos ellos en estimar que, como consecuencia del Concordato, había de ponerse a la legislación civil en perfecta correspondencia con la canónica en esta materia (74). La idea general es que «el art. 23 del Concordato exige la reforma del artículo 42 del Código civil» (75), «en el sentido de que sólo podrán celebrar matrimonio civil en España los que no estuvieren obligados a guardar la forma canónica en la celebración de sus nupcias» (76).

Según escribió García Cantero comentando el Concordato (77), «por parte del Estado español se han aceptado las normas matrimoniales canónicas, en lo referente a las personas que están sujetas a esa forma de matrimonio canónico...», afirmación evidente y con la que estoy de acuerdo; no así cuando añade seguidamente: «... que será el único que producirá efectos civiles para las mismas». Ni tampoco cuando sigue: «Queda, pues, reservado el matrimonio civil para quienes están excluidos de la forma matrimonial canónica». Mi disconformidad con estas opiniones es clara, aunque —como subraya el propio autor (78), citando a su favor a Peña (79), Sancho Rebullida (80), Espín (81) y otros— «la opinión de canonistas y civilistas era unánime en este sentido».

Razonaremos esta disconformidad. Claramente establece el Concordato que el matrimonio canónico posee efectos civiles; pero no dice en cambio que solamente este matrimonio poseerá efectos civiles para las personas sujetas a la forma canónica —que es lo que interpreta García Cantero—. Con el texto del art. 23 del Concordato en la mano, es perfectamente posible dar efectos civiles al matrimonio civil de los católicos, toda vez que las palabras «El Estado español reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico» no cierran la posibilidad de que los obligados de por sí a la forma canónica puedan acudir al matrimonio civil y obtener el reconocimiento estatal para sus nupcias. De donde lógicamente se sigue que

(74) Vid. FUENMAYOR, ob. cit., pp. 33-40.

(75) La frase es de FUENMAYOR (ob. cit., p. 34), refiriéndose a la opinión de TOBALINA.

(76) TOBALINA, *El matrimonio canónico de los casados sólo civilmente*, en "Revista Española de Derecho Canónico", XI, 1956, p. 64.

(77) GARCÍA CANTERO, *Matrimonio civil de acatólicos*, cit., p. 145.

(78) GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil*, cit., p. 24.

(79) PEÑA, *Los matrimonios civiles*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 10, 1957, p. 250.

(80) SANCHO REBULLIDA, *El artículo 42 del Código Civil y el Decreto de 26 de octubre de 1956*, cit., pp. 8 y ss.

(81) ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho Civil Español*, cit., p. 31.

la sucesiva afirmación de que el matrimonio civil se reserva en España, como consecuencia del Concordato, a los no obligados al canónico, es una conclusión a la que se llega desde una premisa inexacta, y resulta por tanto inexacta igualmente.

Ni es tan unánime la doctrina, incluso en torno a 1953, puesto que, por ej., Miguélez habla ya entonces de tolerancia, y de no confundir lo que «debiera ser» con lo que de hecho es, a la hora de interpretar el Concordato, y Sancho Rebullida niega la tesis de la recepción plena del Derecho canónico matrimonial por obra del Concordato (82); Fuenmayor acertadamente distingue entre «exigencias del Concordato» y «aspiraciones de sus exégetas» (83); en el mismo sentido se manifiesta Pérez Mier, para quien «una ley civil que obligara civilmente a la forma canónica del matrimonio a los que bautizados en la Iglesia católica o convertidos a ella de la herejía o del cisma, se hubieren apartado después formalmente de la misma, no se concilia con el derecho de libertad religiosa en los términos que viene establecido en el art. 6.º del Fuero, reconocido expresamente por el Concordato» (84).

Una razón por la que el Concordato pudiese obligar a una recepción plena del Derecho Canónico en este campo sería la exigencia nacida de la confesionalidad del Estado. Pero tal confesionalidad —desarrollada en nuestras Leyes Fundamentales— no puede entenderse ni como una radical exigencia de recepción del Derecho canónico en su totalidad, por encima de los propios preceptos del Concordato, ni como un deber del Estado de imponer normas contrarias a la legítima tolerancia que la Iglesia misma exponía en su magisterio, y que estaba en la base de la posterior doctrina conciliar sobre la libertad religiosa (85).

En consecuencia, en los años inmediatamente posteriores al Concordato, a) continúa en vigor la Orden de 1941 que obliga al matrimonio canónico a todos los bautizados, incluidos los apóstatas, y limita el matrimonio civil a sólo los no bautizados; b) el Concordato no contiene ninguna exigencia de modificación en un sentido o en otro de esta normativa. En todo caso, al existir tal norma en el Derecho español en 1953 —norma ampliamente favorable al Derecho canónico— y no haberse hecho eco de ella el Concordato, ni directa ni indirectamente, más bien la desautoriza que la autoriza; es decir, al no aprovecharse la ocasión que el Concordato prestaba para dar a la norma de 1941, que imponía un sistema rígido de matrimonio civil subsidiario, el marchamo de la aprobación por la Santa Sede, prefiriéndose en cambio una fórmula

(82) MIGUÉLEZ, ob. y lug. cit.; SANCHO REBULLIDA, *Las formalidades civiles del matrimonio canónico*, Madrid, 1955, pp. 76-80.

(83) FUENMAYOR, ob. cit., p. 112; también ESCUDERO ESCORZA, ob. cit., p. 152.

(84) PÉREZ MIER, *Matrimonio canónico y matrimonio civil según el Concordato*, cit., p. 193.

(85) Vid. LOMBARDÍA, *La confesionalidad del Estado, hoy*, en "Ius Canonium", I, 1961, pp. 329-350; DE LA HERA, *El Derecho de libertad religiosa*, en "Nuestro Tiempo", febrero 1966, pp. 172-191, y *Pluralismo y libertad religiosa*, Sevilla, 1971.

—la del art. 23 concordado —que dejaba libres las manos al Estado para elegir entre el sistema subsidiario y el facultativo, vino el Concordato a suavizar y no a endurecer la normatividad española sobre el matrimonio civil; y, al contrario de cuanto unos autores momentáneamente deslumbrados escribieron entonces, el Concordato no iba a significar la consagración del sistema de la Orden de 1941, limando sus defectos para acomodarla más estrictamente al Derecho canónico, sino que representaría —como así ha sido, según iremos viendo— un primer paso hacia el establecimiento en España de un sistema matrimonial ampliamente facultativo.

11) 1954-1956. De hecho, en un primer momento el Concordato no influye en nuestro ordenamiento enseguida a partir de su firma, sino que pervive el régimen establecido para el matrimonio civil en 1941. Pero los cambios no se van a hacer esperar. Año y medio más tarde de la firma del Concordato, una Resolución de la Dirección General de los Registros de 17-XII-1954 autorizó el matrimonio civil entre dos protestantes bautizados en la Iglesia católica (86). De «manifiesta transformación de criterio» (87) y de «infracción de la Orden de 1941» (88) hablan, con toda razón, los autores (89).

En efecto, la Orden de 10-III-1941 no había sido derogada, y se mantenía por tanto en vigor. De acuerdo con la misma —y con su interpretación más lógica y frecuente, que hemos dejado expuesta— el bautizado en la Iglesia católica no podía contraer en España matrimonio civil (90). Autorizar las nupcias civiles de dos bautizados —y bautizados en el catolicismo (91)— era evidentemente infringir la norma vigente;

(86) Vid. el texto en ESCUDERO ESCORZA, ob. cit., p. 135.

(87) ESCUDERO ESCORZA, ob. cit., p. 134.

(88) GARCÍA CANTERO, *El vínculo del matrimonio civil*, cit., p. 24.

(89) Si bien esta Resolución ha pasado inadvertida a buena parte de los especialistas en el tema, pues no la citan LÓPEZ NIÑO (*Los sistemas matrimoniales en el Derecho Concordatario*, cit.), FUENMAYOR (*El sistema matrimonial español*, cit.), PÉREZ MIER (*Matrimonio Canónico y Matrimonio civil*, cit.), PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho Civil*, cit.), SANCHO REBULLIDA (*Las formalidades civiles del matrimonio canónico*, cit.), todos los cuales prestan, en cambio, su atención al Decreto de 26-X-1956, del que nos ocuparemos seguidamente.

