

Matrimonio civil de acatólicos

GABRIEL GARCIA CANTERO
Doctor en Derecho. - Juez Comarcal

SUMARIO: I. Motivo de este trabajo.—II. Personas sujetas a la forma canónica del matrimonio.—A) En el capítulo «Tametsi» del Concilio de Trento.—B) En el Decreto «Ne temere» de 2 de agosto de 1907.—C) En el «Codex Iuris Canonici», según la primitiva redacción del canon 1.099.—D) Modificación introducida por el «motu proprio» de 1 de agosto de 1948.—III. Personas sujetas a la forma civil del matrimonio.—A) Indicaciones de Derecho comparado.—B) Matrimonio civil obligatorio.—C) Matrimonio civil facultativo o de elección.—D) Matrimonio civil subsidiario.—E) Historia del matrimonio civil en España.—1. Ley provisional del matrimonio civil de 18 de junio de 1870.—2. Decreto de 9 de febrero de 1875.—3. Código civil.—4. Ley de 28 de junio de 1932.—5. Legislación del Nuevo Estado español.—A) Restablecimiento de la legalidad anterior a la República.—B) Orden de 10 de marzo de 1941.—C) Periodo postconcordatario.—F) Prueba de la acatolicidad.—IV. Conclusiones.

I. MOTIVO DE ESTE TRABAJO

Un prestigioso compañero ha publicado en el primer número de *Pretor* un artículo (1) comentando la Resolución de la Dirección General de los Registros de 28 de junio de 1951, en la que se hace aplicación de lo dispuesto en la Orden ministerial de 10 de marzo de 1941. Según la citada Resolución, no es prueba suficiente de la acatolicidad de los contrayentes la certificación acreditativa de que los mismos fueron bautizados en la fe evangélica el año 1949. De esta suerte, comenta Antonio M. Luna (2), los dos solicitantes no pueden contraer matrimonio por ser acatólicos, y por no poder acreditar su condición religiosa tampoco pueden contraer matrimonio civil, so pena de que juren en falso no haber sido nunca bautizados en la Iglesia católica, con las consecuencias penales consiguientes, y salvo la posibilidad de obtener en el juicio declarativo correspondiente la declaración de su derecho civil para contraer matrimonio de esta clase. Centra luego su atención en la

(1) *La prueba del hecho negativo de la acatolicidad en el matrimonio civil*, págs. 31 y es.

(2) *Loc. cit.*, pág. 31.

citada Orden ministerial, criticando su artículo 1.º, poniendo de relieve la confusión que en él se produce de las cosas que se pueden con las que no se pueden probar, observando además que dicha Orden infringe la Ley de 12 de marzo de 1938 en cuanto que ésta dispuso el restablecimiento de la legalidad anterior a 28 de junio de 1932, de la cual no formaba parte norma alguna que exigiera prueba documental de acatolicidad ni tampoco la declaración de no haber sido bautizado.

Tanto la tesis central como algunas de las consecuencias derivadas de ella, contenida en el citado trabajo de Luna, nos parecen objetables (3), y por otro lado ocurre que el caso planteado no es sino un aspecto de un problema más amplio, hasta ahora no suficientemente aclarado. Debe distinguirse, en primer lugar, la cuestión de *capacidad*; esto es, dilucidar quiénes pueden contraer matrimonio «sub forma» canónica y quiénes «sub forma» civil; o, mejor aún, supuesto que las normas sobre el estado civil de las personas pertenecen al derecho necesario, quiénes—sobre la base de su propósito de contraer matrimonio—están obligados a observar la forma canónica y quiénes la civil. Sólo después de aclarado este punto se presenta la cuestión de la *prueba*.

Por otro lado, firmado el Concordato con la Santa Sede el 27 de agosto de 1953, es de esperar un desenvolvimiento de sus normas por el Estado español (4), que, indudablemente, arrojará suficiente luz sobre este debatido problema.

Demostrada la oportunidad del tema, creemos conveniente exponer la doctrina canónica sobre la forma del matrimonio, haciendo luego unas referencias al derecho comparado, finalizando con la historia sumaria de las sucesivas fases por que ha pasado el matrimonio civil en nuestra Patria.

II. PERSONAS SUJETAS A LA FORMA CANÓNICA DEL MATRIMONIO

Teniendo en cuenta que no sólo por declaración legal (5), sino en la práctica la inmensa mayoría de los españoles profesan la re-

(3) También se contienen afirmaciones inexactas en el trabajo de nuestro también compañero MARIANO LÓPEZ ALARCÓN: *La demostración de acatolicidad en los matrimonios civiles*, publicado en el «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», núm. 230, págs. 3 y ss., a quien refutó acertadamente JOSÉ PERE RALUY en el núm. 233 del mismo Boletín.

(4) Cumpliendo lo convenido el art. 36, 2.º, párrafo segundo, según el cual «el Estado español promulgará en el plazo de un año las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para la ejecución de este Concordato», sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo precedente, que dispone que «con la entrada en vigor de este Concordato se entienden derogadas todas las disposiciones contenidas en leyes, decretos, órdenes y reglamentos que, en cualquier forma, se opongan a lo que en él se establece».

(5) Art. 6.º del «Fuero de los Españoles»: «La profesión y práctica de la Religión católica, que es la del Estado español, gozará de la protección oficial». Art. 1.º de la Ley de Sucesión a la Jefatura del Estado: «España, como unidad

ligión católica por haber recibido el bautismo en su infancia (6), el matrimonio de acatólicos será excepcional, de aquí que en primer lugar exponamos la regla general.

¿A quiénes obliga la forma canónica (7) del matrimonio? La historia del Derecho matrimonial de la Iglesia católica nos muestra una progresiva rigurosidad en la exigibilidad de la forma matrimonial canónica. Con desviaciones más bien de detalle, esa orientación puede observarse en el famoso capítulo *Tametsi* del Concilio de Trento, en el Decreto *Ne temere* de 2 de agosto de 1907, en el canon 1.099 del *Codex Iuris Canonici*, en el *Motu Proprio* de Pío XII de 1.º de agosto de 1948 y, finalmente—si bien esta disposición no presenta apenas interés para los españoles—, en el canon 90 del *Motu Proprio* de Pío XII de 22 de febrero de 1949, que estableció la disciplina del matrimonio para los orientales.

política, es un Estado católico...» Declaraciones que han sido refrendadas por el art. 1.º del Concordato, según el cual «la Religión Católica, Apostólica y Romana sigue siendo la única de la nación española y gozará de los derechos y de las prerrogativas que le corresponden en conformidad con la ley divina y el Derecho canónico». Cf. sobre este punto el autorizado estudio del Emmo. y Rvdmo. Cardenal Primado, *El Catolicismo, Religión de la nación española*, en la revista española «Ecclesia», número extraordinario dedicado al Concordato, 31 de octubre de 1953. En cuanto a los territorios africanos de Soberanía española, el Protocolo final mantiene el régimen de tolerancia de cultos no católicos.

Para una mejor comprensión posterior del régimen matrimonial concordatario en Italia y Portugal, es de notar que la reciente Constitución italiana de 27 de diciembre de 1947, no establece claramente como religión oficial la católica, pues si bien su art. 7.º incorpora los Pactos de Letrán, el 8.º declara que «tutte le confessioni religiose sono egualmente libere davanti alla legge», y que «le confessioni religiose diverse dalla cattolica hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti, in quanto non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano». Por su parte la Constitución portuguesa de 1933 establece en su art. 8.º el derecho de libertad religiosa, y en el 45 el de cultos, formulando claramente en el art. 46 «el régimen de separación en relación con la Iglesia católica», sin perjuicio de las relaciones diplomáticas con la S. S.; separación «antistosa» que ha sido mantenida en el Concordato de 1940. (Vide PÉREZ MIER, LAUREANO: *La Iglesia católica y el Nuevo Estado portugués*, «Ecclesia», núm. 67, página 1031 y ss.)

(6) Lo cual es cosa distinta de que todos sean buenos católicos y cumplan bien sus obligaciones. Puede verse en SANTAMARÍA, CARLOS: *Autour de l'Etat idéal*, documentos, núm. 10, pág. 77, las condiciones para que la confesionalidad jurídica lo sea también sociológica.

La discusión en torno al Estado católico y a la distinción tradicional entre la «tesis» y la «hipótesis» ha sido muy viva últimamente entre escritores católicos de Francia, Italia, Alemania y España; una abundante indicación bibliográfica sobre la materia se encontrará en el cit. trab. en nota, págs. 77-78. Debe tenerse también en cuenta el discurso del cardenal OTTAVIANI, pro-Secretario del Santo Oficio, sobre *Los deberes del Estado católico con la Religión*, reproducido en «Ecclesia», 1953, I, pág. 461, núm. 615.

(7) Nos referimos naturalmente a la forma jurídica del matrimonio canónico. Sobre la distinción entre la forma jurídica y la forma litúrgica, vide el estudio del P. REGATILLO, S. J.: *Nulidad del matrimonio por defecto de forma* contenido en el volumen *Las causas matrimoniales*, que recoge los trabajos de la IV Semana de Derecho Canónico, Salamanca, 1953, pág. 395. También sobre ese punto, MIGUÉLEZ, LORENZO: *Los matrimonios de los hijos de acatólicos*, REDC, 1948, III, pág. 1030.

A) Dados los inconvenientes de orden moral y jurídico que producen los matrimonios clandestinos, la Iglesia siempre se mostró contraria a ellos; sin embargo, hasta el Concilio de Trento no adoptó una actitud enérgica frente a los mismos. En la sesión 24 de este histórico Concilio se acordó lo siguiente:

«Aunque no se ha de dudar que los matrimonios clandestinos, hechos por el libre consentimiento de los contrayentes, fueron matrimonios firmes y verdaderos mientras la Iglesia no los hizo inválidos; y, por consiguiente, con razón han de ser condenados, como los condena con anatema el Santo Concilio, aquellos que niegan que son verdaderos y firmes, y aquellos otros que afirman que los matrimonios contraídos por los hijos de familia sin consentimiento de los padres son nulos, y que los padres pueden ratificarlos o anularlos; sin embargo, la Santa Iglesia de Dios los detestó siempre y los prohibió por justísimas causas.

Mas advirtiendo el Santo Concilio que aquellas prohibiciones ya no aprovechan por la desobediencia de los hombres, y considerando los graves pecados que tienen origen de los mismos enlaces clandestinos, principalmente de aquellos que permanecen en estado de condenación, mientras abandonada la primera mujer con la que habían contraído ocultamente, contraen públicamente con otra y viven con ella en perpetuo adulterio, al cual mal no pudiendo prestar socorro la Iglesia, que no juzga de lo oculto, si no aplica algún remedio más eficaz; por eso, siguiendo las huellas del Sagrado Concilio de Letrán, celebrado bajo el Pontificado de Inocencio III, manda que en lo sucesivo, antes que se contraiga el matrimonio, se denuncie públicamente tres veces por el Párroco propio de los contrayentes, durante tres días festivos consecutivos, en la Iglesia, en los divinos oficios solemnes de la Misa, entre quienes se haya de contraer matrimonio; hechas las cuales proclamas, si no se opone algún legítimo impedimento, procédase a la celebración del matrimonio públicamente en la Iglesia, donde el Párroco, interrogados el varón y la mujer, y entendido su mutuo consentimiento, o diga: «Yo os uno en matrimonio, en el nombre del Padre y del Hijo y del Espíritu Santo», o use de otras palabras, según el rito recibido de cada provincia.

Y si alguna vez hubiese probable sospecha de que pudiese impedirse maliciosamente el matrimonio, si precedieren tales o tantas proclamas, entonces, o hágase solamente una proclama, o celébrese el matrimonio, estando presentes el Párroco y dos o tres testigos. Después, antes de consumarlo, háganse las proclamas en la Iglesia, para que si hay algunos impedimentos se descubran más fácilmente; a no ser que el mismo Ordinario juzgare convenir que se supriman las predichas proclamas; lo cual deja el Santo Concilio a su prudencia y juicio.

A los que intentaren contraer matrimonio de otro modo que estando presente el Párroco u otro Sacerdote por licencia del mismo Párroco u Ordinario, y dos o tres testigos, el Santo Concilio les

hace totalmente inhábiles para contraer así, y decreta que tales contratos son irritos y nulos, según que los hace irritos y los anula por el presente decreto.

