

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

1) NULIDAD DE MATRIMONIO CIVIL CELEBRADO EN EL EXTRANJERO POR LA CONDICION DE CATOLICO DEL CONTRAYENTE ESPAÑOL

(*Notas a las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1974, 25 de septiembre de 1974 y 11 de marzo de 1975*)

Por JESUS DIEZ DEL CORRAL RIVAS

Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado

SUMARIO: I. Planteamiento.—II. La Sentencia de 20 de abril de 1974: 1. El supuesto de hecho. 2. Doctrina de la sentencia. 3. Crítica.—III. La Sentencia de 11 de marzo de 1975.—IV. La Sentencia de 25 de septiembre de 1974: 1. El supuesto de hecho. 2. Los motivos del recurso. 3. La doctrina de la sentencia y su crítica.—V. Conclusiones.

I. PLANTEAMIENTO

En un trabajo recientemente publicado (1) he intentado apuntar, si no llegar a resolver, algunos de los problemas más importantes que plantea la actual regulación del matrimonio civil en España. Después de redactado ese trabajo, han llegado a mis manos tres interesantísimas Sentencias del Tribunal Supremo que, en ciertos aspectos, inciden en algunas de las cuestiones básicas que esboqué. Por esto, me ha parecido necesario comentarlas, tanto porque la primera y la tercera parecen estar en abierta contradicción con la segunda, cuanto porque siempre es una tarea importante contrastar las conclusiones teóricas con los casos prácticos reales y palpitantes, verdadera piedra de toque para cualquier afirmación jurídica general.

Los supuestos de hecho contemplados en dichas sentencias coinciden en una base común: en los tres casos se trataba de matrimonios civiles celebrados en el extranjero en la forma admitida por la "lex loci", siendo súbdito español solamente el contrayente varón. Pero a partir de este punto de partida idéntico se bifurcan las circunstancias fácticas de cada caso, lo mismo que el planteamiento inicial del pleito. Puedo anticipar que la diferencia más llamativa, y de mayor trascendencia jurídica, entre los supuestos de las Sentencias de abril de 1974 y marzo de 1975 con la de septiembre de 1974, radica en que en las primeras el matrimonio había producido la correspondiente ins-

(1) Aunque su redacción final data de abril de 1974. Se trata de: *El matrimonio civil en España, hoy*. Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro. Vol. I, pág. 537. Tecnos, Madrid, 1976.

cripción en el Registro Civil español, y no había sucedido lo mismo en la tercera. Esto obliga, aun con el riesgo de incurrir en alguna repetición, a examinar separadamente los supuestos de hecho de ambas sentencias (2), lo mismo que la doctrina de sus considerandos, para terminar con su confrontación y las oportunas apreciaciones críticas.

He de resaltar, en fin, para terminar esta breve introducción, la creciente importancia jurídico-práctica del supuesto planteado. El número de matrimonios civiles celebrados por emigrantes españoles fuera de España, de acuerdo con la forma local, ha aumentado enormemente en los últimos años y, sobre todo, al producirse, como ocurre ahora, un movimiento contrario de repatriación, motivado por circunstancias económicas, es cuando se agudizan al máximo los problemas de aquellos matrimonios. Mientras el español residía fuera de España, le bastaba prácticamente, y no tenía por qué preocuparse de más, con cumplir con las normas de la nación donde residía; en cambio, al volver a España, y aun cuando quiera regularizar su situación, se encuentra con que su matrimonio no será siempre eficaz para el Derecho español, por las razones que iremos exponiendo. No hay que profundizar mucho para entrever los peligros de auténtico fraude al cónyuge extranjero —perfectamente casado, según su ley personal— que esta situación puede acarrearle, en cuanto el español no actúe con plena buena fe.

II. LA SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1974

1. *El supuesto de hecho.*

Se trataba de un matrimonio civil celebrado ante el Registro Civil de Leningrado el día 5 de enero de 1952 entre don C. P. G., súbdito español, y doña T. I. V., nacional de la U. R. S. S. El actor pedía se declarase la nulidad de este matrimonio alegando esencialmente como fundamento de derecho la circunstancia de estar bautizado en la Iglesia Católica (que esté fuera el argumento fundamental esgrimido se deduce de la reconvencción de la demanda y de los recursos subsiguientes). En la demanda el actor exponía que cuando sobrevino el Alzamiento Nacional se encontraba en el Norte de España y fue deportado a Rusia con otros niños de su edad en una de las expediciones organizadas por aquel entonces; que en este país cursó sus estudios y se graduó en la Facultad de Arquitectura de Leningrado, en la cual precisamente conoció a doña T. I. V., con la que tuvo relaciones íntimas, de las cuales nació una niña, O., y por ello accedió a contraer matrimonio meramente civil con la madre. Añadía que volvió a España en 1956, en la primera oportunidad favorable, instalando su despacho en V., donde ejerce; que doña T. I. V. le siguió desde Rusia a los pocos meses y que en V. nacieron otros dos hijos del matrimonio. Las desavenencias conyugales que se describen en el escrito no interesan a nuestro objeto; pero, en cambio, sí es