(90) Vid. junto a la bibliografía ya citada al respecto, AGÚNDEZ, *Contribución al estudio de los matrimonios civiles de acatólicos*, en "Revista General de Derecho", 12, 1956, p. 672; PERÉ RALUY, *Concepto de la acatolicidad a efectos de la celebración del matrimonio civil*, en "Boletín de Información del Ministerio de Justicia", 233, 1953, pp. 4-5.

(91) Los autores suelen interpretar la exigencia de bautismo de la Orden de 1941 como bautismo en la Iglesia católica, si bien alguno prefiere entender el bautismo sin distinguir entre las confesiones religiosas que puedan haberlo administrado (GARCÍA BARBERENA, ob. cit., pp. 14-16). Me parece que la especial competencia de Barberena en materias canónicas le ha hecho ver en este punto con mayor agudeza que la de otros autores, en su mayor parte civilistas, menos familiarizados con esta temática. En efecto, la distinción no debe plantearse entre bautizados en el catolicismo y fuera de él, sino entre bautizados válida o inválidamente. Estos últimos, como es obvio no están bautizados y pueden—a

con toda seguridad, la autorización del matrimonio civil acordada por la Dirección General de los Registros en 1954 fue nula de pleno derecho.

Pero lo importante no es para nosotros el analizar el acierto o no de la autoridad en aquel caso concreto, sino constatar el cambio de criterio; la Dirección General, al romper la aplicación incontestada que de la Orden de 1941 se venía haciendo desde hacía trece años, no podía apoyarse en un nuevo texto legal, sino en un ambiente nuevo. El único texto aparecido, en efecto, lo era el Concordato, que nada modificaba de la normativa anterior. Pero —y aquí tenemos la prueba de lo que antes decíamos— si no la modificaba, tampoco la confirmaba, y ese simple hecho bastó para que se iniciase un giro radical: a partir de 1954, se empieza a dar entrada en nuestro ordenamiento a la idea de que el bautizado apóstata puede —contra el criterio de la Orden de 1941— ser admitido al matrimonio civil. La influencia del Concordato resulta, pues, decisiva en este punto (92); el propio texto concordado —en contra de las repetidísimas manifestaciones de los autores de aquel momento, que proclamaron su absoluta identificación con el Derecho canónico que era plenamente recibido en nuestro ordenamiento matrimonial— fue el que dio pie a la relajación del sistema rígido impuesto en 1941, mediante la introducción de criterios de tolerancia y libertad religiosa.

El camino iniciado en 1954 tuvo todavía una confirmación poco después, cuando la Sala 3.^a de la Audiencia Territorial de Madrid, en fallo notificado el 6-VI-1955, resolvió que el apóstata puede contraer matrimonio civil, «y ello toda vez que reiteradamente está acreditado el que por desistimiento propio y por propia voluntad se ha dejado de pertenecer a la Iglesia católica» (93); resolución que entraña decidir que «no constituye impedimento legal para celebrar matrimonio civil el hecho de aparecer el pretendiente bautizado en la Iglesia católi-

tenor tanto del Derecho canónico como de la Orden de 10-III-1941— contraer matrimonio civil. Los bautizados válidamente, en cambio, han ingresado en la Iglesia católica por ese mismo hecho materialmente —de ahí que se suela decir por la canonística que todos los niños protestantes (se entiende si han recibido el bautismo instituido por Cristo) son católicos—; formalmente, se apartan de la Iglesia cuando, al tener uso de razón (años después del bautismo o en el momento mismo de recibirlo, según la edad a que éste tenga lugar), su voluntad se adhiere a la confesión religiosa cristiana no católica de que se trate. Por tanto, los que han recibido válidamente el bautismo han ingresado en la Iglesia católica —de ahí que los bautizados protestantes u ortodoxos puedan ser, desde un punto de vista canónico, considerados materialmente herejes, expresión que carece de sentido aplicada a un no bautizado— y el canon 1.099 así lo entiende de forma explícita; de ahí que tenga razón GARCÍA BARBERENA al pensar en que el bautismo recibido en cualquier confesión cristiana, si es válido, sitúa al individuo en el supuesto de hecho contemplado en la Orden de 1941.

(92) El Concordato, en efecto, “dejaba una puerta entreabierta al matrimonio civil de los católicos apóstatas” (LÓPEZ NIÑO, ob. cit., p. 147).

(93) Vid. el texto en ESCUDERO ESCORZA, ob. cit., pp. 135-136.

ca» (94), contra el precepto de la Orden de 10-III-1941, que una vez más es violada mientras se encuentra vigente (95).

12) 1956-1958. Estos atentados a la Orden Ministerial de 1941 habían de conducir a su lógica conclusión: la derogación de la Orden misma, lo que implicaba una nueva interpretación auténtica del art. 42 del Código civil. Tal es la función que tuvo el Decreto del Ministerio de Justicia de 26-X-1956, que «apunta una orientación diversa que se relaciona con la tradicional del viejo artículo 42» (96). No toda la doctrina ha sabido captar esta trascendencia del Decreto de 1956; para Puig Brutau, la nueva norma trata de «evitar que la apostasía de la Religión católica se hiciera exclusivamente para poder contraer matrimonio civil» (97), lo cual es muy secundario en una norma que viene a cerrar el período excepcional abierto en 1932 con el matrimonio civil obligatorio y confirmado en 1941 mediante el criterio del todo opuesto del matrimonio canónico obligatorio, para restablecer el contacto con nuestra tradición jurídica que interpretó hasta 1932 el art. 42 del Código civil en un sentido facultativo y tolerante.

En concreto, el Decreto de 1956 vino a modificar los arts. 37, 38, 40, 41 y 100 del Reglamento del Registro Civil de 13-XII-1870 (98). El art. 2.º del nuevo texto legal «deroga todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan al Decreto, entre las cuales indudablemente debe considerarse comprendida la Orden de 10 de marzo de 1941. Además se eleva el rango de la norma jurídica interpretadora del art. 42, que antes había sido exclusivamente una Orden Ministerial. Y publicado el Decreto en un momento de derecho constituyente, en que se elaboraban la nueva Ley del Registro Civil y las normas de adaptación del Concordato a la legislación interna, resultaba evidente el propósito de avanzar la fórmula que en definitiva iba a prevalecer» (99).

El preámbulo mismo del Decreto contiene frases muy significativas para conocer el sentido del texto legal. Se trata —afirma— de armonizar ciertas disposiciones reglamentarias (del Registro Civil) con el Código civil en cuanto establece el matrimonio civil, «el cual debe ser a este fin interpretado dentro del espíritu que anima el Concordato vigente entre la Iglesia Católica y el Estado» (100). Estamos ante una clara con-

(94) ESCUDERO ESCORZA, ob. cit., p. 135.

(95) Vid. SANCHO REBULLIDA, *El art. 42 del Código Civil y el Decreto de 26 de octubre de 1956*, cit., p. 8.

(96) GARCÍA CANTERO, ob. cit., p. 24.

(97) PUIG BRUTAU, ob. cit., p. 38.

(98) Vid. en "Boletín Oficial del Estado" del 13-XI-1956, p. 7131. Reproducen el texto LÓPEZ NIÑO, ob. cit., pp. 148-149 (solamente los nuevos artículos del Reglamento del Registro Civil), FUENMAYOR, ob. cit., pp. 40-42 (texto completo), y BERNÁRDEZ, *Legislación eclesiástica del Estado*, cit., pp. 393-394 (texto completo).

(99) GARCÍA CANTERO, ob. y lug. cit.

(100) Vid. en FUENMAYOR (ob. cit., p. 41), a quien no ha escapado la gran importancia de las palabras citadas dentro del texto general del Decreto.

fesión de que el Concordato se encuentra animado por un espíritu diferente del que inspiró la Orden de 10-III-1941. El hecho no puede resultar más significativo.

En 1941, el gobierno español afirmó que dictaba la nueva Orden para acomodarse en todo a las exigencias del catolicismo; las interpretaciones precedentes del art. 42 del Código civil fueron duramente calificadas (101). La doctrina abundó en esta tesis y, si acaso, exigió aún una última y definitiva y absolutamente completa coherencia entre la legislación española y la canónica (102). Al firmarse el Concordato, los autores lo suponen —ya hemos visto que, en mi opinión, sin motivo real alguno— en la línea de la Orden de 1941, y creen llegado el momento de, a) concluir de perfeccionar la identificación entre el Derecho canónico y la legislación matrimonial española, y b) reformar en este sentido el art. 42 del Código civil (103). Y, sin embargo, el Decreto de 1956 abandona estos criterios y sienta otros no sólo diferentes, sino identificables con los tachados de «liberales» y «sectarios» por la Orden de 1941 (104), y ello en nombre «del espíritu que anima el Concordato vigente».