Manda, además, que sean castigados gravemente, al arbitrio del Ordinario, el Párroco u otro Sacerdote que asistieren a este contrato con menos número de testigos, y los testigos que asistieren sin el Párroco o Sacerdote y los mismos contrayentes.

Además, el mismo Santo Concilio exhorta que no cohabiten en la misma casa los cónyuges antes de la bendición sacerdotal que se ha de recibir en el templo; y establece que la bendición sea hecha por el Párroco propio, y que por nadie puede ser concedida a otro Sacerdote licencia de hacer la predicha bendición, sino por el mismo Párroco o por el Ordinario; no obstando costumbre alguna, aun inmemorial, que más bien se ha de decir corruptela o privilegio.

Y si algún Párroco u otro Sacerdote, sea regular, sea seglar, aunque pretenda que le es esto lícito por privilegio o por costumbre inmemorial, se atreviera a unir en matrimonio o bendecir a los esposos de otra Parroquia sin licencia del Párroco de ellos, quede suspenso por el mismo Derecho mientras no sea absuelto por el Ordinario de aquel Párroco que debía asistir al matrimonio.

Tenga el Párroco un libro en el que escriba los nombres de los cónyuges y de los testigos y el día y lugar del matrimonio contraído, el cual guarde diligentemente consigo.

Finalmente, el Santo Concilio exhorta a los cónyuges que antes que contraigan, o tres días antes de la consumación del matrimonio, confiesen diligentemente sus pecados y se acerquen piadosamente al Santísimo Sacramento de la Eucaristía.

Si algunas provincias usan en esta cuestión de otras laudables costumbres y ceremonias, aparte de las dichas, desea vehementemente el Santo Concilio que se guarden totalmente.

Y para que estos tan saludables preceptos a nadie sean desconocidos, manda a todos los Ordinarios que, cuanto antes pudiesen, cuiden que este decreto se publique y explique al pueblo en cada de una de las iglesias parroquiales de sus diócesis, y esto hágase muchas veces el primer año y, después, siempre que conviniere.

Decreta, además, que *este decreto comience a tener su fuerza en cada parroquia después de los treinta días, a contar del día de la primera publicación hecha en la misma parroquia*» (8).

Sólo estaban, pues, sujetos a lo dispuesto en este capítulo del Tridentino los pertenecientes a las parroquias en que su publicación se había efectivamente realizado; y a medida que pasaba el tiempo, crecía la incertidumbre de su obligatoriedad, lo cual determinó múltiples intervenciones de la autoridad pontificia y de

(8) Tomamos la traducción de TORRUBIANO RIPOLL, JAIME: *Novísimas Instituciones de Derecho canónico*, 2.ª parte, Madrid, 1920, págs. 269 y 270.

las congregaciones romanas para precisar el ámbito de la ley tridentina.

B) Las deficiencias del capítulo «Tametsi» (9) fueron en gran parte subsanadas por el decreto «Ne temere», de 2 de agosto de 1907 (10), cuyas innovaciones en lo que respecta al sujeto pasivo de la ley, según expone Miguélez (11), son las siguientes: 1) La forma canónica del matrimonio se hizo obligatoria en toda la Iglesia latina para todos los matrimonios de católicos entre sí, considerándose católicos, para estos efectos, «todos los que fueron bautizados en la Iglesia católica y todos los convertidos a ella de la herejía o del cisma, aunque tanto éstos como aquéllos la hubieren después abandonado» (art. XI, § 1). 2) Se hizo, asimismo, extensiva para todos los matrimonios mixtos la obligatoriedad de la forma para la validez del matrimonio, pero entendiendo el concepto de «católico» y de «hereje» en el sentido expuesto; o sea, que bastaba haber sido bautizada una parte, aun en su infancia, en la Iglesia católica para que viniese obligada—y, por consiguiente también la otra parte, por razón de la indivisibilidad del contrato—a observar la forma canónica del decreto. Pero subsistían las excepciones establecidas en favor de los alemanes y húngaros por la *Provida sapientique*, siempre que los matrimonios se celebrasen en Alemania o Hungría, si bien el concepto de «católico» y «acatólico» debería tomarse del mismo decreto *Ne temere*. 3) En cuanto a los matrimonios de acatólicos dispuso el decreto que quedaban fuera del alcance de la ley.

Es decir, que, como comenta el mismo canonista, la Iglesia se mostraba, por una parte, benigna, no exigiendo a ultranza la aplicación de la forma canónica a todos los matrimonios mixtos, pero continuaba dando gran importancia al mero hecho de haber recibido el bautismo en la Iglesia católica, y en este punto se mostraba inflexible.

C) Promulgado el *Codex Iuris Canonici*, es preciso acudir al canon 1.099 para saber quiénes están sujetos a la forma matrimonial que el propio Código establece.

Según el citado canon:

«§ 1. Ad statutam superius formam servandam tenentur:

1.º Omnes in catholica Ecclesia baptizati et ad eam ex heresi aut schismate conversi, licet sive hi sive illi ab eadem postea defecerint, quoties inter se matrimonium ineunt.

2.º Idem, de quibus supra, si cum acatholicis sive baptizatis sive non baptizatis etiam post obtentam dispensationem ab im-

(9) Un resumen de ellas en TORRUBIANO: Obra cit., pág. 272; MIGUÉLEZ, por su parte, dice que los Obispos no urgieron la publicación en las parroquias de gran porcentaje de disidentes, quedando, por tanto, éstos y también los católicos de aquellas parroquias, exentos de la ley. (Loc. cit., pág. 1025.)

(10) Que el Real Decreto español de 9 de enero de 1908 mandó recibir y observar como ley del reino.

(11) Loc. cit. 1025 y 1026.

pedimento mixtae religionis vel disparitatis cultus, matrimonium contrahant.

3.º Orientales, si cum latinis contrahant hac forma adstrictis.

§ 2. Firmo autem praescripto § 1, n. 1, acatholici sive baptizati sive non baptizati, si inter se contrahant, nullibi tenentur ad catholicam matrimonii formam servandam; item ad acatholicos nati, etsi in Ecclesia catholica baptizati, qui ad infantili aetate in haeresi vel schismate aut infidelitate vel sine ulla religione adleverunt, quoties cum parte acatholica contraxerint» (12).

Ninguna dificultad de interpretación importante ofrece este canon; así, la doctrina canonista unánimemente entiende (13) que están obligados a observar la forma prescrita en el canon 1.094 (14):

1.º Todos los bautizados en la Iglesia católica que permanezcan en su seno al contraer matrimonio, cuantas veces contraigan entre sí.

Este supuesto será el normal en países de población mayoritariamente católica, como España.

2.º Todos los convertidos al catolicismo, ya contraigan, a su vez, con conversos o con quienes fueron bautizados.

3.º Unos y otros, aunque con su posterioridad a su ingreso en la Iglesia católica por el bautismo, se hubiesen apartado de ella («licet sive hi sive illi ab eadem postea *defecerint*») (15).

(12) Canon 1.099: «§ 1. Están obligados a guardar la forma determinada en los canones anteriores: 1.º Todos los que han sido bautizados en la Iglesia católica y todos los que se han convertido a ella de la herejía o del cisma, aunque tanto éstos como aquéllos la hayan después abandonado, si es que contraen matrimonio entre sí; 2.º Estos mismos, si contraen matrimonio con acatólicos, estén bautizados o no, aunque hayan obtenido dispensa del impedimento de mixta religión o del de disparidad de cultos; 3.º Los orientales, si contraen matrimonio con latinos obligados a guardar esta forma; § 2. Quedando firme lo que se prescribe en el § 1, núm. 1, los acatólicos, tanto los bautizados como los no bautizados, si contraen entre sí, en ninguna parte están obligados a observar la forma católica del matrimonio; igualmente los hijos de acatólicos, aunque hayan sido bautizados en la Iglesia católica, si desde la infancia fueron educados en la herejía, en el cisma, en la infidelidad, o sin ninguna religión, siempre que contraigan matrimonio con parte acatólica».

(13) Cit., por ejemplo, BLANCO NÁJERA, FRANCISCO: *El Código de Derecho canónico traducido y comentado*; II: *Derecho sacramental*, Cádiz, 1945, comentario al canon 1.099, págs. 356-358; CHELODI: *I. Ius sacramentale iuxta codicem iuris canonici*, 3.ª ed. Tridenti, 1921, págs. 151-153; cardenal GASPARRI, PIETRO: *Tractatus canonicus de matrimonio*, II, 1932, págs. 142-147; GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, MANUEL: *La institución matrimonial*, C. S. I. C. Madrid, 1943, pág. 225; TORRUBIANO: *Obr. cit.*, págs. 288-290; VERMEERSCH, A. y CREUSEN, J.: *Epitome Iuris canonici*, II, 6.ª ed. 1940, págs. 283-284; WERZVIDAL-AGUIRRE: *Ius canonicum*, t. V, *Ius matrimoniale*, 3.ª ed. Romae, 1946, págs. 699-703.

(14) C. 1.094. «Solamente son válidos aquellos matrimonios que se celebran ante el Párroco, o ante el Ordinario del lugar, o ante un sacerdote delegado por uno u otro, y además ante dos testigos por lo menos, según las reglas establecidas en los cánones que siguen y salvas las excepciones contenidas en los cánones 1.098 y 1.099». El canon 1.098 establece la forma extraordinaria del matrimonio canónico.

(15) TORRUBIANO: (*Obra cit.*, pág. 280), traduce la palabra subrayada por

Se ve clara la importancia que el bautismo en la Iglesia católica tiene a efectos jurídico-canónicos. Además de ingresar al bautizado en una Sociedad perfecta—«baptismate homo constituitur in Ecclesia Christi persona cum omnibus christianorum iuribus et officiis» dice el canon 87—, le vincula para el futuro sujetándolo jurídicamente a la forma canónica del matrimonio cuantas veces lo contraiga, por la aplicación del canon 1.099, § 1, número 1.

Aun aquellas situaciones (herejía, cisma) en que el bautizado se coloca en actitud de rebeldía frente a la Iglesia, no implican la ruptura de todo vínculo jurídico-canónico con ella. El propio canon 87 continúa: «*nisi, ad iura quod attinet, obstet obex, alesiasticae communionis vinculum impediens, vel lata ad Ecclesia censura*». Observan, en efecto, Cabrerros-Alonso (16) que la persona, en el ordenamiento canónico se entiende, puede ser completa o incompleta; la primera es aquella que goza de todos los derechos y deberes que, según su estado o condición, le corresponden; mientras que se llama incompleta la persona que está sometida a las obligaciones, pero no tiene, o no puede ejercitar todos los derechos que le competen. Dos causas principales limitan la personalidad eclesiástica: el óbice y la censura. El óbice es un impedimento que nace necesariamente de la causa que lo produce, independientemente de la ley; por ejemplo, el cisma y la herejía, que separan del cuerpo de la Iglesia y consiguientemente impiden participar de sus derechos. La censura es un impedimento de derecho positivo humano, el cual a veces coincide con el óbice y corrobora sus efectos.

Se separa o abandona la religión católica tanto quien no practica otra alguna como quien ingresa en cualquier secta protestante, o en el budismo o sintoísmo. Hay que concluir, pues, que en el supuesto contemplado por la resolución de 28 de junio de 1951, el hecho de haber sido bautizados los solicitantes en la religión evangelista no les desliga de la obligación, en virtud de su anterior bautismo católico, de contraer matrimonio *sub forma* canónica; yerra, por tanto, Luna (17) cuando afirma que los referidos solicitantes de un matrimonio civil, «por ser acatólicos, no pueden contraer en España matrimonio canónico».

4.º Cualquiera de los comprendidos en los tres apartados anteriores cuando contraigan con parte acatólica (haya esta última recibido bautismo válido o no) después de obtener la correspondiente dispensa del impedimento de disparidad de cultos o de mixta religión.

«apostatar»; en la trad. de la B. A. C. (2.ª ed., pág. 411), como ya hemos visto en la nota 12, por «abandonar»; MIGUÉL (loc. cit., pág. 1027) habla por su parte de «no estar dentro de la Iglesia». Parece, pues, que debe entenderse en su sentido más amplio.