(2) Me refiero a las de 20 de abril de 1974 y 25 de septiembre de 1974. La de 11 de marzo de 1975 es una reafirmación de la primera, cuya doctrina, como veremos, amplía y perfila con mayor precisión.

importante señalar que el demandante indica que había iniciado expediente ante el Vicario General de la Diócesis, a fin de romper su vínculo matrimonial, en el cual recayó Decreto autorizándole para pasar a nuevas nupcias canónicas, lo que no dejaba totalmente resuelta la cuestión en cuanto a la efectividad del vínculo civil, por lo que formuló demanda ante el Tribunal Eclesiástico correspondiente sobre nulidad del vínculo, resolviendo dicho Tribunal que no podía admitir a trámite tal demanda ante la jurisdicción canónica por cuanto ésta ya había resuelto definitivamente en el expediente antes referido lo que concernía al aspecto canónico de la cuestión, es decir, la inexistencia de todo vínculo entre las partes, y que en cuanto a los efectos meramente civiles que pudieran derivarse del acta de Leningrado no podía resolver por no ser de su competencia (3).

A la demanda contesta el Ministerio Fiscal, de modo formulario, y la

(3) La postura del Tribunal eclesiástico es totalmente coherente y lógica dentro del sistema matrimonial propio del Derecho canónico. El matrimonio civil de un bautizado es inexistente, un mero concubinatio, a los ojos de la Iglesia, y por esto se le autoriza para contraer nuevas nupcias canónicas (lo que, por cierto, de llegar a ocurrir plantearía el grave y conocido problema de la eficacia de este segundo matrimonio canónico, subsistente el primero civil, dado lo dispuesto en el artículo 51 del Código), pero, al mismo tiempo, la Iglesia declara su incompetencia para decidir sobre los efectos que pudieran derivarse de un enlace meramente civil, por ser cuestión totalmente ajena a su misión y exclusiva de los Tribunales ordinarios del Estado.

Conviene destacar, no obstante, el hecho de que no siempre los Tribunales eclesiásticos han procedido en supuestos análogos con la misma coherencia. En efecto, en el caso que dio lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1967 y con relación a un matrimonio civil celebrado en Moscú en 1955 entre español bautizado y rusa acatólica no bautizada (es decir, un supuesto prácticamente idéntico al que ahora examinamos), el Tribunal Eclesiástico declaró que tal enlace era matrimonio canónico, seguramente por estimar concurría el supuesto excepcional previsto en el canon 1098 para, a región seguido, concluir que este vínculo canónico era nulo por existencia del impedimento de disparidad de cultos no dispensado. Llama la atención que puedan encontrarse diferencias tan radicales de situación de hecho entre las existentes en Leningrado en 1952 y en Moscú en 1955, como para entender que en la primera ciudad y en aquella fecha no había grave incomodidad para acudir a un sacerdote católico, y que, en cambio, estas dificultades existían en la segunda capital tres años más tarde hasta permitir la validez del matrimonio celebrado sólo ante testigos, conforme al canon citado.

En todo caso, parece en buena lógica que, en el plano civil, no debería recibir trato diferente la declaración de la Iglesia de que un matrimonio civil *no es canónico*, de la que afirma que existe *matrimonio canónico nulo* por concurrir un impedimento dirimente por disparidad de cultos. Nótese que en ambos casos y puesto que en el segundo el impedimento es exclusivamente canónico, la Iglesia no dice nada sobre la validez y efectos del mero enlace civil, lo cual debe responder solamente a la jurisdicción estatal. Y, sin embargo, en el caso resuelto por la Sentencia de 1967 se pidió y se obtuvo la ejecución a efectos civiles de la declaración de nulidad de aquel matrimonio canónico.