Ante esta realidad, hay que concluir que en la interpretación del espíritu del Concordato se equivocó la mayor parte de la doctrina, o bien ese espíritu fue falseado por el Decreto de 26-X-1956. Que la primera hipótesis es la cierta nos lo demostrará el desarrollo posterior de los acontecimientos.

La novedad introducida en el régimen entonces vigente por el Decreto de 1956 consistió en prescindir del bautismo como presupuesto de la obligatoriedad del matrimonio canónico, para sustituirlo por la «no profesión» de la religión católica. La indicación de que así se interpreta el art. 42 del Código civil se expresa en el nuevo art. 37 del Reglamento del Registro Civil, que queda redactado así: «De conformidad con el artículo cuarenta y dos del Código, el matrimonio civil será autorizado en el solo caso de que ambos contrayentes prueben que no profesan la religión católica». También expresamente se añade —en el nuevo art. 41 del Registro— la mención de la apostasía como un supuesto en que procede la admisión al matrimonio civil.

(101) Vid. arriba, nota 62.

(102) Vid. FUENMAYOR, ob. cit., pp. 25 y ss., que recoge estas opiniones.

(103) Igualmente recoge FUENMAYOR (ob. cit., pp. 33 y ss.) numerosos testimonios de lo que decimos.

(104) De ahí que no puede extrañarnos la sorpresa y el desengaño de la doctrina, que afloran, p. e., en ESPÍN CÁNOVAS (*Adaptación de las normas estatales al Concordato en materia matrimonial*, en "Anales de la Universidad de Murcia", 15, 1956-7, p. 44), en SANCHO REBULLIDA, ob. cit., p. 11, y en FUENMAYOR, ob. cit., pp. 134-135, cuando señalan la contradicción entre el Decreto de 1956 y las normas canónicas que se suponía iban a multiplicar su influencia en nuestro ordenamiento como consecuencia del Concordato. Sería interesante, a este propósito, poder comprobar si en la intención de los firmantes del Concordato estaba ya este abandono de los criterios de 1941, o si ellos fueron los primeros sorprendidos por la sucesiva orientación de la legislación en este terreno.

Se vuelve, pues —lo hemos señalado líneas arriba—, a la praxis tradicional: los contrayentes celebrarán matrimonio canónico o civil según que profesen o no el catolicismo, no según que hayan recibido o no el bautismo. El único recorte a la interpretación tradicional del art. 42, la única huella del sistema de 1941, es la exigencia de que ambos contrayentes, y no uno solo, se encuentren en el supuesto de hecho de la «no profesión»; se conserva la exigencia de prueba de acatolicidad, constante en nuestra historia jurídica salvo el breve paréntesis de la II República. Pero si se recuerda cuanto he dicho anteriormente sobre la prueba de la no profesión y sobre la ficción que entraña suponer que, al admitirse al matrimonio civil a un apóstata con un católico, éste sigue siendo católico, nos daremos cuenta de que: a) el requisito de la prueba es una mera formalidad que no puede servir de base para distinguir entre el matrimonio civil subsidiario y el facultativo; b) no se da una auténtica diferencia real entre la exigencia de que ambas partes hayan dejado de profesar el catolicismo o que lo haya hecho una sola; c) de modo que el sistema instaurado en 1956, en aplicación del Concordato, es de nuevo el del matrimonio civil facultativo; d) sistema que por su propia lógica interna tiende a ir borrando los requisitos que lo enmascaran, y termina por identificar la petición de celebrar matrimonio civil con la prueba de la «no profesión»; e) de modo que cada persona elija libremente la clase de matrimonio que desea celebrar; f) sistema al que ha llegado ya el ordenamiento español, por encima de la doctrina canonística y civilística que, poseyendo todos los datos, tan remisa se ha ido mostrando en reconocer la misma realidad que se le agitaba entre las manos.

Una serie sucesiva de nuevas disposiciones vienen a insistir sobre lo ya establecido en 1956, precisando más el alcance de la norma: son los prolegómenos inmediatos de la modificación del art. 42 del Código civil, que finalmente tiene lugar, a los sesenta y nueve años de su entrada en vigor, en 1958.

Entre tales disposiciones que jalonan el camino de 1956 a 1958, interesa mencionar en primer lugar la Circular de la Nunciatura de 25-III-1957 (105), que acepta plenamente los criterios del Decreto de 16-X-1956; se presta así confirmación oficial, de parte eclesiástica, a la afirmación estatal de que el Decreto se mueve dentro del «espíritu que anima el Concordato». Hay que añadir también la Circular de la Dirección General de los Registros a los Presidentes de las Audiencias Territoriales, del 2-IV-1957 (106); la Ley de Registro Civil de 8-VI-1957 (107), en cambio, no entró en vigor sino el 1-I-1959, después de la reforma del Código civil operada en 1958.

(105) Publican el texto LÓPEZ NIÑO, ob. cit., pp. 150-152 (incompleto), y FUENMAYOR, ob. cit., pp. 130-133 (completo).

(106) El texto en FUENMAYOR, ob. cit., pp. 49-53.

(107) Esta Ley se mantiene dentro de las normas ya contenidas en el Decreto de 1956, sin alterar los términos de la cuestión (vid. FUENMAYOR, ob. cit., pp. 50-54, y BERNÁRDEZ, ob. cit., pp. 403-406). Debe tenerse también en cuenta el Reglamento de la Ley del Registro Civil, de

Es interesante leer con detenimiento estas dos Circulares, de la Nunciatura y de la Dirección General de los Registros, aparecidas en 1957 para completar el Decreto del Ministerio de Justicia del 16-X-1956. Como si pesara sobre ellas la concesión hecha en favor de los apóstatas por el Decreto, tratan ambas de paliar en lo posible aquella apertura, rodeándola de todas las garantías imaginables que eviten el fraude de la ley y endulcen la derogación —en nombre del Concordato— de una legislación estatal absolutamente pro-canónica, como era la de 1941. A tal fin, se insiste en ambas Circulares: a) en que al matrimonio civil pueden ser admitidos los apóstatas, pero no los meramente indiferentes u hostiles a los deberes religiosos; b) se tomarán precauciones —plazos, investigaciones— para evitar la apostasía con propósitos matrimoniales; c) comunicaciones de la autoridad civil a la canónica sobre la documentación presentada por los que piden ser admitidos al matrimonio civil; d) pruebas evidentes de la apostasía formal, sin bastar la mera declaración... Es decir, medidas tutelares, reforzamiento de las pruebas, al servicio de los tres principios que presiden el Decreto de 1956: a) admisión al matrimonio civil de los apóstatas que desean contraer entre sí o con acatólicos; b) presunción de catolicidad de los bautizados en el catolicismo; c) correspondiente exigencia de prueba de la apostasía. Principios, los tres, que se pueden reconducir a sólo el primero, pues la severidad —por alta que sea— de la exigencia de las pruebas de la «no profesión» no puede invalidar la diferencia radical existente entre el sistema del matrimonio canónico obligatorio para quienes deben contraerlo a tenor de las leyes canónicas, y el sistema del matrimonio civil libremente elegible por las personas que lo prefieran al canónico y que por ello mismo se ponen al margen de la ley canónica y de la Iglesia; toda vez que por apostasía no entiende el Decreto de 1956, ni las Circulares de 1957, ni la doctrina, la adscripción formal a una confesión religiosa no católica, que sería la única prueba de acatolicidad verdaderamente eficaz en la línea que las referidas Circulares quisieron marcar, con tanta decisión en las pretensiones como timidez en su ejecución.

13) 1958-1969. En 1958, la tesis de que las nuevas corrientes legislativas obedecen a la necesidad de revisar la normativa civil para atemperarla al Concordato, se ha consagrado ya en nuestros textos legales y en buena parte de la doctrina. Así ha podido escribir Bonet Ramón que «la publicación del Concordato entre España y la Santa Sede, firmado el 27 de agosto de 1953 y ratificado el 27 de octubre posterior, impuso una modificación del régimen del matrimonio en el Código civil, para ponerlo en armonía con el Derecho de la Iglesia Católica, a que ha provisto la Ley de 24 de abril de 1958» (108). Cualquiera que, desconocedor de nuestra historia jurídica, lea sin embargo este tipo de asertos, se verá inducido a creer que el Estado hubo de modificar sus

14-XI-1958 ("Boletín Oficial del Estado" del 11-XII-1958, y en BERNÁRDEZ, ob. cit., pp. 472-482).