(16) Comentario al c. 87 en la trad. cit. del Codex I. C. de la B. A. C., 2.ª ed., pág. 37.

(17) Art. cit., pág. 31.

La aclaración que se hace en este apartado, en el sentido de ser indiferente que la parte acatólica haya sido bautizada o no, se explica porque algunas sectas cristianas (tal sucede con los cismáticos griegos) administran un bautismo válido para la Iglesia católica.

5.º Los católicos de rito oriental cuando contraigan con católicos de rito latino, sometidos, por su parte, a esta forma de matrimonio (18).

* * *

En cambio, según la primitiva redacción del canon 1.099, *no estaban* obligados a la forma matrimonial canónica:

1.º Los acatólicos, tanto los bautizados como los no bautizados, si contraen entre sí (canon 1.099, § 2).

Pero esta excepción se establece «firme praescripto § 1, n. 1», de suerte que el concepto de acatólico que aquí se supone tiene que ser el que expone Miguélez-Alonso (19): «los que ni fueron bautizados en la Iglesia católica ni jamás se convirtieron a ella», opinión que también comparten Gasparri (20), Wern-Vidal-Aguirre (21), Chelodi, casi con idénticas palabras (22), Torrubiano (23) e, implícitamente, Regatillo (24) y Miguélez (25).

Es verdad que el propio canon, al hablar de acatólicos «sive baptizati sive non baptizati», puede dar lugar a confusión al permitir la suposición de que existan acatólicos que hayan sido bautizados en la Iglesia católica que, por aplicación de este ca-

(18) Supuesto de hecho que apenas si ofrece interés para los españoles. Cfr. la declaración de la Comisión Pontificia de Intérpretes del Código de 8 de julio de 1948. Pero ahora habrá que tener en cuenta el canon 90 del *motu proprio* regulador del matrimonio para los orientales, en el que puede verse casi una reproducción del 1.099 del Cod. § 1 «Ad statutum superius formatum servandam tenentur: 1.º Omnes in catholica Ecclesia baptizati et ad eam ex haeresi vel schismate conversi, licet sive Hi sive illi ab eadem postea defecerint, quoties inter se matrimonium inxerunt; 2.º Iidem de quibus in núm. 1, si cum acatholicis, sive baptizatis sive non baptizatis, etiam post obtentam dispensationem ab impedimento mixtae religionis vel disparitatis cultus, matrimonium contrahant. § 2. Firme autem praescripto § 1, núm. 1, acatholici baptizati, si inter se vel cum acatholicis non baptizatis contrahant, nullibi tenentur ad catholicam matrimonii formam servandam.»

(19) Comentarios a la 2.ª ed. del Cod. de la B. A. C., pág. 411.

(20) «Eximuntur qui nunquam ad Ecclesia catholica pertinuerunt, neque per baptismum in eadem oblatum, neque per conversionem.», o. c., pág. 144.

(21) «Hoc nomine acatholici hic intelliguntur, qui nullo momento vitae suae ad Ecclesiam petinuerunt neque per baptismum neque per conversionem», obra cit., pág. 701.

(22) Obra cit., pág. 152.

(23) «El concepto verdadero de acatólico es el de aquél que *nunca* perteneció a la religión católica, ni por haber sido bautizado en ella ni por haberse convertido a ella de la herejía o del cisma. El que no pertenece a la Iglesia católica, después de haber pertenecido a ella de alguno de los modos dichos, no es conocido con el nombre de acatólico, rigurosamente hablando, sino de apóstata, y los apóstatas están sometidos a la ley de clandestinidad del Código. Obra cit., págs. 289-290.

(24) *Ius sacramentarium*, ed. secunda, Santander, 1949, pág. 822.

(25) Loc. cit., págs. 1026-1027.

non 1.099, § 2, no estén sometidos a la forma matrimonial canónica; y en tal error han incidido Luna (26) y López Alarcón (27). Pero, como ya vimos antes, al interpretar el párrafo 1, segundo, del propio canon, se trata de bautismo administrado en determinadas sectas cristianas, que puede ser válido para la Iglesia católica en cuanto que los así bautizados no precisan nuevamente recibirlo, pero que no significa sin más la sumisión a las normas del Derecho canónico.

2.º Los hijos de acatólicos, aunque hayan sido bautizados en la Iglesia católica, si desde la infancia fueron educados en la herejía, en el cisma, en la infidelidad o sin ninguna religión, siempre que contraigan matrimonio con parte acatólica.

La excepción aquí establecida era necesario consignarla, pues de no hacerlo así, tales personas quedaban sometidas a la forma canónica matrimonial en razón a su bautismo católico.

En cuanto al fundamento de esta excepción, Miguélez (28) explica que «en los países católicos los hijos normalmente se bautizan y se educan en la Iglesia católica a la que pertenecen sus padres; y lo contrario ocurre en los países acatólicos. Mas en aquellos otros países en que hay fuertes núcleos de católicos y disidentes abundan más los matrimonios mixtos, en los cuales a la celebración del matrimonio precede el compromiso de bautizar y educar toda la prole en la religión católica como prescribe el canon 1.061, número 2, compromiso que es fácil se cumpla por lo que se refiere al bautismo, y frecuentemente se deja incumplido en cuanto a la educación. Si a los hijos de esos matrimonios mixtos se les obligara a la forma canónica del matrimonio, sus matrimonios serían ordinariamente nulos, por hacer caso omiso de dicha forma».

Requisitos necesarios, según el propio autor, para que se produzca la excepción a la regla general que nos ocupa son: a) que fueran hijos de acatólicos, bastando para ello que lo fuera uno de los padres; b) que hubieran sido desde la infancia educados en la herejía, en el cisma, en la infidelidad o sin ninguna religión; c) que hubieran de contraer matrimonio con parte acatólica.

D) Pero hemos de tener en cuenta la modificación realizada en el canon 1.099 por el *Motu proprio* de S. S. Pío XII, de 1 de agosto de 1948 (A. A. S. de 16 de agosto), en virtud del cual se ha abrogado la cláusula final del párrafo segundo de este canon desde las palabras «Item ab acatholicis nati...» hasta el final (29).

(26) Loc. cit., pág. 32.

(27) Su citado trabajo está todo él presidido por la idea—inexacta como hemos visto—de que la afiliación a una secta acatólica hace perder toda vinculación con la Iglesia católica a efectos jurídico-matrimoniales. Pero—como antes vimos—de las obligaciones no se desliga salvo caso de dispensa por la Santa Sede, raras veces concedida.

(28) Loc. cit., pág. 1027.

(29) Acerca de este *motu proprio* pueden consultarse: LODOS, F., S. J.: *Contrayentes obligados a la forma canónica del matrimonio*, en la revista «Sal Terrae», marzo de 1949, pág. 159; ZALBA, M., S. J.: *Resumen canónico del*

Después de este importante decreto pontificio—primer caso de una derogación parcial de un precepto del *Codex Iuris Canonici*—, la obligación de contraer *sub forma canonica* se ha ampliado, y alcanza a sujetos que antes estaban exceptuados; concretamente, a los comprendidos en el apartado segundo últimamente expuesto. En adelante—desde el 1 de enero de 1949—sólo quedan exceptuados los acatólicos, o sea, quienes nunca han recibido bautismo válido en la Iglesia católica, ni en su niñez, ni en otra época de su vida. Se ha vigorizado, pues, la exigencia subjetiva de la forma canónica matrimonial (30).

Las razones que han movido a Pío XII a efectuar en el *Codex* la reforma mencionada aparecen expuestas en el preámbulo del *Motu proprio*: «El decreto *Ne temere*, promulgado por mandato de nuestro predecesor, de feliz memoria, Pío X, había establecido que todos los bautizados en la Iglesia católica, aunque después la hubieran abandonado, están obligados a observar la forma de matrimonio definida en el Concilio Tridentino. Pero para que no resultaran nulos los matrimonios de aquellos que, nacidos de acatólicos y bautizados en la Iglesia católica, hubieren crecido desde la edad infantil en la herejía, el cisma o la infidelidad, o sin ninguna religión, en el Código de Derecho canónico se estableció que tales bautizados no están obligados a guardar la forma canónica del matrimonio. Mas la experiencia de treinta años ha mostrado suficientemente que la exención de la guarda de la forma canónica del matrimonio no ha servido de provecho al bien de las almas; más aún, ha multiplicado con muchísima frecuencia las dificultades en la resolución de las causas; por lo cual nos ha parecido conveniente que la exención se revoque.»

Miguélez, en el estudio que ha dedicado especialmente a este *Motu proprio* (31), hace notar que en adelante se dispondrá de una norma práctica, objetiva y segura para poder juzgar de la validez o nulidad de los matrimonios celebrados por esas personas, ventaja que justifica, a su juicio, la modificación de la disciplina canónica (32).

Dada la trascendencia—antes ya notada—que adquiere la recepción del bautismo en la Iglesia católica, S. S. Pío XII exhorta en la misma disposición a la guarda escrupulosa de los cánones

trienio 1948-1950, en «Razón y Fe», nov. de 1951, pág. 403; edit. de «Ecclesia», 1948, II, pág. 395. Más bibliografía en la REDC, 1949, III, pág. 1096, y en lengua española el trabajo tantas veces citado de MIGUÉLEZ, L.

(30) Esta modificación del c. 1.099 no la ha tenido en cuenta LUNA en su citado trabajo; antes bien, trata de buscar apoyo en la cláusula derogada para robustecer su tesis. También debe entenderse derogada la Declaración que cita de la C. P. de Int. del C. de 20 jul. 1929. (Cfr. sobre esto último ZALBA, art. cit., pág. 404).

(31) Pág. 1028.

(32) En muchos casos había dificultad para determinar si el hijo de acatólicos, aunque bautizado en el catolicismo, había sido efectivamente educado en la herejía, etc. Cf. MIGUÉLEZ, loc. cit., págs. 1028 y ss.

nes 750 y 751 (33). De esta suerte, queda atenuada la restricción de libertad que implica el hecho de que la recepción del bautismo tiene lugar, generalmente, antes de llegar al uso de la razón, puesto que el Derecho canónico sanciona al bautizante con la ilicitud —esto es, con incurrir en responsabilidad—, cuando ha administrado el bautismo sin aquellas garantías que en lo humanamente previsible aseguren al nuevo católico una educación conveniente en su fe. En último término debe tomarse en consideración el fin de la Iglesia católica (34).

Por lo demás, la exigencia de la forma canónica, en los casos extremos, puede reducirse a la celebración del matrimonio ante el párroco y dos testigos, sin que sea menester ningún otro rito ni sacramento, ni tampoco que tenga lugar en el interior del templo, pudiendo realizarse simplemente en la sacristía o en otro lugar adecuado.

III. PERSONAS SUJETAS A LA FORMA CIVIL DEL MATRIMONIO

A) *Indicaciones de Derecho comparado.*—Hasta aquí hemos hablado exclusivamente de la obligatoriedad canónica de la forma matrimonial. ¿Quid de las personas sujetas a la forma civil del matrimonio?

En general puede decirse que si el Estado desconoce el Derecho de la Iglesia católica (35), o el de otras confesiones religiosas, a disciplinar el matrimonio, necesariamente ha de establecer una regulación propia del mismo, que será obligatoria para todos sus súbditos, con independencia de la religión que profesen.

(33) C. 750: § 1. Es lícito bautizar, aun contra la voluntad de sus padres, al hijo de infieles, cuando su vida se halla en tal peligro que prudentemente se prevé que ha de morir antes de llegar al uso de la razón; § 2. Fuera de peligro de muerte, con tal que se garantice su educación católica, es lícito bautizarlo: 1.º Si consienten en ello los padres o los tutores, o uno de ellos por lo menos; 2.º Si no tiene ascendientes, esto es, padre, madre, abuelo o abuela, ni tutores, o si han perdido el derecho sobre él, o no pueden ejercerlo de ningún modo. C. 751: Por lo que respecta al bautismo de párvulos, hijos de dos herejes o cismáticos, o de dos católicos que han caído en la apostasía, la herejía o el cisma, obsérvese en general las normas establecidas en el canon que antecede.