(108) BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho Civil*, cit., p. 72.

leyes para atemperarlas a una recepción del Derecho Canónico como resultas del Concordato; la realidad fue —como ya sabemos— todo lo contrario, y lo que se ganó a raíz del Concordato en tolerancia, respecto a los derechos y situaciones individuales y libertad en materia religiosa, eso se perdió en armonía entre nuestra legislación civil y la canónica. El hecho no es sorprendente para quien sepa comprender el verdadero sentido de la ley canónica y del espíritu que la anima, estricta en la implantación de un régimen jurídico para quienes voluntariamente la siguen, pero respetuosa y elástica en el respeto a otras actitudes vitales y jurídicas diferentes. El saldo es favorable a nuestro Concordato en este punto, y al Derecho civil reformado en los años subsiguientes; en cambio, la opinión pública aparece desorientada, lo que no es de extrañar cuando la desorientación afecta también a no pocos de nuestros juristas.

En la misma línea se manifiesta la Ley de 24-IV-1958 (109), que constituye, según su propio tenor, una modificación del Código civil, «la más extensa de las introducidas hasta ahora» (110). «La presente modificación —se dice en el preámbulo— del Código civil... afecta principalmente al régimen del matrimonio, para acomodar nuestro ordenamiento al Concordato» (111), y se propuso —en lo que aquí nos interesa— estos objetivos:

a) «Eliminar antiguas dudas sobre si era posible el matrimonio civil cuando uno solo de los contrayentes no profese la religión católica» (112). Verdaderamente, las dudas al respecto estaban eliminadas de nuestro ordenamiento desde 1941, pero es cierto que el viejo art. 42 del Código civil presentaba una redacción defectuosa en este punto, que ahora se corrige;

b) «en el artículo 42 y en el 86, que ahora se reforman, queda claramente establecido el carácter supletorio del matrimonio civil» (113). El legislador opera aquí con un concepto de matrimonio civil supletorio o subsidiario que ya he probado que no se corresponde con la realidad. No es suficiente, para que el matrimonio civil sea supletorio, con que la Ley afirme —como lo hace a continuación— que «basta, por tanto, que uno de los contrayentes profese esta religión para que no quepa otra clase de matrimonio que el canónico. Es decir, que la acatolicidad ha de darse en ambos contrayentes para que la clase civil del matrimonio sea posible y aquella condición ha de ser siempre probada» (114). Esta confusión entre subsidiariedad del sistema y bilateralidad de la «no profesión» no afecta al texto reformado del art. 42, del que hablaremos seguidamente; pero sí que hay que dejar claro ahora que la afirmación

(109) "Boletín Oficial del Estado" de 25-IV-1958. Publica también el texto BERNÁRDEZ, ob. cit., pp. 439-449.

(110) En BERNÁRDEZ, ob. cit., p. 439.

(111) En BERNÁRDEZ, ob. y lug. cit.

(112) En BERNÁRDEZ, ob. cit., p. 440.

(113) En BERNÁRDEZ, ob. y lug. cit.

(114) En BERNÁRDEZ, ob. y lug. cit.

del legislador de que el sistema que establece es el supletorio, no hace que tengamos que aceptar que el sistema lo es sin un análisis del mismo. Y el análisis demostrará que el legislador califica erróneamente a su propia normativa;

c) «se sustituye la expresión "formas de matrimonio" por la que se juzga más técnica de "clases de matrimonio". Así se evita el riesgo que aquella terminología pudiera ofrecer: la equiparación del matrimonio civil con el canónico, que, por la naturaleza sacramental de éste, sería inexacta» (115). El indudable acierto de sustituir la palabra «formas» por «clases» vuelve a aparecer mal razonado. No es la equiparación entre los matrimonios civil y canónico lo que se evita, pues no los equiparaba más ni menos una expresión que otra, que se limitan a constatar la real existencia jurídica y fáctica de ambos. Tampoco esa equiparación es inexacta por causas de la sacramentalidad del matrimonio canónico, ya que a') no es inexacta en cuanto ambos matrimonios son dos clases legítimas en sí mismas de formalizar el matrimonio natural, y b') sacramentalidad y canonicidad del matrimonio no son términos idénticos o, dicho de otro modo, existen matrimonios canónicos no sacramentales. En cambio, lo que consigue al sustituir «formas» por «clases» es una exactitud técnica, ya que el matrimonio civil y el canónico —repito— son precisamente «clases» distintas de matrimonios, cada una de las cuales posee su forma o sus formas peculiares.

La nueva redacción del art. 42 del Código civil, vigente en España desde la Ley de 1958, es la siguiente: «La Ley reconoce dos clases de matrimonios: el canónico y el civil. El matrimonio habrá de contraerse canónicamente cuando uno al menos de los contrayentes profese la religión católica. Se autoriza el matrimonio civil cuando se pruebe que ninguno de los contrayentes profesa la religión católica» (116). Complementarios directamente de este artículo resultan los nuevos artículos 75 (117) y 76 (118) así como el artículo 86 (119) del mismo Código.

Los propósitos de la reforma que antes hemos enumerado bajo las letras a), b) y c), manifestados por el legislador y sólo en parte conseguidos, resultan secundarios en comparación con el tema central de interpretación del viejo art. 42, y ese tema sigue sin resolverse en la nueva redacción del texto: me refiero al significado de la expresión «profesar la religión católica». Es evidente que, al utilizarla sin mayor precisión,

(115) En BERNÁRDEZ, ob. y lug. cit.

(116) En BERNÁRDEZ, ob. cit., p. 443.

(117) "El matrimonio canónico en cuanto se refiere a su constitución y validez y, en general, a su reglamentación jurídica, se regirá por las disposiciones de la Iglesia Católica" (en BERNÁRDEZ, ob. cit., p. 446).

(118) "El matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico produce desde su celebración plenos efectos civiles" (en id., id., p. 447).

(119) Que fija la documentación precisa para ser admitidos al matrimonio civil, entre la que se enumera "la prueba de no profesar la Religión católica" (id., id., p. 448).

«el nuevo artículo responde a la orientación iniciada por el Decreto de 1956» (120), que, como ya sabemos, en lo que a interpretar el art. 42 se refiere no hace sino recibir la tradición establecida entre 1889 y 1941 sobre el concepto de «no profesión».

La profesión o no del catolicismo es, pues, el concepto decisivo, según apunta Castán (121) y con él Puig Brutau (122), para dilucidar qué personas se hallan en el supuesto de hecho del art. 42 del Código civil. Los autores, en consecuencia, se han esforzado de modo especial por delimitar y precisar tal concepto. Desde un punto de vista canónico, Pérez Mier ha buscado el apoyo de textos paralelos provenientes de la Santa Sede y de otras autoridades eclesiásticas, para concluir que la expresión «profesar la Religión católica» ha sido conservada con buen acuerdo, pues es «la más apropiada para expresar el concepto jurídico que actualmente resulta cierto e indubitable para todos» (123); pero a la hora de delimitar su contenido, no puede hacer otra cosa que recoger aquellas frases de la Circular de la Nunciatura —que ya conocemos— que tratan de precisar la «no profesión» como apostasía formal y material no buscada directamente para facilitar las nupcias civiles (124).

No es otro el camino que, desde la vertiente civilística, ha seguido Puig Brutau. Busca este autor apoyo en cuantos textos legales le sirvan para interpretar la «no profesión» del art. 42: el art. 245, párrafo primero, del Reglamento del Registro Civil de 1958; la Circular de la Dirección General de los Registros de 2-IV-1957; art. 80, núm. 2.º, de la Ley del Registro Civil; etc. (125). Y la conclusión a que llega nos era de antemano conocida: el legislador rodeó la no profesión de una serie de pruebas y precauciones que evitasen el fraude a la ley, pero viniendo a consagrar —también por este lado— la tesis de que «no profesan la religión católica y por ello pueden contraer matrimonio civil los que no hayan sido bautizados en la Iglesia católica, los no convertidos a ella de la herejía o el cisma, y los bautizados o convertidos que posteriormente hubieren apostatado» (126), síntesis verdaderamente feliz de la mejor interpretación del art. 42 del Código civil reformado.

Y síntesis que nos reconduce, como es evidente, al concepto de apostasía, como aquel que describe con exactitud el supuesto de hecho del católico admitido en España al matrimonio civil. Ahora bien: a la apostasía podrá rodeársela de una serie de precauciones para evitar el fraude a la ley —pruebas, presunciones contrarias, plazos, informes a la autoridad eclesiástica, expedientes—; pero, al final, se concluirá

(120) GARCÍA CANTERO, ob. cit., p. 26.

(121) CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, tomo V, vol. I, Madrid, 1961, p. 97.

(122) PUIG BRUTAU, ob. cit., p. 39.

(123) PÉREZ MIER, ob. cit., p. 201.

(124) PÉREZ MIER, ob. cit., pp. 199-200.

(125) PUIG BRUTAU, ob. cit., pp. 39-40.

(126) PUIG BRUTAU, ob. cit., p. 39.

por autorizar el matrimonio civil de los apóstatas, pues es la apostasía, y no los requisitos que tratan de probar que la apostasía existe de hecho, el concepto y el supuesto central de la posibilidad de contraer matrimonio civil aquellas personas a las que, a tenor del canon 1.099, les obliga el matrimonio canónico.

Esta realidad nos prueba que el art. 42 reformado no ha añadido nada ni corregido nada del antiguo en lo que es su concepto clave, el «eje del sistema» (127); sigue siendo necesario interpretar la ley; Fuenmayor ha escrito con acierto que, «mientras se conserve como eje del sistema la tan discutida frase —no profesar la Religión católica— ha de existir una exégesis del art. 42 por vía administrativa» (128), y esta exégesis mantendrá perennemente al artículo a merced del sentido que en cada momento quiera atribuirle la autoridad civil (129).

En el momento de su reforma, la interpretación auténtica del artículo 42 del Código civil era la ofrecida por el Decreto del Ministerio de Justicia de 26-X-1956 y, desde entonces, ningún cambio se produjo; la doctrina entendió, pues, con razón que el criterio interpretativo mantenía su vigencia. Unos autores deseaban que se hiciese una nueva exégesis más acorde con el Derecho canónico (130), lo que sería volver de algún modo a la interpretación de 1941; otros, aún estimando el artículo 42 reformado como «técnicamente defectuoso», reconocen que «razones de política jurídica pueden aconsejar una desviación de los principios absolutos; resulta psicológicamente muy fuerte forzar a un protestante, pero bautizado en la Iglesia católica, a elegir entre comparecer ante el Párroco católico, o el celibato forzoso» (131). De hecho, el criterio del Decreto de 1956 se ha mantenido.

Pero aún esta interpretación auténtica del art. 42 reformado presentaba sus zonas oscuras. Dos cabe señalar. Una la apunta García Cantero cuando escribe: «no resulta fácil decir cuál es el sistema matrimonial realmente aceptado por nuestro Código después de la reforma» (132); la otra la señala Fuenmayor cuando estima que cabe entender la «no profesión» del catolicismo «como sinónimo de no hacer actualmente profesión de fe, concepto amplio que admite una gama variada de matices, pudiendo comprender no sólo a los infieles o heterodoxos desde su infancia, que nunca profesaron nuestra fe, sino también a los que, católicos de origen o de conversión, son ahora apóstatas, cismáticos, herejes o simplemente hostiles o indiferentes a la práctica de los deberes religiosos» (133).

Se trata de dos problemas claves que conviene ver por separado:

(127) La expresión es de FUENMAYOR, ob. cit., p. 56.

(128) FUENMAYOR, ob. cit., pp. 57-58.

(129) FUENMAYOR, ob. cit., p. 58.

(130) Así REGATILLO, *Nulidad del matrimonio por defecto de forma*, en "Las causas matrimoniales", Salamanca, 1953, p. 429; DEL AMO, *Los matrimonios civiles durante la República*, cit., p. 31.

(131) GARCÍA CANTERO, ob. cit., p. 27.

(132) GARCÍA CANTERO, ob. y lug. cit.

(133) FUENMAYOR, ob. cit., p. 57.

la calificación jurídica del sistema matrimonial de nuestro Código civil reformado, y las personas que a tenor del mismo pueden ser admitidas al matrimonio civil.

Comencemos por el primero. Los autores que califican de sistema de matrimonio civil subsidiario al de nuestro Código civil reformado no son pocos: Puig Brutau (134), Bonet Ramón (135), Puig Peña (136), se atienen a las palabras contenidas en los preámbulos de los textos legales, o a la praxis acrítica de nuestra canonística, para calificar de supletorio al sistema, sin someterlo a un análisis mayor que descubra su verdadera naturaleza. En cambio, García Cantero ha caído en la cuenta de que, siendo el art. 42 susceptible de variadas interpretaciones, «es innegable que una interpretación benévola del requisito de la no profesión, y, sobre todo, un criterio laxo en la apreciación de su prueba, nos conduciría al sistema del matrimonio civil facultativo» (137); y, en mi opinión, a ese sistema habíamos ya vuelto en 1956, y desde la reforma del Código civil de 1958 no ha hecho sino verse más y más confirmado, tanto por diferentes decisiones de la Dirección General de los Registros y de los Tribunales (138), como finalmente por el Decreto de 22-V-1969, que modifica el Reglamento del Registro Civil, y del que nos ocuparemos más adelante.

Por lo que hace al segundo tema, es útil subrayar las palabras de Fuenmayor que quedaron recogidas arriba, cuando advierte de que dentro del concepto de no profesión caben incluso los simplemente hostiles y los indiferentes, además de los apóstatas y de los que nunca han sido católicos. El ilustre autor no hace sino constatar un hecho que hasta ahora no había sido puesto de relieve por la doctrina, pese a su evidencia: la elasticidad del concepto de apostasía. En efecto, las posibilidades son dos: o acudimos para definir al apóstata al Derecho Canónico, o confiamos esta misión al Derecho civil. Acudiendo al primero, tendremos un concepto exacto y técnico del apóstata, que en la actualidad nos viene dado por el vigente canon 1.325 del Código pío-benedictino. Pero esta perfección del concepto hay que pagarla del modo siguiente: a) sólo a la Iglesia corresponderá decidir quién es y quién no apóstata en cada caso concreto; b) el Derecho civil, para definir la «no profesión» del apóstata y admitirle al matrimonio civil, debe limitarse a solicitar de la autoridad eclesiástica la correspondiente declaración, que sería la única prueba válida de la apostasía que pudiese poner en marcha el mecanismo radicado en el art. 42. Si la dificultad de aceptar este camino lleva a preferir el otro, es la propia norma civil la que

(134) PUIG BRUTAU, ob. cit., p. 40.

(135) BONET RAMÓN, ob. cit., p. 73.

(136) PUIG PEÑA, ob. cit., p. 44.

(137) GARCÍA CANTERO, ob. y lug. cit.

(138) Vid. las decisiones jurisprudenciales y administrativas recogidas por PUIG BRUTAU (ob. cit., pp. 41-42) y PUIG PEÑA (ob. cit., p. 90), y en particular el ya citado Reglamento del Registro Civil de 1958 y las Resoluciones de la Dirección General de Registros del 18-V- y 28-VI de 1961 y 25-X-1962.

ha de definir la apostasía: entramos entonces —como de hecho ha ocurrido— en un juego de remisiones de «apostasía» a «no profesión» y de «no profesión» a «apostasía»; incapaz el legislador civil de resolver quién «no profesa» la religión católica habiéndola profesado anteriormente, es decir, quién es apóstata, de nada le sirve el recurso a las pruebas, pues éstas no nos dicen qué es aquello que hay que probar, sino si aquello —cuya naturaleza debe sernos previamente conocida— existe o no en un caso concreto. De donde la conclusión no sólo más lógica sino única posible es ésta: para el legislador civil, la única y exclusiva base de la apostasía es la declaración de los interesados. Sólo interrogando a los interesados puede la autoridad civil saber si profesan o no el catolicismo; y una vez que se les interroga, hay que conceder pleno crédito a sus respuestas, porque no hay pruebas ningunas que puedan prevalecer contra ellas. Sólo cabrían dos objeciones, o mejor, una objeción y una precaución: la objeción es, que contra las palabras de los interesados puede alegarse como prueba en contrario su conducta, si está en contradicción con aquéllas; la precaución, que cabe fijar un plazo de constante acatolicidad que evite la apostasía adoptada a los meros efectos de lograr ser admitido al matrimonio civil. A la objeción respondo insistiendo en que el hecho de acudir al matrimonio civil, con violación gravísima del Derecho canónico, es de facto una conducta que sitúa fuera de la Iglesia a quien la adopta; por ello, la pretendida conducta católica contraria a la declaración de apostasía sería siempre una conducta anterior, contra la cual lo más que cabe es poner un plazo de contumacia en el deseo de contraer nupcias civiles. Se reconduce así la objeción a la precaución: de hecho, nuestro ordenamiento ha insistido, desde 1956, en que la apostasía hubiese tenido lugar en tiempo no sospechoso, es decir, con cierta antelación a la petición de celebrar el matrimonio civil (139); pero esta precaución se ha ido paulatinamente demostrando inútil, pues no evitará un solo matrimonio civil, salvo que el plazo de espera que se impusiese fuese tan largo que resultara, además de eficaz, injusto.