(34) Escribía la rev. «Ecclesia» en el editorial antes citado: «Interesa más salvar las almas que guardar conveniencias sociales efímeras o dar gusto a los cuerpos. Ama más quien, a pesar de los padres, bautiza a un niño moribundo, dándole una herencia feliz y eterna, que los padres que se obstinan, sabiéndolo o no, en enviarle a un limbo gris fuera de la ciudad sobrenatural. Ama más quien sigue considerando atados al cuerpo místico de Cristo, aunque sea con los mínimos lazos disciplinares y externos, que quien los considera definitivamente arrancados a él, dejándoles sueltos de trabas, libres de llamamientos, cortados y olvidados.»

(35) El c. 1.016 dice: «El matrimonio de los bautizados se rige no sólo por el derecho divino, sino también por el canónico, sin perjuicio de la competencia de la potestad civil sobre los efectos meramente civiles del mismo matrimonio.»

El Estado puede ofrecer también sus propias normas matrimoniales a todos sus ciudadanos, y al mismo tiempo reconocer efectos civiles al matrimonio que se contraiga con arreglo al Derecho canónico, o al de otras confesiones religiosas.

Cabe, finalmente, que el ordenamiento jurídico estatal haga suyas las normas matrimoniales del Derecho canónico (si se trata de un país mayoritariamente católico), o del de otras confesiones religiosas, de suerte que las mismas personas que por Derecho eclesiástico están obligadas a la forma religiosa del matrimonio, lo estén también por el Derecho civil. Pero como pueden existir individuos que no pertenezcan a ninguna confesión, o a ninguna de las dominantes, o a la oficial en su caso, el Estado arbitra para ellos su propia forma matrimonial (36).

En el primero de los supuestos citados únicamente existirán matrimonios civiles o estatales; en el segundo habrá uniones religiosas con plenitud de efectos civiles, y uniones meramente civiles, también con plenitud de efectos, si bien puede ocurrir que algunas de estas últimas no sean tales para la Iglesia católica, por haber sido contraídas por quienes debían haberse casado canónicamente; en la tercera hipótesis se eliminan esas posibles divergencias apuntadas en el caso anterior, al ir paralelamente la norma jurídico-religiosa y el ordenamiento civil (37).

B) *Matrimonio civil obligatorio*.—Además de la Rusia soviética—cuyo sistema jurídico encaja tan difícilmente en los moldes occidentales (38)—, encontramos el matrimonio civil obligatorio en Francia y Alemania. En aquella, en virtud del principio sentado por la Constitución de 1791: «La loi ne considère le mariage que comme un contrat civil» (tít. II, art. 7.^o); en ésta, como consecuencia de la Ley de 6 de febrero de 1875, cuyos principios, sin embargo, no pasaron totalmente al B. G. B. (39).

(36) Es el matrimonio que el Cd. can. denomina *legítimo* en el c. 1.015 § 3.

(37) La triple posibilidad que hemos indicado coincide sustancialmente con la clasificación que expone LERHMANN: (*Lehrbücher und Grundrisse der Rechtswissenschaft. Deutsches Familienrechts*, 2.^a ed., Berlin, 1948; hay trad. esp. de la «Rv. de Der. Priv.» Madrid, 1953), quien nos dice que cuando el Estado crea una forma matrimonial de Derecho civil se habla de matrimonio civil, distinguiéndose entre *Matrimonio civil subsidiario* cuando esta forma se prevé únicamente para grupos determinados (disidentes, judíos), o para el caso de que el sacerdote niegue el matrimonio eclesiástico. *Matrimonio civil facultativo* (electivo), en que a los contrayentes se les deja la elección entre la forma eclesiástica y la civil. *Matrimonio civil obligatorio* en que el Estado sólo considera válido el matrimonio concluido de acuerdo con las formas por él establecidas» (obra cit., pág. 45 de la ed. esp.).

(38) Cfr. *El matrimonio en la legislación soviética*, GARCÍA BARBERENA, TOMÁS: REDC, 1949, II, págs. 383 y ss.

(39) Nos dice en efecto LERHMANN que si no se hubieran hecho algunas concesiones al partido del Centro (católico), hubiera peligrado la aprobación del B. G. B. Cita entre aquellas: el utilizar la expresión «matrimonio civil» en lugar de «matrimonio» simplemente a fin de no excluir la posibilidad del matrimonio religioso; la inserción del llamado «parágrafo del Kaiser» (el 1.588); hacer recaer la esencia del acto en la mutua entrega de los contrayentes en

Parece interesante recoger testimonios de juristas de ambos países sobre su experiencia del matrimonio civil obligatorio. En Francia, escriben Planiol, Ripert, Boulanger (40), la mayor parte de las personas no se consideran casadas sino después de la ceremonia religiosa, pues para ellas la celebración civil es una formalidad necesaria para la constatación legal de la unión, pero rehúsan considerar que el cambio de consentimientos delante del oficial del Estado civil pueda responder a la naturaleza del matrimonio, hasta el punto de que se acostumbra a denominar *matrimonios civiles* solamente aquellos que no han sido seguidos del matrimonio religioso. Por su parte, Lehmann hace notar que (41) «el matrimonio, como íntima unidad de vida entre dos personas que con la propagación de la especie participan de la divina fuerza creadora, es por ello mismo también una vinculación de carácter religioso», y que «sería compatible que el Estado confiara a otra potestad—la Iglesia—los detalles relativos a los supuestos y formas de la conclusión del matrimonio, tal como aconteció durante toda la Baja Edad Media».

C) *Matrimonio civil facultativo o de elección*.—Suele ser el resultado de Concordatos o acuerdos con la Santa Sede, y entre los países que lo adoptan figuran Italia y Portugal (42), siendo particularmente interesante la regulación del llamado «matrimonio concordatario» (43), en el primero de los países citados.

En el Derecho italiano podemos observar el fenómeno apuntado por Romero Vieitez (44), consistente en la posibilidad de «señalarse con existencia objetiva, al lado del matrimonio canónico propiamente dicho, otro matrimonio canónico especial con eficacia civil, regido no solamente por el Derecho de la Iglesia, sino por normas especiales del Derecho positivo del Estado».

Hasta 1929, y desde la unificación legislativa, rigió en Italia el matrimonio civil obligatorio. El 11 de febrero de 1929 se firmó el Concordato o Pacto lateranense, cuyo artículo 34 iba a instaurar

lugar de referirse al pronunciamiento del funcionario; y admitir la separación de cuerpos junto al divorcio vincular. (Obra cit., págs. 45 y ss. de la ed. esp.)

(40) *Traité élémentaire de Droit civil*, 5.ª ed. 1950, I, págs. 284 y ss.

(41) Obra cit., pág. 43.

(42) Este estado es incluido por LEHMANN entre los que establecen matrimonio civil obligatorio; parece, sin embargo, que este autor desconoce el Decreto portugués de 25 de julio de 1940, dictado en aplicación o desenvolvimiento del Concordato con la S. S. de ese mismo año; en el art. 1.º del Decreto se declara facultativo para todos los portugueses el contraer matrimonio canónico o civil (naturalmente que la elección sólo es posible para los portugueses bautizados, pues para los no bautizados el matrimonio civil es obligatorio). El contraste entre el matrimonio concordatario y el meramente civil es aquí muy fuerte, pues este último admite el divorcio vincular.

(43) MAGNI, CESARE: *Gli effetti civili del matrimonio canonico*. Padova, 1948, prefiere esta denominación a la de «matrimonio concordatario».

(44) M. A. ROMERO VIEITEZ: *Las normas de Derecho matrimonial promulgadas por el nuevo Estado español*, RDP 1941, pág. 77, nota 41. El subrayado es nuestro.

un régimen matrimonial, sustancialmente vigente todavía, pues en el artículo 82 del nuevo Código civil se dice: «Il matrimonio celebrato davanti a un ministro del culto cattolico è regolato in conformità del Concordato con la Santa Sede e delle leggi speciali sulla materia», legislación especial constituida fundamentalmente por la Ley de 27 de mayo de 1929, vigente a excepción de sus cuatro primeros artículos. Por la Ley de 24 de junio de 1929 se reglamentó también el ejercicio de los cultos admitidos en el Estado italiano (45), y el matrimonio celebrado ante los ministros de esos mismos cultos, al que se refiere también el artículo 83 del Código civil.

En resumen—según sintetiza Messineo (46)—, en consonancia con la confesionalidad de los contrayentes y dentro de ciertos límites a libre elección de los mismos, tres son los regímenes matrimoniales con efectos civiles coexistentes y practicables en Italia:

a) El régimen fijado por el Derecho canónico, con tal que la celebración sea precedida, acompañada y seguida de determinados requisitos y actos. Rige para los que profesan el culto católico en cuanto se acojan al mismo, constituyendo el denominado matrimonio canónico-civil «concordatario», y mediante él se evita la duplicidad del rito de celebración.

b) El régimen practicable por quien profesa un culto acatólico admitido por el Estado (principalmente los cultos protestantes y el judío), con tal que la celebración siga un determinado procedimiento, distinto del caso anterior y caracterizado por una función más penetrante de la transcripción que la aproxima al simple matrimonio civil.

c) El régimen fijado por la ley civil, que en principio podría denominarse de los aconfesionales, pero que también puede utilizar cualquiera, pues para la ley civil no es obligatorio que el que profesa un culto siga el correspondiente rito de celebración del mismo. Se trata, en consecuencia, del matrimonio exclusivamente civil (47).

Por lo que se refiere al matrimonio canónico, la Ley de 1929 establece determinados requisitos para que produzca efectos civiles. Su artículo 6.º ordena al párroco ante el que vaya a contraerse que solicite también la publicación del matrimonio ante el oficial del Estado civil, el cual—a tenor del artículo 7.º—debe certificar que no resulta la existencia de causas que se opongan a la celebración de un matrimonio válido a efectos civiles; pero si se formula oposición, no puede expedir el certificado del *nulla osta*, comunicándolo así al párroco. La ley civil italiana regula los

(45) Téngase en cuenta la advertencia de la nota 5 sobre el régimen de relaciones entre la Iglesia y el Estado en Italia.

(46) *Manuale di Diritto civile e commerciale*, 7.ª ed., 1, pág. 403.

(47) Advierte MESSINEO que en tanto esté vigente el Concordato y la Ley de Cultos admitidos el ordinamento del matrimonio civile... costituisce un tronco morto, quasi del tutto privo d'applicazione e per il quale manca l'elaborazione giurisprudenziale.

impedimentos de modo algo diverso que la canónica, pudiendo resultar que un matrimonio válido para la primera no lo sea para la segunda, y viceversa; por ejemplo, en el Código civil ni en el orden sagrado ni la solemne profesión religiosa dirimen el matrimonio, mientras que otro matrimonio anterior de cualquiera de los contrayentes, que sea válido civilmente, o entre los mismos esposos, igualmente válido (cfr. art. 12, núms. 1.º y 2.º de la Ley citada), impiden la transcripción y la consiguiente producción de efectos civiles del matrimonio posterior. Otra especialidad importante establece el artículo 8.º: «el ministro del culto ante el cual se celebra el matrimonio debe explicar a los esposos los efectos civiles del matrimonio, dando lectura a los artículos 143, 144 y 145 del Código civil». El acta matrimonial se redacta inmediatamente en ejemplar doble, uno de los cuales se entrega al oficial del Estado civil para su transcripción. Debidamente realizada ésta, el matrimonio canónico válido produce desde su celebración los mismos efectos que el matrimonio civil (art. 5.º).