En el régimen del Decreto de 26-X-1956, conservado en el Regla-

(139) Encontramos plazos marcados en el Decreto de 26-X-1956, en la Circular de la Dirección General de los Registros de 2-VI-1957, en la Circular de la Nunciatura de 1957, etc., siempre bajo el prisma de evitar las «apostasías sospechosas», aquellas motivadas por la decisión de contraer matrimonio civil. Pero una vez más me pregunto: la persona que ha decidido contraer matrimonio civil y para lograrlo no tiene inconveniente en declararse apóstata, ¿cuándo apóstata?, ¿cuando lo declara, o cuándo tomó la decisión íntima de ir al matrimonio civil, aunque para ello le fuese preciso declararse fuera de la Iglesia católica? Esta pregunta me parece que descalifica a cualquier sistema de plazos que pueda arbitrarse, salvo en orden a hacer reflexionar más al interesado sobre la decisión tomada. De sumo interés para conocer las dificultades que entraña en la práctica el sistema de pruebas, es el trabajo de LÓPEZ ALARCÓN, *Matrimonio civil y obstáculo legal de profesión de la religión católica*, en «Revista Española de Derecho Canónico», 1973, pp. 111-123.

mento del Registro civil de 14-XI-1958 (140), se acepta, pues el criterio de incluir en la «no profesión» a los apóstatas, y excluir a los que simplemente son hostiles o indiferentes a la práctica de la religión. Tal es el criterio general de la doctrina, desumido de los propios textos legales. Pero, se pregunta Fuenmayor, «¿Cabe en el futuro —con el texto actual —una interpretación más laxa y, por tanto, más discordante con el Derecho canónico?». «Estimo que sí —responde el propio autor—, aunque no sería, en modo alguno, interpretación obvia y natural, a tenor de la gestación de la reforma introducida y de los textos legales en que ha cristalizado, sino retorcida y tendenciosa. Pero también creo que, sin modificar el nuevo texto, es posible, por vía administrativa, una interpretación más acomodada a las normas eclesiásticas» (141).

Una vez más, los deseos de los autores van por un lado y la legislación por otro. En contra de lo que Fuenmayor acaba de indicarnos, no se dio una nueva interpretación, «más acomodada a las normas eclesiásticas», del requisito de la no profesión del art. 42; por el contrario, se ha introducido en la legislación aquella interpretación «más laxa», que sin llegar a «retorcida y tendenciosa», ha inutilizado todos los sistemas de prueba, tan cuidadosamente acumulados durante un siglo para defender la apariencia de ese matrimonio civil subsidiario o supletorio que se pretendía existente en nuestro ordenamiento.

14) 1969-... La exigencia probatoria remite, como era de esperar, con la Ley de 28 de junio de 1967, sobre libertad religiosa, por cuyo art. 6.º, apartado 1.º, se suprime el requisito de probar la no profesión al establecer que «se autoriza el matrimonio civil cuando ninguno de los contrayentes profesen la religión católica». Nos encontramos, pues, con una seria contradicción: por un lado, el art. 42 del Código civil, según la Ley de 24 de abril de 1958, que exige la prueba de acatolicidad, y por otro, el art. 6.º de la Ley de 28 de junio de 1967, que no la requiere para utilizar el matrimonio civil. Un Decreto de 22 de mayo de 1969, que modificó varios artículos del Reglamento del Registro civil, pretende salvarla manteniendo, de una parte, el requisito de la prueba, pero reduciéndola, de otra, a estos términos: si se trata de personas que hubiesen abandonado la religión católica basta que presenten la prueba de que el abandono ha sido comunicado al párroco del domicilio del contrayente; en otro caso, y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 32 de la Ley de libertad religiosa, la prueba de la no profesión podrá efectuarse, bien mediante certificación acreditativa de la adscripción a otra confesión religiosa, expedida por ministro competente o representante autorizado de la respectiva asociación confesional, o bien

(140) Cfr. FUENMAYOR, ob. cit., pp. 56 y 58, notas 84 y 86 bis.

(141) FUENMAYOR, ob. cit., p. 58. Otros autores han visto también la amplia gama de interpretaciones posibles del artículo 42 del Código civil y de sus textos complementarios a partir del Decreto de 26-X-1956; así, SANCHO REBULLIDA, *El artículo 42 del Código civil*, cit., p. 11; MALDONADO, *La exigencia del matrimonio canónico*, cit., p. 162; etc.

mediante declaración expresa del interesado ante el Encargado del Registro civil (arts. 245 y 246 del Reglamento del Registro civil, según redacción del Decreto de 22 d mayo de 1969). Comentando estas nuevas disposiciones, en torno a la prueba de no profesar la religión católica, ha escrito Albadalejo: «Hoy día esta demostración es bien sencilla; y realmente no hay que demostrar nada, sino que es suficiente con que el interesado afirme no ser católico. En efecto, veamos: Si se trata de quien nunca fue católico, sólo es preciso declararlo así ante el Encargado del Registro (R. R. C., art. 246, 2.º). Si se trata de quien fue católico antes, puede demostrarse de cualquier modo que se abandonó esta religión (no basta el haber dejado de ser practicante, sino que ha de haberse apostatado). Pero la ley, que no se conforma con que lo declare así el interesado ante el Encargado del Registro, como en el caso anterior, no exige tampoco una verdadera prueba del abandono, sino que acepta que éste se demuestre por la sola afirmación del interesado, y únicamente exige que se presente prueba de que el abandono de la religión ha sido comunicado por aquél al párroco de su domicilio, comunicación que, para más facilidad puede hacerse a través del Encargado del Registro, por correo certificado con acuse de recibo (R. R. C., artículo 245)» (142). Esta regulación ha quedado confirmada por la reciente «Instrucción sobre el expediente previo al matrimonio civil», dictada el 22 de marzo de 1974 por la Dirección General de los Registros y del notariado (143).

V. EL SISTEMA ACTUAL DEL MATRIMONIO CIVIL Y SU PROBLEMATICA.

Este es, por ahora, el último avance legislativo en la materia dentro de nuestro ordenamiento civil. El sistema resultante ha sido calificado

(142) ALBALADEJO, *Manual de Derecho de Familia y Sucesiones*, Barcelona, 1974, pp. 42-43.

(143) Los textos de la "Instrucción" de 22-III-1974, referentes a este punto, son los siguientes:

"Prueba de no profesar la religión católica. En el momento actual está tan facilitada esta prueba que su exigencia nunca debe ser causa de dilaciones, pues, según Resolución de este Centro Directivo de 3 de agosto de 1970, es medio de prueba idóneo "la declaración expresa de los interesados de no profesar la religión católica". Solamente se establece una diligencia especial para el supuesto de que se tratase de personas que hubiesen abandonado la religión católica: "Se exigirá que a la mayor brevedad se presente la prueba de que el abandono ha sido comunicado por el interesado al párroco del domicilio. La comunicación podrá hacerse a través del Encargado, por correo certificado con acuse de recibo (art. 245 R. R. C.). Naturalmente, la realización de esta diligencia no debe paralizar el curso de los demás trámites."

"Para probar que los contrayentes no profesan la religión católica basta su declaración expresa, sin perjuicio de exigirse, en su caso, la prueba de haber comunicado el abandono al Párroco."

Vid. también NAVARRO VALLS, *Sistema matrimonial español. Concordato y libertad religiosa*, en "Palabra", 83, 1972, pp. 18-19.

por Portero como de «Matrimonio civil casi facultativo», y Navarro acepta la calificación (144). Me veo entonces obligado a preguntarme qué les impide eliminar el «cuasi» que tan artificialmente introducen, y que en mi opinión es hijo de ese curioso temor de la doctrina española —lo hemos detectado como una constante en nuestros autores— a reconocer que el ordenamiento jurídico español en materia matrimonial no es ese ordenamiento, coherente en todo con las exigencias del Derecho canónico, que nos hemos empeñado en creer; empeño que, además, le ha hecho un flaco favor al Derecho canónico, haciéndolo aparecer como inflexible enemigo de la libertad, cuando la verdad es que la única vez en que nuestro sistema matrimonial ha dejado de ser facultativo —entre 1941 y 1956—, ello ha sucedido por iniciativa unilateral del Estado, y ha sido precisamente un Concordato el motor que hubo de poner en marcha la vuelta al sistema facultativo y el abandono del subsidiario.

¿Qué entienden, pues, los más modernos de nuestros autores, al comentar el art. 42 y el sistema que impone, por matrimonio civil facultativo? Según Navarro, «cabría que el Estado español —aún reconociendo eficacia civil al matrimonio canónico— estableciera un sistema de matrimonio civil facultativo modificando el art. 42 del C. c. en el sentido de no exigir a los católicos obligatoriamente el matrimonio canónico» (145). A mi modo de ver, esa reforma del art. 42 no es imprescindible, pues Navarro parte de un supuesto falso, dejándose llevar de la letra más que del fondo del texto legal. El Estado no puede, ni lo hace, imponer obligatoriamente a los católicos el matrimonio canónico, toda vez que quien acude al matrimonio civil por ello mismo se separa de su condición de católico, de modo que contraen en España matrimonio canónico los católicos y civil los que no lo son. Es cierto que apostatar es —a tenor del canon 1.325 del Código de Derecho canónico— abandonar la fe, y no solamente la disciplina; y el católico que acude al matrimonio civil incurre en graves sanciones canónicas, se convierte en un pecador público, pero no necesariamente apostata de su religión. Pero téngase en cuenta que el Reglamento del 22-V-1969 no pide una apostasía, sino un abandono de la Religión católica que, no expresándose en términos que pretendan responder a estrictos criterios canónicos, muy bien puede entenderse como aquel abandono de la disciplina que significa el acudir al matrimonio civil con menosprecio de la excomunión en que ipso facto incurren en virtud del canon 2.314

(144) PORTERO, *Régimen matrimonial español y Concordato*, cit., p. 516; NAVARRO VALLS, ob. cit., p. 20. Para BERNARDEZ, el sistema matrimonial español es, en la práctica y actualmente, “una modalidad atenuada de matrimonio civil subsidiario que, por lo que respecta a los católicos disidentes, se acerca a la del matrimonio civil facultativo” (*Elementos de Derecho eclesiástico español*, en el v. II del “Derecho Canónico, de Eunsa, Pamplona, 1974, p. 435).

(145) NAVARRO VALLS, ob. y lug. cit.

del Código de Derecho canónico (146) en relación con la Circular de la Nunciatura en Madrid de 25-III-1957 (147). El mismo hecho de que esta Circular señale como pena canónica para quien, siendo católico, celebre en España matrimonio civil, la misma pena que el canon 2.314 impone a los apóstatas, y ello con expresa mención del canon, es altamente significativo: permite mantener, en efecto, la tesis de que acudir al matrimonio civil es un acto *ad instar* de la apostasía dentro del régimen jurídico concordado en nuestro país. Lo cual significa que —dejando de lado las penas canónicas que la Iglesia impone a quien contraviene tan gravemente sus leyes— los españoles son civilmente libres para acudir al matrimonio canónico o al civil, sin ningún requisito previo que condicione su elección. Puede decirse que el Estado les obliga a elegir el matrimonio canónico si son católicos; pero es que ellos, si son católicos, no elegirán otro matrimonio, y si lo eligen, es que han dejado de ser católicos.

De aquí que he dicho más arriba que la nueva reforma del art. 42 del Código civil que propone Navarro no es imprescindible; sí que es, en cambio, conveniente. La reforma de 1958 le ha parecido desacertada a la mayor parte de la doctrina; para no incurrir en los mismos errores que se le achacan —y que son repetición de los del texto de 1889—, el futuro nuevo art. 42 tendría en efecto que abandonar radicalmente el ambiguo tema de la profesión o no de la Religión católica, como criterio para llamar a los españoles a una u otra clase de matrimonio. El Estado, en cambio, ha de reconocer dos clases de matrimonio, el canónico y el civil, ambos con plenos efectos civiles. Los españoles escogerían libremente el sistema que prefiriesen, quedando sometidos correspondientemente a la legislación canónica o a la civil, tal como ocurre actualmente. En resumen, el art. 42 podría quedar redactado así:

«La ley reconoce dos clases de matrimonio: el canónico y el civil, ambos con plenos efectos civiles. Por el hecho de contraer uno de ellos, los contrayentes se someten en todo a la legislación matrimonial correspondiente, a tenor de lo preceptuado en los artículos siguientes de este Código» (148).

(146) En relación con el canon 2.314 se encuentra actualmente el Directorio *Ad totam Ecclesiam* sobre el ecumenismo. Vid. al respecto el comentario de MIGUELEZ en la edición de la B. A. C. del *Código de Derecho Canónico*, Madrid, 1969, pp. 854-855.

(147) En FUENMAYOR, ob. cit., p. 133.

(148) Tal redacción del artículo 42 resulta coherente con la evolución experimentada en este campo por nuestro Derecho civil, tal como ha quedado expuesta, y expresa mejor que el texto reformado de 1958 la actual naturaleza del sistema matrimonial civil español. A nadie se le ocultará, sin embargo, la semejanza del sistema con el establecido en Portugal por el Concordato de 1940, cuyo artículo 24 disponía que “En armonía con las propiedades esenciales del matrimonio canónico, entiéndese que por el propio hecho de celebrar matrimonio canónico los cónyuges renuncian a su derecho civil de pedir el divorcio, que por esto mismo nunca podrá ser aplicado por los Tribunales civiles a los matrimonios católicos”. Este régimen ha sido considerado durante treinta años, por

Es obvio que, en correspondencia, los artículos 75 y 76 habrían de continuar intocados, mientras que sería preciso suprimir el último párrafo del art. 86.

La principal virtud de esta reforma sería clarificar la legislación española, reconociendo el hecho de que hoy los españoles gozan de libertad para el matrimonio civil facultativo (149), dentro de un

toda la doctrina, como el modelo perfecto del sistema facultativo, en que los cónyuges eligen libremente la legislación dentro de la que contraen y a ella se atienen a todos los efectos. La semejanza con el actual sistema español es obvia; y ello nos hace pensar que en el futuro vayan a plantearse en España idénticos problemas a los que actualmente han aparecido en Portugal. Tales problemas se refieren, muy en particular, al tema del divorcio. En efecto, en Portugal—como el texto concordatario mismo menciona— existe el divorcio civil. Ello entrañaba una diferencia importante entre los católicos de aquel país, cuya unión canónica no podía romperse mediante el divorcio civil, y los no católicos, que podían recurrir a éste. En España, en cambio, al no existir el divorcio en nuestra legislación civil, la elección entre el matrimonio canónico y el civil resulta—en el sistema facultativo hoy vigente— una cuestión de conciencia, pero no de conveniencia (entendiendo como más conveniente en hipótesis para el contrayente no católico la posibilidad de hacer uso del divorcio civil). Pero puede darse el caso —las profecías son siempre aventuradas— de que nuestra legislación civil introduzca un día el divorcio en su normativa. En ese caso, el actual sistema facultativo y, por supuesto, la propia redacción del artículo 42 del C. c., tal como la propongo en coherencia con todo el resto de la legislación vigente—de cuya orientación la propia Santa Sede es en buena parte coautora, como creo haber dejado demostrado—, favorecerán el nacimiento de una nueva cuestión: la posibilidad de que el matrimonio canónico sea disuelto por los Tribunales civiles, con dejación del principio de que los contrayentes católicos aceptan a todos los efectos la legislación canónica bajo la cual contraen. Tal posibilidad, impuesta unilateralmente en Italia por la Ley Fortuna y el Referéndum de 12-V-1974 —contra la oposición expresa de la Santa Sede—, acaba de ser aceptada con extrema facilidad por la propia Santa Sede para Portugal, cuyo Concordato ha sido modificado en su artículo 24 mediante el “Protocolo” firmado el 15-II-1975; a tenor del mismo, quienes hayan contraído matrimonio canónico podrán obtener el divorcio ante los Tribunales civiles, aunque la Iglesia —como es obvio— no reconozca tal disolución del vínculo.