Si en la doctrina se observa (48) que, por lo general, la regulación civil del matrimonio se hizo imitando (49) la forma matrimonial canónica, en el Derecho italiano quizá pudiera verse una actitud contraria, a saber, un esfuerzo del Estado por «nacionaliza» el matrimonio canónico, convirtiendo, en cierto sentido, al párroco en oficial del Estado civil, cuyas funciones parcialmente cumple (50). Sin duda, por esta razón Messineo (51), tratando de la naturaleza jurídica del matrimonio concordatario, niega que se haya producido un «reenvío recepticio», en virtud del cual el Estado hubiese hecho suyas, incorporándolas entre sus normas, las del ordenamiento matrimonial canónico. Por el contrario, prosigue el mismo autor, se ha mantenido el ordenamiento matrimonial italiano, tanto en el derogado como en el nuevo Código; deo entenderse—concluye—que «con la Ley matrimonial de 1929 el Estado italiano ha hecho una *remisión* formal al ordenamiento

(48) Respecto del actual ordenamiento matrimonial francés opinan PLANIOL-RIPERT-BOULANGER (obra cit., I, 283) que «les règles actuelles du mariage civil se rapprochent plus de celles du droit canonique que ne le faisait le Code Napoléon»; por lo que se refiere a nuestra Patria, COVIAN afirma (art. *Matrimonio civil*. Enc. Jur. esp. XXII, 4) que «en nuestra primitiva Ley de Matrimonio civil, y no se diga nada en el Código, por altas razones de conveniencia, se ha procurado al posible acercar las leyes seculares con las disposiciones canónicas», y DUALDE: (*Los imperativos contractuales*, ADC, II-2.º, pág. 528), escribe: «Los artículos 56 y 57 del Código civil ofrecen una enumeración de los deberes conyugales, cuyo peso espiritual revela el art. 100 al prescribir que se lean en el momento de la contracción del matrimonio, sin duda en sustitución de la epístola de San Pablo...»

(49) Pero las ceremonias propias del matrimonio civil no son aptas para atraer la atención de los cónyuges sobre la gravedad del acto que están realizando; sin embargo, todas las tentativas hechas en Francia para dar mayor esplendor a esa ceremonia han fracasado. Cfr. lo que dicen PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, obra cit. I, pág. 287.

(50) Compárese por ej. art. 107 C. con art. 8.º, pár. 1.º de la ley citada.

(51) Obra, tomo y ed. citados, pág. 419.

matrimonial canónico, en el sentido de que ha reconocido la competencia exclusiva de la Iglesia católica para disciplinar con sus normas actuales, o con las que puedan existir en el futuro, el matrimonio que ella considera como sacramento, pero reservando a la transcripción del acta de matrimonio—de la exclusiva competencia del Estado—la atribución de los efectos civiles al matrimonio canónico».

D) *Matrimonio civil subsidiario*.—Es el sistema que la doctrina dominante entiende instaurado en España por el artículo 42 del Código civil.

E) *Historia del matrimonio civil en España*.—El establecimiento del matrimonio civil obligatorio, con la consiguiente introducción de la institución misma en nuestro ordenamiento, tuvo lugar en un período revolucionario; y parece que las turbulencias que acompañaron su nacimiento presidieron también su posterior evolución, pues siempre se han discutido con apasionamiento estas cuestiones, y concretamente la de las personas sometidas a esta forma matrimonial.

Para una mejor comprensión del problema parece conveniente estudiar las sucesivas fases por que esta institución ha pasado en nuestra patria; y para lograr la máxima objetividad, nos limitaremos casi exclusivamente a reproducir los textos legales respectivos sin apenas referencias doctrinales, lo que no impedirá que al final de este trabajo sentemos las conclusiones que se deduzcan de esta evolución legislativa.

1. *Ley provisional de matrimonio civil, de 18 de junio de 1870*.—De su artículo 2.º se desprende que obliga a todos los españoles, bautizados o no, pues celebrado el matrimonio en forma distinta de la prevista en la misma Ley «no producirá efectos civiles con respecto a las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes».

Su preámbulo reconoce la legitimidad de la legislación religiosa del matrimonio, pero, inspirada la Ley en la tesis de la separación del sacramento y del contrato, regula este último con total independencia de aquél. En su disposición final ordena que «el conocimiento y decisión de todas las cuestiones a que diere margen la observancia de esta Ley, corresponderá a la jurisdicción civil ordinaria, según la forma y el modo que se establezcan en las leyes de Enjuiciamiento civil. Las sentencias y providencias de los Tribunales eclesiásticos sobre todo lo que constituye el objeto de esta Ley no producirá efectos civiles. El único punto de conexión con la legislación canónica puede decirse que es la admisión de la ordenación sagrada y de la profesión solemne como impedimentos no dispensables por el Gobierno (art. 5.º, número 2.º); pero el artículo 8.º del Decreto de 1 de mayo de 1873 restringió bastante su alcance al disponer que tales impedimentos no se aplicarán—esto es, no obstarán el matrimonio—«en el caso

de que el interesado manifieste por escrito, ante la Audiencia judicial, que ha dejado de pertenecer a la Iglesia católica».

Vemos, pues, que el sistema matrimonial implantado por la Ley de Matrimonio civil es típicamente de matrimonio civil obligatorio. A lo dicho no se opone la atenuación introducida por la Circular de 20 de junio de 1874, que fué motivada por la enorme resistencia del pueblo al cumplimiento de aquella Ley (52).

2. *Decreto de 9 de febrero de 1875*.—En su preámbulo se hace referencia al «desacuerdo lamentable entre la opinión pública, inspirada por la fe religiosa y por el influjo de inveteradas costumbres, y los preceptos y declaraciones de la ley reciente sobre el matrimonio civil; desacuerdo que inquieta las conciencias, estimula a la inobservancia de la misma ley, con grave perjuicio de los derechos de familia, y hace al fin recaer los efectos de ella con notoria injusticia sobre víctimas inocentes», de donde resulta para el Gobierno «el deber imperioso de apresurarse a restablecer la conveniente armonía entre la legislación civil y la canónica en punto al matrimonio de los católicos, devolviendo a este Santo Sacramento todos los efectos que le reconocían nuestras antiguas leyes, y restituyéndolo a la exclusiva jurisdicción de la Iglesia», sin olvidar tampoco los efectos civiles «que han de reconocerse a los matrimonios meramente canónicos y a los consorcios exclusivamente civiles celebrados bajo el imperio de la misma ley». Para el futuro, «el Gobierno, a la vez que deroga en cuanto al matrimonio católico la Ley de 1870, con excepción de un solo capítulo que contiene únicamente y mejora disposiciones de carácter civil, no puede menos de dejarla subsistente en cuanto al consorcio de la misma índole que hayan contraído o lleguen a contraer los que, no profesando la religión de nuestros padres, estén imposibilitados de santificarlo con el Sacramento».

Consecuentemente, se establece:

Art. 1.º «El matrimonio contraído o que se contrajera con arreglo a los sagrados Cánones producirá en España todos los efectos civiles que le reconocían las leyes vigentes hasta la promulgación de la provisional de 18 de junio de 1870.

Los matrimonios canónicos celebrados desde que empezó a regir dicha Ley hasta el día surtirán los mismos efectos desde la época de su celebración, sin perjuicio de los derechos adquiridos por consecuencia de ellos por terceras personas a título oneroso...

Art. 5.º «La Ley de 18 de junio de 1870 quedará sin efecto en cuanto a los que hayan contraído o contraigan matrimonio ca-

(52) ROMERO VIEITEZ (loc. cit., págs. 69-70) pone en duda la afirmación corriente de ser la Ley del 70 la primera en introducir en España el matrimonio civil único, pues a la vista de la Orden-Circular de 1874 «es claro que este matrimonio religioso producía un efecto civil cuando menos: dar lugar al impedimento civil del vínculo». Es indudable, sin embargo, que hasta la mencionada Orden-Circular—que acaso iba contra el espíritu y la letra de la misma ley—no hay base legal para sostener semejante afirmación.

nónico, el cual se regirá exclusivamente por los sagrados Cánones y las leyes civiles que estuvieren en observancia hasta que se puso en ejecución la referida Ley.

Exceptúanse tan sólo de esta derogación las disposiciones contenidas en el capítulo V de la misma Ley, las cuales continuarán aplicándose cualquiera que sea la forma legal en que se haya celebrado el contrato del matrimonio.»

En cuanto a los matrimonios meramente civiles, el artículo 6.º ordena que «las demás disposiciones de la Ley de 18 de junio de 1870 no exceptuadas en el segundo párrafo del artículo anterior serán sólo aplicables a los que, habiendo contraído matrimonio civil, omitieren celebrar el matrimonio canónico, a menos que estuvieren ordenados *in sacris* o ligados con voto solemne de castidad en alguna orden religiosa canónicamente aprobada, los cuales, aunque aleguen haber abjurado de la fe católica, no se considerarán legítimamente casados desde la fecha de este Decreto, pero quedando a salvo, en todo caso, los derechos consiguientes a la legitimidad de los hijos habidos o que nacieren dentro de los trescientos días siguientes a la fecha de este Decreto, los de la potestad paterna y materna y los adquiridos hasta el día por consecuencia de la sociedad conyugal que habrá de disolverse».

De lo transcrito no aparece plenamente claro qué personas están sujetas a la forma civil del matrimonio, a partir de este Decreto, de evidente finalidad restauracionista. Derogada la Ley del 70 en cuanto al carácter obligatorio del matrimonio civil, no existe ningún precepto que nos diga las personas que pueden y deben utilizar la forma civil del matrimonio. Implícitamente, y a *sensu contrario*, podía encontrarse una respuesta en el párrafo primero del artículo 5.º, que se refiere a los sagrados Cánones y a las leyes civiles que estuvieren en observancia hasta la entrada en vigor de la Ley del 70. También en el preámbulo se alude a quienes están imposibilitados de contraer matrimonio religioso por no profesar la religión católica (53). Pero la Real Orden de 27 de febrero de 1875, apartándose en cierto sentido de los sagrados Cánones, vino a sentar un criterio que había de perdurar hasta 1941, disponiendo que los Jueces municipales sólo pueden autorizar los matrimonios de aquellos que ostensiblemente manifiesten no pertenecer a la Iglesia católica.

3. *Código civil*.—La tercera etapa de esta accidentada evolución, está constituida por la vigencia del Código civil, que todavía perdura tras la suspensión en el segundo período republicano, y que presumiblemente se halla en vías de modificación en este punto después del Concordato con la Santa Sede.

(53) Si el matrimonio civil se reserva a los que no pueden casarse por la Iglesia, es obvio que para contraerlo no basta alegarlo, sino demostrarlo. Obsérvese que el preámbulo utiliza ya la expresión «profesar la religión católica» que encontraremos en el art. 42 del Código civil.

El título IV de su libro primero se rotula *Del matrimonio*, y en su seno se cobijan tres capítulos, en disposición aparentemente sencilla, pero en el fondo bastante compleja (54), y que llevan por enunciados, respectivamente: *Disposiciones generales*, *Del matrimonio canónico* y *Del matrimonio civil*. Como preceptos fundamentales en la materia, nos encontramos con los artículos 42, 75 —completado con el Decreto de 9 de enero de 1908, que concedió el «pase» al Decreto *Ne temere*, y con el Real Decreto de 19 de mayo de 1919, que lo otorgó al *Codex Iuris canonici*—y 86.

¿Qué sentido y alcance debe darse al artículo 42? Rechazamos, por absurda, la interpretación que sostiene que el «deber» que este precepto formula no es jurídico, sino meramente de conciencia. La doctrina civilista reciente coincide en afirmar que el artículo 42 instaura el sistema de matrimonio civil subsidiario o de necesidad. Ahora bien, ¿debe entenderse que las mismas personas que por Derecho canónico están obligadas a contraer matrimonio de esta clase lo están también por el Derecho civil, de suerte que son inhábiles para casarse civilmente, o, por el contrario, la obligatoriedad civil es más atenuada que la canónica?

El problema es delicado, pues afecta a la conciencia, no sólo de los que han de contraer matrimonio, sino de los jueces que tienen a su cargo intervenir en la celebración de los matrimonios civiles. La base 3.^a de la Ley de 11 de mayo de 1888—reproducida casi literalmente en este precepto—parece que fué el resultado de una transacción entre los partidarios de una y otra forma de matrimonio, siendo negociada oficiosamente con la Santa Sede (55).

En el fondo, teniendo en cuenta el propósito restaurador de la legalidad anterior a la Ley del 70, que animaba el Decreto de 1875, creemos que late la doctrina canónica—la del capítulo *Tameisi*, por tanto, vigente a la sazón—sobre las personas sujetas a la forma canónica del matrimonio, determinándose por exclusión los sometidos a la civil. Lo que ocurre es que la expresión literal no concuerda con el espíritu de la ley (56); y de aquí la reserva de

(54) GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, M., califica de «confuso» al título IV del libro primero de nuestro Código civil (*La institución matrimonial*).

Sorprende, ciertamente, que sólo la sección segunda del capítulo primero lleve por título el de «disposiciones comunes a las dos formas de matrimonio», pues de no aplicarse también a las dos formas de matrimonio que el Código regula las secciones tercera a quinta, sobre el epígrafe del capítulo primero, a menos que sea el contenido de tales secciones meramente programático o filosófico; además, más adelante—artículos 76 y 81—se hace precisa una referencia a las citadas secciones cuarta y quinta, lo que prueba su aplicación a las dos formas de matrimonio.

(55) Que dió la siguiente respuesta: «Su Santidad aprueba todo cuanto en las dos partes de la Base se refiere al matrimonio entre católicos. La Santa Sede deja al Estado regular los efectos civiles del matrimonio. Con la siguiente aprobación no se entiende del mismo modo prejuzgada la doctrina de la Iglesia acerca del matrimonio de los heterodoxos; pero el Santo Padre podrá tolerar que el Gobierno adopte las disposiciones oportunas.» La tomamos de R. VIEITEZ, locución cit., pág. 77, nota.

(56) «Profesar en religión» tiene más acusado matiz jurídico (cfr. art. 83,

la Santa Sede sobre el matrimonio de los heterodoxos; y de aquí también el que, a lo largo de su vigencia, se hayan podido mantener interpretaciones que en realidad significaban la instauración de un sistema matrimonial de tipo facultativo, contrario a nuestra tradición jurídica.

En nuestra opinión, creemos que puede sostenerse que el artículo 42, al menos en cuanto a las personas sujetas a la forma canónica, estableció una verdadera recepción material del Derecho de la Iglesia católica.

Recepción material (57) que aún más claramente alienta en el artículo 75 del Código civil, no obstante el parecer contrario de Romero Vieitez (58).

Finalmente, si el artículo 86 del mismo Cuerpo legal no exige ningún requisito para contraer matrimonio civil, ello es debido a que se remite al artículo 42 («los que con arreglo al artículo 42 hubieren de contraer matrimonio en la forma determinada en este Código...»), del cual, según hemos indicado, resulta, por exclusión, quienes pueden contraerlo.

La imprecisa expresión terminológica del artículo 42 ha permitido que, según las concepciones político-religiosas de los partidos turnantes en el Poder, se exigiese con mayor o menor rigor la forma matrimonial canónica y, en consecuencia, se diera mayor o menor extensión subjetiva al matrimonio exclusivamente civil.

Gobernando el partido conservador recae la Real Orden de 28 de diciembre de 1900 que niega el matrimonio civil a quien no

4.º, 237, núm. 12 del C. c.) que «profesar la religión católica». Esta última es más bien una expresión tomada del lenguaje corriente, que alude a una actitud personal, activa y exteriorizada, en relación con determinada religión, pero dice poco de la existencia o no de una vinculación jurídica a una sociedad religiosa. Apurando un poco el argumento pudiera decirse que alguno profesa el catolicismo (asiste a su culto, acepta sus dogmas, etc.) sin estar aun bautizado, y, por tanto, jurídicamente vinculado a la Iglesia Católica; en tanto que puede haber bautizados en ella que actualmente, de hecho, no profesan el catolicismo, no obstante seguir vinculados jurídicamente a la misma.

(57) Por lo tanto, no meramente formal como vimos ocurría en Italia, y en sentido inverso en el propio Derecho canónico (cfr. canon 1.529). Sobre esta última remisión, vide FUENMAYOR, AMADEO DE: *La recepción del derecho de obligaciones y de contratos operada por el Codex Iuris Canonici* en REDC, 1949, I, pág. 295, especialmente pág. 301.

(58) Loc. cit., pág. 77.

Pero está expresado antes de la Orden de 10-11-1941, pues si bien la mención y estudia, lo hace patentemente después de escrito su magnífico estudio, en una adición al mismo posterior.

Si algo quiere decir que las normas matrimoniales canónicas están admitidas como leyes del reino, significa precisamente esa recepción material de que hablamos nosotros. Es cierto que el Codex no está admitido como ley del reino, pero hacerlo en su totalidad sería un absurdo. Por otro lado, en la doctrina del c. 1.099—como observa PERE RALUY, loc. cit., pág. 5—está casi íntegramente reproducida la anterior doctrina que si es ley del reino, y no puede desconocerse que en el espíritu del art. 75 está contenida la posterior legislación canónica sobre esta materia, y así se interpreta paralelamente por la doctrina italiana. (Cf. MESSINZO, obra y tomos citados, pág. 419).

manifiesta, ante el encargado del Registro civil competente, que no profesa la Religión católica; en uno de los considerandos de su preámbulo se sienta la doctrina siguiente:

«... que impuesta por el legislador a los que profesan la Religión católica y quieran contraer matrimonio la forma y requisitos establecidos por la legislación canónica, es evidente que los funcionarios del Estado no pueden acceder a las pretensiones de los que solicitan la celebración del matrimonio en la forma meramente civil, que ordena el Código, *sin que los futuros contrayentes aseguren bajo su palabra que no profesan* aquella Religión, y que por este motivo no vienen tampoco obligados a observar la forma canónica, a fin de evitar la responsabilidad que en caso contrario pudiera exigírseles autorizando acto de tanta trascendencia que adoleciese del vicio de nulidad, con estricta sujeción al artículo 4.º del Código civil;

que de acuerdo con esta interpretación se han dictado 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 profesen la Religión católica...» (59).

Bajo los liberales, siendo ministro el Conde de Romanones, se dicta la Real Orden de 27 de agosto de 1906, que por la Circular de 31 de agosto del mismo año se manda escrupulosamente cumplir (60).

Con un extremado radicalismo se resuelve que «no se exija a los que pretendan contraer matrimonio civil, conforme a las disposiciones de los artículos 86, 89 y siguientes del Código civil *declaración alguna relativa a la religión que profesan*, ni más requisitos que los que la ley taxativamente establece».

Como fundamentos de esta Resolución se aducen los siguientes:

«Que la Real Orden de 28 de diciembre de 1900... no es aplicación general, refiriéndose tan sólo a un caso especial.

Que la disposición del artículo 42 del mencionado Código no establece un precepto que amengüe en lo más mínimo la libertad de los católicos para adoptar una de las dos formas de matrimonio que autoriza la ley, sino que, rectamente interpretada, constituye la proclamación del debido respeto a la solemne y tradicional ritualidad que más puede satisfacer la conciencia de los que pro-

(59) De prosperar esta interpretación, de hecho queda a expensas de una declaración incontrolada la forma matrimonial, con lo cual en realidad se establece el sistema de matrimonio civil facultativo, contra lo que entiende la generalidad de la doctrina y fué propósito del legislador, o al menos, se darán lugar a matrimonios civiles que la Iglesia no reconocerá como tales. Admite esto último ROMERO VIZTEZ (loc. cit., pág. 69, nota 10).

(60) Disposiciones muy alabadas por COVIÁN en su trabajo citado. Este autor postula en realidad el matrimonio civil obligatorio, partiendo de la errónea separación entre el sacramento y el contrato. Afirma también que una de las aspiraciones de Canalejas era el restablecimiento de la Ley del 70 con la introducción del divorcio vincular.

fesan la Religión católica y que por profesarla tienen la obligación de orden moral (61) de contraer el matrimonio con sujeción a lo preceptuado por la Iglesia.

Que la exigencia de expresa declaración que determine la religión que se profesa por los contrayentes no se halla comprendida ni en los artículos 86 y 89 del Código civil, ni en cuantos se refieren a la forma de celebrar el matrimonio meramente civil, ni la falta de estos requisitos ha sido considerada causa de nulidad entre las que determina dicho Código.

Que la interpretación en este sentido de la invocada disposición se armoniza exactamente con las declaraciones que se hicieron al discutirse en el Congreso de los Diputados por los individuos de la Comisión que defendieron el Proyecto, se halla conforme con el espíritu que informa la Constitución y, a mayor abundamiento, se ajusta a la doctrina constante de que no es lícito establecer distinciones donde la ley no distingue.

Que no obstante lo dispuesto por la Real Orden antes mencionada... se han celebrado matrimonios civiles en distintos Juzgados sin el cumplimiento de tal requisito, cuya diferencia de criterio y de circunstancias en tan importante materia hace preciso la adopción de un criterio general que pueda y deba servir de norma en todos los casos.»

Criterio tan avanzado no podía prosperar, pues ello implicaba la implantación expresa del sistema de matrimonio civil facultativo, extraño, como sabemos, al espíritu del artículo 42. Y antes de transcurrir un año, la Real Orden de 28 de febrero de 1907 dejaba sin efecto la de 1906, alegando en sus fundamentos que:

«... la Real Orden emanada de este Ministerio en 27 de agosto último... excede del límite de las facultades ministeriales, por cuanto la aplicación e interpretación de los preceptos del Código en la materia están reservados a los Tribunales de Justicia, y su modificación o aclaración a las Cortes con el Rey.

Que además de manifestarse en el actual conflicto la dicha extralimitación ministerial, otras muchas y graves perturbaciones causarían hacer depender del variable arbitrio gubernativo los derechos de familia y tal vez la firmeza misma del vínculo conyugal, en razón de la formalidad y legalidad observadas en la celebración de cada matrimonio; asuntos de rigurosa justicia, atribuidos exclusivamente a los Tribunales.»

Derogada la Real Orden de 1906, se vuelve al criterio sentado por la Dirección General en 1900; criterio que se mantiene igualmente en la Resolución de 28 de julio de 1913. En esta última se afirma ser «criterio constante de interpretación del citado artículo 42, con reducidas y efímeras desviaciones, que la declaración

(61) Decir que los católicos solo tienen obligación moral de contraer matrimonio «sub forma» canónica, es desconocer el carácter jurídico del *Codex Iuris Canonici*.

hecha por ambos o por 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», y que no es admisible «otra prueba» del estado de conciencia que «la solemne declaración del interesado».

4. *Ley de 28 de junio de 1932.*—Implantada la segunda República era de prever un cambio de orientación en materia tan fundamental como el matrimonio, impuesto como consecuencia de la ideología de los partidos políticos dominantes. La Ley de 28 de junio de 1932 instauró, en efecto, el matrimonio civil obligatorio para todos los españoles, con carácter único en cuanto a la producción de efectos civiles.

Poco antes de la indicada fecha, la Orden ministerial de 10 de febrero del propio año había dispuesto:

«Se declara derogada la Real Orden de 28 de diciembre de 1900 y, en consecuencia, no se exigirá a los que soliciten la celebración del matrimonio civil declaración alguna respecto a sus creencias religiosas, ni de la religión que profesen.»

Como observa Romero Vieitez (62), esta Orden «redujo el artículo 42 del Código civil a mera advertencia, de cumplimiento relegado a la libre decisión de los particulares, y al derogar la Real Orden de 28 de diciembre de 1900... pasó... a un sistema de matrimonio civil facultativo. Pero la Constitución de 1931 imponía en rigor, como forma única con eficacia para el Derecho positivo español, el matrimonio civil» (63).

El artículo 1.º de la Ley de 28 de junio de 1932 declara: «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 capítulo III del libro primero del Código civil.

Como complemento de ello se establece en el artículo 4.º que «la jurisdicción civil es la única competente para resolver todas las cuestiones a que dé lugar la aplicación de esta ley... Las cuestiones relacionadas con la validez o nulidad de los matrimonios canónicos celebrados antes de la vigencia de ésta serán resueltas por los Tribunales civiles, que aplicarán las leyes canónicas con arreglo a las que fueron contraídos.»

Suprimidos los impedimentos de orden sagrado y profesión solemne, quedaba claramente establecido un sistema de unión civil obligatoria que ignoraba absolutamente el matrimonio religioso. Permitido el divorcio vincular por Ley de 2 de marzo de 1932, la legislación de la segunda República española fué más radical que la primera en su ataque a la concepción tradicional de la familia en España.

(62) Loc. cit., pág. 69.

(63) Obsérvese el parecido de esta Orden con la de 27 de agosto de 1906.