(149) Recientemente, la civilística ha tomado, en fin, conciencia de que el sistema civil español es facultativo. Así, p. e., escribe ALBALADEJO, ob. cit., p. 43: “Según lo dicho, es claro que prácticamente queda en manos de cualquiera casarse civilmente, si, aunque de verdad sea católico, lo desea, ya que le basta comunicar al Párroco que abandonó el Catolicismo. De modo que nuestro sistema matrimonial, de hecho, viene a ser electivo (matrimonio civil o canónico, a voluntad de los contrayentes). Cosa que, por un lado, parece preferible, pues el Estado no tiene por qué entrar en la conciencia de sus súbditos, y, por otro, es la única forma ágil de hacer posible el matrimonio civil a quienes habiendo abandonado verdaderamente el Catolicismo, no tengan más medios para probarlo que su propia declaración”. Vid., en el mismo sentido, Díez PICALO y GULLÓN BALLESTEROS, *Instituciones de Derecho Civil*, II, Madrid, 1974. Por una reforma que claramente declare este carácter facultativo, que ya reconocen al sistema matrimonial civil, se manifiesta ARECHEDE-
RRA, *Relevancia jurídica de la condición de católico en el sistema matrimonial español*, en “Revista de Derecho Privado”, nov. 1973, p. 925: “A

sistema cuyo único requisito es la comunicación al párroco; la ventaja que señala Navarro a esta comunicación —«implica una cierta posibilidad de reflexión al católico que lo hace más consciente de las consecuencias de índole moral de su actuación al contraer matrimonio civil»— me parece que no es función del Estado, al que toca mejor ofrecer «el sistema que puede ser más conveniente [a los contrayentes] dado el principio de libertad religiosa, trasladando a la Iglesia la carga de evitar, a través de una eficaz acción pastoral, que los fieles contraigan matrimonio civil desconociendo su propio derecho» (150).

Un inconveniente, o, mejor, una limitación del sistema lo sería la falta de reconocimiento de una tercera clase de matrimonios: los matrimonios religiosos de otras confesiones distintas de la católica, cuyos miembros españoles están obligados por el régimen del Código civil a contraer necesariamente matrimonio civil, a diferencia de la posibilidad que tienen los católicos de celebrar su propia unión religiosa, y en contradicción con el principio de la libertad religiosa. El problema, de indudable interés, no entra dentro de la temática de estas páginas, pues evidentemente no nace de la relación entre el art. 42 del Código civil y el Concordato; me remito, pues, a las interesantes consideraciones que la doctrina ofrece al propósito (151).

Aún cabe apuntar otros problemas, tales como el posible matrimonio canónico de un católico apóstata que hubiese contraído primeramente matrimonio civil; la segunda unión —que la Iglesia no se puede comprometer a impedir— poseería validez canónica, y la primera civil. La doctrina ha analizado la cuestión, que también resulta marginal dentro de este estudio (152). Y, en fin, Bernández ha llamado la atención sobre otro defecto del sistema matrimonial español, relacionado con nuestro tema indirectamente. Como es sabido, la Iglesia, desde el motu proprio «Matrimonia mixta», ha establecido criterios ampliamen-

su vez, y como consecuencia de la Ley de Libertad religiosa, tenemos que el sistema matrimonial español es prácticamente opcional, y que el matrimonio civil ha perdido estatalmente toda razón de indignidad. Circunstancias todas que aconsejan una definitiva transformación del sistema en facultativo". Por su parte, GARCÍA CANTERO (*En torno a la reforma del Derecho civil matrimonial*, en "Ius Canonicum", v. XIV, número 27, 1974, pp. 111-112) apunta también a la posibilidad de una nueva redacción del artículo 42, similar a la que indicamos en el texto, que introduciría el sistema opcional lisa y llanamente en nuestro ordenamiento.

(150) NAVARRO VALLS, ob. cit., p. 20; la incidencia del régimen de libertad religiosa —a partir del Concilio Vaticano II y de nuestra Ley de 1967— en este tema, la ha señalado LÓPEZ ALARCÓN, ob. cit., pp. 115-117.

(151) NAVARRO VALLS, ob. cit., p. 20 y nota 13; así como RUBIO, que ha analizado con bastante detenimiento el tema del matrimonio en forma religiosa no católica en España y en otros países (*El matrimonio en forma religiosa no católica*, en "Ius Canonicum", v. XIV, núm. 27, 1974, pp. 133-166).

(152) Vid. la bibliografía al respecto, juntamente con un análisis del tema, en NAVARRO VALLS, *Divorcio: orden público y matrimonio canónico*, cit., pp. 238-242; vid. también GARCÍA CANTERO, *El vínculo del matrimonio civil*, cit., p. 27, y ALBALADEJO, ob. cit., p. 43.

te permisivos de dispensa de la forma canónica; en esta línea, la Conferencia Episcopal española, en sus Normas de 25-I-1971 sobre matrimonios mixtos, admite la forma civil para los matrimonios de católicos con no católicos. Como el Estado no admite por su parte tal forma en tales casos, se produce una desarmonía entre ambas legislaciones que precisa —en este caso será preciso buscar la coherencia entre ambos ordenamientos— algún tipo de solución (153).

VI. LA REVISIÓN DE CONCORDATO DE 1953.

Hay que concluir este trabajo —que trata de ser completo en el estudio de las implicaciones canónicas del art. 42 del Código civil—, refiriéndonos a la anunciada revisión del Concordato español de 1953. De cuantos preceptos contiene éste acerca del matrimonio, carecen de interés para el estudio presente los referentes a la competencia de la Iglesia sobre las causas de nulidad y separación de los matrimonios canónicos. Igualmente, prescindimos de los puntos referentes a los requisitos registrales de estas uniones, al matrimonio de los hijos de familia y a los matrimonios mixtos. En fin, el precepto del protocolo final que se refiere al compromiso del Estado de legislar para el matrimonio civil de acuerdo con la Ley Natural en materia de impedimentos, no es sino un aspecto de la relación entre el Concordato y las exigencias de la confesionalidad establecida en nuestras Leyes Fundamentales. Al revisar el Concordato, todos estos artículos del mismo deberán tenerse en cuenta, pero en nada tocan al art. 42 del Código civil y por tanto al presente trabajo.

Nos queda, pues, únicamente el art. XXIII, que se limita a establecer el reconocimiento estatal de los efectos civiles del matrimonio canónico. A propósito del mismo, me he manifestado repetidas veces a lo largo de estas páginas, y siempre en el mismo sentido:

a) el texto concordado no impone al Estado español ningún tipo de obligación de legislar en uno u otro sentido acerca del matrimonio civil;

b) tampoco exige ningún tipo de adecuación entre la legislación civil y la canónica, salvo el estricto reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio canónico; y salvos también los deberes que al Estado le provengan de su propia confesionalidad y del Protocolo Final del Concordato, deberes que no inciden sobre el art. 42 del Código civil;

c) la revisión del Concordato, pues, si respeta la redacción actual del art. XXIII, no alterará la subsistencia o la reforma del artículo 42;

(153) BERNÁRDEZ, *Sobre la admisión del matrimonio religioso acatólico en el Derecho civil español*, en "Revista Española de Derecho Canónico", 1972, pp. 146-154.

d) sin embargo, fue precisamente el Concordato, al no recoger el criterio restrictivo de la Orden de 1941 sobre el matrimonio civil, el que abrió la puerta al restablecimiento de la interpretación tradicional del mismo art. 42, y a la larga el que dio causa para que en la reforma del Código civil de 1958 este artículo permaneciese sustancialmente inmutado;

e) lo que significaría que una eventual nueva redacción del artículo XXIII del Concordato sí podría tener una influencia decisiva en nuestro Derecho civil;

f) aunque estimo que no es materia concordataria el matrimonio civil —salvo posibles compromisos del Estado de respetar la Ley natural—;

g) por lo que un nuevo Concordato que se abstudiese, como el actual, de entrar en el tema del matrimonio civil, consolidaría la evolución del Derecho civil español en la línea en que viene moviéndose desde 1953.