5. *Legislación del Nuevo Estado*.—Partiendo de supuestos ideológicos opuestos, el Estado nacido el 18 de julio de 1936 tenía que mostrarse radicalmente incompatible con la legislación matrimonial republicana. Sin consolidar todavía su victoria, por Ley de 12 de marzo de 1938 derogaba la de Matrimonio civil de 28 de junio de 1932 y las disposiciones dictadas para su aplicación. Por su parte, la Ley de 23 de septiembre de 1939 hace lo propio con la de Divorcio de 2 de marzo de 1932 y las disposiciones que la complementaron.

Sin embargo, en el punto que estamos estudiando, de qué personas están sujetas a la forma civil del matrimonio, se hace preciso distinguir en la legislación matrimonial del nuevo Estado tres etapas claramente definidas:

- a) Restablecimiento de la legalidad anterior a la República.
- b) Orden de 10 de marzo de 1941.
- c) Período postconcordatario.
- a) La disposición transitoria de la Ley de 12 de marzo de 1938 marca de modo claro y anuncia como inminente (64) la reforma del Código en la materia matrimonial; dice, en efecto, que «*hasta tanto se dicten nuevas normas, se declaran vigentes el título IV del libro primero del Código civil y todas las demás normas complementarias del mismo que estaban en vigor en la fecha de la publicación de la ley que se deroga*».

Romero Vieitez (65) ha observado que «la expresión de esta disposición final resulta claramente incorrecta: sólo parte del título IV del libro primero del Código civil había dejado de tener vigor; y en la fecha señalada de publicación de la Ley de Matrimonio Civil estaba vigente, por ejemplo, la Orden de 10 de febrero de 1932, que convertía el matrimonio civil de subsidiario en facultativo, la vigencia de la cual, contra el propósito del legislador, está reconocida literalmente en la fórmula usada».

Queda, pues, en vigor la *legislación vigente al tiempo de instaurarse la República*, que es lo que, sin duda, quiso decir el legislador. Componen aquélla fundamentalmente los preceptos del título IV del Código, complementados por las Reales Ordenes de 28 de diciembre de 1900, 28 de febrero de 1907 y 28 de julio de 1913.

En ejecución de la Ley de 1938 se dictó la Orden del Ministerio de Justicia de 22 de marzo del mismo año, que textualmente dice lo siguiente:

«En aplicación de la Ley de 12 de marzo de 1938, derogatoria de la de 28 de junio de 1932 debe proveerse sin demora a la solución de los expedientes de matrimonio civil pendiente y que deseen llevar a su fin los interesados.

(64) Hay escritores que parecen desconocer este matiz de transitoriedad insistiendo en el carácter de *restablecimiento* de la anterior ordenación jurídica. Así, por ejemplo, LUNA (trab. cit., págs. 34-36). No cabe duda que, ya para entonces, se preveía por el Gobierno un futuro Concordato con la Santa Sede.

(65) Loc. cit., pág. 77.

Teniendo presente que el artículo 42 del Código civil impone claramente y lo abonan uniformes Resoluciones, el matrimonio canónico a cuantos españoles profesen la Religión católica, debe exigirse para autoriar la celebración del matrimonio civil la declaración expresa de no profesar la Religión católica por ambos contrayentes, o al menos por uno de ellos...

En su virtud dispongo:

Artículo 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 los españoles.

Art. 2.º Para reanudarse la tramitación de dichos expedientes, deberá proceder instancia de las partes interesadas, considerándose fenecidos los expedientes cuyo seguimiento no se inste en el plazo de treinta días, a partir de la publicación de la presente Orden.

Art. 3.º La tramitación de los expedientes referidos deberá sujetarse a las normas del artículo 100 del Código civil, con todos los requisitos en él comprendidos.»

De la lectura de esta Orden se desprende una doble consecuencia: 1.º Que, en principio, sólo atiende a una finalidad de derecho transitorio: destino que debe darse a los expedientes de matrimonio civil pendientes al tiempo de promulgarse la Ley de 1938. 2.º Que implícitamente es posible ver en ella una pauta para el futuro.

Seguimos, al parecer, en la misma línea de interpretación que la Real Orden de 1900 y concordantes, y cabe, por tanto, reproducir aquí los reproches que a aquélla se hacen (66).

La misma orientación perdura—si bien toca este punto incidentalmente—la Orden de 8 de marzo de 1939, referente a la nulidad de inscripciones en el Registro civil durante la dominación roja; en su artículo 2.º, letra G) se dice que la Orden de 22 de marzo anterior interpretó el artículo 42 del Código civil «en el sentido tradicionalmente admitido».

b) Una segunda e importante etapa se abre con la Orden del Ministerio de Justicia de 10 de marzo de 1941, dictada con deliberación del Consejo de Ministros, y cuyo tenor literal es el siguiente:

«Artículo 1.º Los Jueces Municipales (ahora Comarcales y de Paz también) no autorizarán otros matrimonios civiles que aquellos que, habiendo de contraerse por quienes no pertenezcan a la Religión católica se pruebe documentalmente la acatolicidad de los contrayentes o, en el caso de que esta prueba documental no fuere

(66) GIMÉNEZ FERNÁNDEZ imputa a esta Orden una técnica defectuosa y desdichada, al par de constituir «una clara infracción del derecho de la Iglesia».

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.

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

La técnica de esta Orden no es muy depurada, pero su significado no es otro que la recta interpretación del artículo 42, tal como la hemos propugnado anteriormente, y como no lo habían hecho las Reales Ordenes de 1900, 1906 y 1907.

Así ha podido decir la Resolución de 17 de abril de 1950—en una consulta sobre matrimonio en el extranjero de españoles acatólicos—que «el artículo 42 del Código civil, al reconocer las dos formas, canónica y civil, de celebración del matrimonio, sienta una norma de carácter interpersonal, cuyo cumplimiento exige que para la aplicación de la forma civil se justifique la condición de acatólicos de los contrayentes, debiendo entenderse por tales, en consonancia con el artículo 75 del Código civil, que acoge plenamente el derecho matrimonial de la Iglesia, los que no hubieran sido bautizados en la Iglesia católica». Y la de 28 de junio de 1951 declara «no ser prueba suficiente de la acatolicidad de los contrayentes la certificación acreditativa de que los mismos fueron bautizados en la fe evangélica», pues constaba que antes habían recibido el bautismo en la Iglesia católica; y demostrado este hecho, se impone la denegación del matrimonio civil solicitado, con independencia de las restantes pruebas que aporten, salvo la de la dispensa concedida por la Iglesia católica de la forma matrimonial canónica, en cuyo caso ya se podría probar «acatolicidad» documentalmente a estos efectos (67).

Comentando la Orden citada de 1941 dice Romero Vieitez (68) que «acorta las distancias entre el Derecho general de la Iglesia católica y el civil español... Rectifica la interpretación anterior del artículo 42 del Código civil», cuya interpretación «debe ser relacionada con el canon 1.099 del *Codex Iuris Canonici*». Creemos que el propósito de esta Orden era no ya el de acortar las distancias, sino el de suprimirlas.

Se ha puesto en duda la legalidad de la introducción de una nueva causa de nulidad no prevista en el artículo 101 del Código civil (69), así como la legalidad de la Orden misma; objeción esta

(67) La Resolución de 28 de junio de 1951 parece tener el carácter de comunicada, pues no aparece en el Anuario de la Dirección, ni está recogida en la obra de LOZANO SERRALTA, M.: *Legislación del Registro civil*. Madrid, 1952. Nosotros la tomamos del trabajo citado de LUNA.

(68) Loc. cit., pág. 183.

(69) Hay que reconocer que el art. 101 no prevé esta causa de nulidad del matrimonio civil, que, por tanto, la objeción es fundada; a no ser que se pense que el art. 83-1.º deba ser puesto en relación con el 42, en cuyo caso aquel debía entenderse redactado así: «No pueden contraer matrimonio: 1.º Los varones menores de catorce años cumplidos y las hembras menores de doce también cumplidos, aunque se trate de no bautizados en la Iglesia Católica.»

última que, dada su trascendencia, nos obliga a detenernos en su análisis.

Luna (70) sostiene que la Orden de 10 de marzo de 1941 infringió la Ley de 12 de marzo de 1938, la cual restableció en su disposición transitoria la legalidad vigente al promulgarse la segunda Ley de Matrimonio Civil, entre cuyas normas ninguna exigía los requisitos que previene la Orden impugnada; por otro lado, continúa el propio autor, si bien el artículo 4.º de la Ley de 1938 autorizó al Ministerio para dictar las normas de ejecución de la ley, no le autorizó para infringirla.

Pues bien: no obstanté los argumentos aparentemente convincentes de Luna, creemos que no puede ponerse en duda la legalidad de la Orden de 1941, y las facultades del Ministerio de Justicia para interpretar—como antes lo había hecho—el artículo 42 del Código civil, dando instrucciones a los funcionarios encargados de los Registros civiles para la celebración del matrimonio civil.

Abonan esta postura las siguientes consideraciones:

La Ley de 1938 se limitó a restablecer, con cierto carácter de transitoriedad, la legalidad vigente al advenir la segunda República.

Con ello no elevó de rango jurídico a las disposiciones que formaban esa legalidad, sino que cada una de ellas conservó—como es obvio—el que la otorgaba la forma de su promulgación.

El citado restablecimiento se hacía con vistas a una futura modificación de la legislación matrimonial española.

Si bien la Orden de 22 de marzo se dictó en ejecución de la Ley de 1938, no sucedió lo mismo con la de 10 de marzo de 1941.

El Ministerio de Justicia podía derogar las disposiciones administrativas vigentes al instaurarse la segunda República sin infringir la Ley de 1938.

No hay, pues, contradicción entre esta Ley y aquella Orden, ni dilema legal alguno (71), pudiendo los Juzgados de Paz, Comarcales y Municipales tenerla en cuenta, sin temor a violar la Ley de 1938.

c) En el momento en que escribimos estas líneas una interrogante se abre en la legislación española sobre el matrimonio, pues una vez firmado el Concordato, el Gobierno español tiene plazo hasta el 28 de agosto de 1954 para dictar las normas necesarias para su ejecución, sin perjuicio (ver art. 36, párr. 2.º) de que automáticamente, con su entrada en vigor, hayan quedado derogadas toda clase de disposiciones que en cualquier forma se opongan al mismo.

(70) Loc. cit., pág. 34.

(71) Dilema que plantea LUNA (pág. 34): «Hoy los Juzgados se encuentran en el dilema de cumplir la Orden Ministerial de 10 de marzo de 1941, infringiendo el Código civil y sus disposiciones complementarias, hasta el 28 de junio de 1932, o cumplir el Código, infringiendo la Orden tantas veces repetida.»

Por lo que se refiere al tema de nuestro estudio, no parece, sin embargo, difícil anticipar qué personas quedarán sometidas en la nueva legislación a la forma civil del matrimonio.

No constituye novedad la declaración del artículo 23 del Concordato, disponiendo que «el Estado español reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico», pues tal reconocimiento está contenido en el artículo 76 del Código civil; en el Protocolo final se hacen algunas explicaciones de este precepto: «Declaración en relación con el artículo 23. A) Para el reconocimiento por parte del Estado de los efectos civiles del matrimonio canónico, será suficiente que el acta del matrimonio sea transcrita en el Registro civil correspondiente. Esta transcripción se seguirá llevando a cabo como en el momento presente. No obstante, quedan convenidos los siguientes extremos: 1. En ningún caso la presencia del funcionario del Estado en la celebración del matrimonio canónico será considerada condición necesaria para el reconocimiento de sus efectos civiles. 2. La inscripción de un matrimonio canónico que no haya sido anotado en el Registro inmediatamente después de su celebración podrá siempre efectuarse a requerimiento de cualquiera de las partes o de quien tenga un interés legítimo en ella. A tal fin será suficiente la presentación en las oficinas del Registro civil de una copia auténtica del acta de matrimonio extendida por el párroco en cuya parroquia aquél se haya celebrado. La citada inscripción será comunicada al párroco competente por el encargado del Registro civil. 3. La muerte de uno o de ambos cónyuges no será obstáculo para efectuar dicha inscripción. 4. Se entiende que los efectos civiles de un matrimonio debidamente transcrito regirán a partir de la fecha de la celebración canónica de dicho matrimonio. Sin embargo, cuando la inscripción del matrimonio sea solicitada una vez transcurridos los cinco días de su celebración, dicha inscripción no perjudicará los derechos adquiridos legítimamente por terceras personas.» Lo añadido en el Protocolo final supondrá la necesidad de retocar el artículo 77 de nuestro Código civil, siendo de notar la novedad que representa el párrafo cuarto del apartado A), que parece literalmente tomado del párrafo tercero del artículo 14 de la Ley italiana de 1929 sobre el matrimonio concordatario (72). Sin embargo, de las disposiciones transcritas no resulta directa ni indirectamente ningún principio en materia de sujetos obligados al matrimonio civil.

Otros artículos del Concordato patentizan claramente un deseo

(72) Que dice así: «Qualora la trascrizione sia richiesta trascorsi cinque giorni dalla celebrazione, essa non pregiudica i diritti legittimamente acquistati dai terzi.»

Una fórmula semejante, pero no idéntica, utilizó el párrafo 2.º del artículo 1.º del Decreto de 9 de febrero del 1875: «Sin perjuicio de los derechos adquiridos por consecuencias de ellos por terceras personas a título oneroso.» Se trataba de la concesión de efectos civiles a los matrimonios canónicos celebrados durante la ley de 1870.

por parte del Gobierno español de eliminar conflictos, de armonizar en lo posible los ordenamientos civil y eclesiástico en materia matrimonial, de aceptación por parte de aquél de las normas de este último. Tal cosa puede observarse examinando:

Ad artículo 23, apartado B), que dispone que «las normas civiles referentes al matrimonio de los hijos, tanto menores como mayores, serán puestas en armonía con lo que disponen los cánones 1.034 y 1.035 del Código de Derecho canónico».

El primero de los cánones citados dice: «Exhorte el párroco gravemente a los hijos de familia menores de edad a que no contraigan matrimonio sin el conocimiento de sus padres o con la oposición razonable de ellos; y si no lo atiende, no debe asistir a su matrimonio sin consultar antes al Ordinario del lugar.» Dispone el segundo que «pueden contraer matrimonio todos aquellos a quienes el derecho no se lo prohíbe».

La necesidad de poner de acuerdo la legislación civil con los cánones indicados, supondrá la modificación del artículo 45 y concordantes del Código civil, lo cual repercutirá también en el matrimonio civil, pues el artículo 45 se encuentra en la sección que establece disposiciones comunes para ambas formas de matrimonio, y eso aunque lo concordado deba entenderse referido exclusivamente al matrimonio canónico.

Ad, artículo 23, apartado C), según el cual «en materia de reconocimiento de matrimonio mixto entre personas católicas y no católicas, el Estado pondrá en armonía su propia legislación con el Derecho canónico».

Norma nueva en nuestro Derecho civil, y fundamental, pues representa la admisión explícita de la doctrina canónica sobre las personas que por Derecho civil quedarán sujetas a la forma matrimonial canónica (73).

Ad, artículo 23, apartado D), conforme al cual «en la reglamentación jurídica del matrimonio para los no bautizados no se establecerán impedimentos opuestos a la ley natural».

Norma concordada que representa también una novedad, y que se explica en razón a que la Iglesia católica, si bien no tiene potestad jurídica sobre los todavía no bautizados, es defensora y custodia del Derecho natural, que obliga a todos los hombres, y en tal sentido puede concertar con los estados. Obsérvase, pues, que con este respeto al Derecho natural en materia de impedimentos, el Estado español puede regular, como tenga por conveniente, la institución matrimonial para los no bautizados en la Iglesia católica. Se tratará, pues, del matrimonio exclusivamente civil. A con-

(73) Algún ilustre canonista hace notar la incorrección del texto recordado en este punto, que sería más claro si dijese «matrimonio entre personas bautizadas y no bautizadas». (FERNÁNDEZ REGATILLO, EDUARDO, S. J.: *El matrimonio canónico en el Registro del Estado*, en «Ecclesia», 1953, II, pág. 512, núm. 642.)

Creemos que la redacción utilizada no supone diferencia de lo regulado en los cánones 1.060 y 1.071 del Codex, sobre impedimentos de disparidad de cultos y de mixta religión.

trario sensu se deduce que para todos los bautizados en la Iglesia católica se impone la forma matrimonial canónica.

Despréndese de este sumario análisis que hemos realizado de algunos artículos del reciente Concordato con la Santa Sede, que 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, que será el único que producirá efectos civiles para las mismas. Queda, pues, reservado el matrimonio civil para quienes están excluidos de la forma matrimonial canónica.

Confírmase así el sistema de matrimonio civil subsidiario o de necesidad que trató de instaurar el artículo 42 del Código civil, y que por una defectuosa terminología no llegó a consolidar en toda su pureza (74).

No ha prevalecido, pues, en el reciente Concordato el sistema de matrimonio civil facultativo, vigente en la legislación concordada de Italia y Portugal, y que también en nuestra Patria postulaban algunos escritores recientemente (75).

Esperamos que en el desarrollo civil del Concordato tampoco prevalezcan las atenuaciones, poco conformes con el Derecho canónico, que introdujeron las Reales Ordenes, ya examinadas, de 1900, 1907 y 1913.

F) *Prueba de la acatolicidad*. — Es indudable que la Orden de 10 de marzo de 1941 ofrece una técnica defectuosa, aun gramaticalmente considerada; pero el mayor cúmulo de dificultades se presenta al partir de una concepción equivocada—implícita o explícita—acerca de los sujetos capaces por ley civil española de matrimoniar civilmente.

Si se entiende que un bautizado en la Iglesia católica, afiliado

(74) La interpretación que damos de una recepción material del Derecho canónico, se corrobora con las autorizadas palabras del Jefe del Estado en su mensaje personal a las Cortes que habían de aprobar el Concordato: «Conforme a las tradiciones católicas de nuestro pueblo, reconocemos plenitud de efectos civiles al matrimonio, elevado por Jesucristo a la dignidad de sacramento, disciplinado por el Derecho canónico, que es el fundamento de esa familia sobre la que se asienta la organización político-jurídica de nuestra nación.

Corresponde a la potestad de la Iglesia dictar leyes y juzgar en las causas referentes al matrimonio de los bautizados, en orden al vínculo, a la separación y demás cuestiones a la sustantividad sacramental; como es de la competencia del Estado la regulación de aquellas situaciones que afectan al aspecto civil del matrimonio. Sobre este principio regula el Concordato las respectivas y *coincidentes posiciones* de ambas potestades respecto a esta trascendental institución, en consonancia con las cuales *hacemos nuestras las normas de la Iglesia sobre el matrimonio sacramental*, con plenitud de efectos civiles...»

(75) ORTEGA PADRO, GREGORIO JOSÉ: Consideraba como probable que en el Concordato español se siguiese esta orientación. (Vide su comentario extenso a la obra de AYALA: *Eficacia civil do casamento canonico* Coimbra, 1950, en ADC, IV-3.º, págs. 1106 y ss., esp., pág. 1110); R. VALCARCE, FRANCISCO (*Matrimonio de españoles en el Extranjero*, R. D. Prccecal, 1953 2.º, pág. 183 y ss.); apunta tímidamente que el matrimonio civil facultativo o libre «representa el máximo respeto a la libertad individual» (pág. 190).

luego a cualquier secta protestante, puede con arreglo a la legislación civil (la canónica ya sabemos que le sigue vinculando) contraer matrimonio de esa clase, es evidente que la Orden citada presenta problemas casi insuperables: si carece de documento que acredite su actual acatolicidad, o el que le presente no le sea admisible; le está vedada la declaración jurada de no haber sido bautizado en la Iglesia católica; en cambio, quien nunca lo ha sido efectivamente, no tiene problema en prestarla y podrá contraer matrimonio civil. Pero esta desigualdad no pudo ser querida por el legislador (76).

Por el contrario, si entendemos, de acuerdo con el Derecho canónico, que la forma civil del matrimonio es accesible exclusivamente a los no bautizados, las dificultades de interpretación de la Orden citada se desvanecen casi totalmente.

Desde luego, resulta más fácil demostrar que se ha recibido el bautismo que el hecho contrario; de aquí que la prueba documental de acatolicidad sólo excepcionalmente se dará, no siendo—como declaraba certeramente la Resolución de 28 de junio de 1951—prueba suficiente de acatolicidad el certificado de un Pastor protestante acreditativo de haber administrado el bautismo en la fe evangélica a dos mayores de edad, pues, dadas las costumbres del pueblo español, no se demostraba así que con anterioridad no se hubiera recibido en la Iglesia católica. Mayor fuerza tendría una certificación análoga, pero de un bautismo administrado en la infancia, acompañada—en su caso—de otra negativa del párroco del lugar de nacimiento; demostrado, en efecto, que una persona no está inscrita en el libro de bautizados de la parroquia del lugar de nacimientos, que además recibió en su infancia el bautismo en una secta protestante, y que ahora según el rito de la misma desea contraer matrimonio con persona que se encuentre en parecidas circunstancias, hay certeza moral de que ambos no han recibido el bautismo en la Iglesia católica—resultado probatorio que es al que quiere llegar sin duda la citada Orden de 1941—. Mas ya puede notarse que tal acumulación de pruebas es difícil que concorra por ahora en la mayoría de los casos en nuestra Patria, salvo el caso de familias de tradición protestante; de tal suerte, queda como prueba única la declaración jurada de no haber sido bautizado (en la Iglesia católica, se entiende).

IV. CONCLUSIONES

Hay que reconocer que nuestra legislación matrimonial codificada es respetuosa con el Derecho canónico; sin duda, más que la de otros países católicos que concordaron también con la Iglesia el

(76) LÓPEZ ALARCÓN (loc. cit., pág. 6) acepta incomprensiblemente esta desigualdad de trato partiendo del supuesto erróneo que hemos indicado.

régimen matrimonial. De la práctica española puede decirse otro tanto.

No hay, sin embargo, obra humana perfecta, y la evolución histórica del matrimonio civil en nuestra Patria pone de relieve que una misma e idéntica redacción del artículo 42 del Código civil ha servido para dar pie a dispares interpretaciones: unas que implicaban un riguroso sistema de matrimonio civil subsidiario; otras, que atenúan esa rigurosidad derivando hacia formas de matrimonio civil electivo; algunas, finalmente, que implantaban efectivamente este último sistema.

Parece, sin embargo, que acto tan trascendental no debe quedar en la incertidumbre de una mudable interpretación administrativa. Mantener unos textos legales de dudosa expresión puede conducir a matrimonios válidos civilmente y que la Iglesia no acepte. La situación de reconocimiento de la Iglesia católica y del Catolicismo como religión oficial del Estado español, que se hace en el primer artículo del Concordato, no parece que aconsejen tales discordancias. Debe, pues, aprovecharse la favorable coyuntura de una modificación de nuestra legislación matrimonial para retocar los preceptos precisos de nuestro ya venerable Código civil.

Quizá baste, en el punto que estudiamos, con modificar el artículo 42 y adicionar en algunos extremos los artículos 86 y 101. A título de mera sugerencia presentamos a continuación la redacción que pudieran tener:

«Art. 42. La ley reconoce dos clases de matrimonio:

El civil, que tendrá lugar cuando ninguno de los contrayentes haya sido bautizado por la Iglesia católica, y que se celebrará conforme a las prescripciones de este Código; y

El canónico, que tendrá lugar en todos los demás casos, de acuerdo con el Concordato con la Santa Sede.»

A los números 1.º y 2.º del artículo 86 se le puede añadir otro, que diga:

«... 3.º Una declaración jurada de cada contrayente expresiva de no haber sido bautizado en la Iglesia católica.»

Al párrafo final del propio artículo se le puede adicionar lo siguiente:

«También se acompañará prueba documental de no haber sido bautizado en la Iglesia católica, en el caso de ser ello posible.»

Finalmente, al artículo 101 se le añadirá otro apartado que diga:

«...5.º Los matrimonios civiles cuando alguno de los contrayentes o ambos hubiesen recibido, previamente a la celebración del matrimonio, bautismo válido en la Iglesia católica.»