Las cuestiones suscitadas por esta Sentencia y, en general, por estos matrimonios canónicos en forma civil, han sido agudamente replanteadas por ARECHEDERRA: *Formas y clases de matrimonio en el Derecho español (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1967)*. A.D.C. 1972, págs. 1223 y ss.

demandada reconviniendo, pidiendo que se declare la validez del matrimonio civil discutido y, además, que se decrete la separación de los cónyuges por causa de adulterio y abandono del hogar por parte del marido. De los hechos que expone, el más importante a los efectos del pleito es que se comprueba que el matrimonio civil en cuestión había sido inscrito en el Registro Civil Central del Ministerio de Justicia el día 17 de febrero de 1959.

El Juez de Primera Instancia dicta sentencia por la que desestima la demanda y estima parcialmente la reconvención, declarando la validez y eficacia legal del matrimonio, pero sin que haya lugar por ahora a la separación de los cónyuges. Esta sentencia es apelada por ambas partes y la Sala correspondiente de la Audiencia Territorial dicta sentencia, confirmando la recurrida, *excepto en cuanto a su última declaración, pues admitiendo íntegramente la reconvención, decreta además la separación legal de los cónyuges declarando culpable al marido, con las demás consecuencias jurídicas del caso.* Contra la sentencia de la Audiencia entabla el actor recurso de casación por infracción de ley, al amparo del siguiente único motivo: "Comprendido en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Enjuiciamiento Civil, violación, por no aplicación, del párrafo primero del artículo 4.º del Código civil, y de la doctrina legal contenida entre otras, en las Sentencias de 1 de mayo de 1919, 26 de abril de 1929, 10 de febrero de 1926, 12 de mayo de 1944, 21 de octubre y 12 de noviembre de 1959, 14 de noviembre de 1963, 5 de julio de 1965, 16 de marzo y 15 de abril de 1967, así como por interpretación errónea de los artículos 9, 11, párrafo tercero, 42 y 101, todos del Código civil, en relación con la Orden de 10 de marzo de 1941."

Del enunciado de este motivo, transcrito literalmente, así como de su posterior desarrollo, se deduce claramente que en él se involucran tres razones distintas para defender la nulidad del matrimonio. La primera y fundamental es la infracción del artículo 4.º del Código, en relación con el artículo 42 del mismo Cuerpo legal, conforme a la interpretación contenida en la Orden de 10 de marzo de 1941 y en la doctrina legal elaborada por las Sentencias citadas a partir de la de 21 de octubre de 1959. Es decir, se pretende que por el solo hecho de estar bautizado en la Iglesia el contrayente estaba obligado a contraer matrimonio canónico, so pena de nulidad si lo celebraba civilmente. La segunda es que, aun dando por supuesta la acatolicidad de las partes, el matrimonio civil es nulo por defecto esencial de forma, "de conformidad —se dice textualmente en el motivo— con el artículo 101, en relación con el párrafo tercero del artículo 100, ambos del Código civil, al establecerse la exclusiva competencia de los Jueces Municipales en España y de los Cónsules y Vicecónsules en el extranjero, para autorizar el matrimonio civil de españoles". Y, en fin, la última razón, tal como aparece resumida en el desarrollo del motivo del recurso, es la consabida referencia al orden público, regulado en el párrafo tercero del artículo 11 del Código (4) y que, como verdadera panacea para resolver cualquier cuestión matrimonial, se invoca frecuentemente en pleitos de este tipo. A estos efectos, se hace una alegación vaga de que las disposiciones sobre la materia" son consecuencia

(4) Hoy en el artículo 12, 3, del nuevo título preliminar.

del carácter confesional de nuestro Derecho matrimonial, que considera la Religión Católica como oficial del Estado con base en nuestras leyes fundamentales”, para a continuación argumentar que los principios religiosos que integran el orden público son absolutamente obligatorios, recogiendo lo que afirman al respecto algunas Sentencias del Tribunal Supremo.

2. *Doctrina de la sentencia*

Los dos primeros considerandos se limitan a recalcar las bases fácticas más importantes del supuesto planteado. Tiene cierto interés, sin embargo, el segundo de ellos en cuanto que recoge la razón fundamental por la que la Audiencia se decidió por la validez del matrimonio. La argumentación de la sentencia recurrida se centra en estimar que “el caso debatido, por no estar previsto en ellos, no está incluido en los artículos 42 y 100 del Código civil, que parten del supuesto de que se pueda hacer declaración de no profesar la Religión Católica, para la validez del matrimonio civil y aplica el principio de que no se puede negar eficacia a la manifestación de voluntad de contraer matrimonio con persona que lo acepta y exterioriza la suya encaminada al mismo fin, cuando esa emisión de voluntad se hizo ante el encargado del Registro Civil del lugar en que se realiza”. Desde luego, la primera parte de este razonamiento es totalmente superficial y no resiste la crítica más ligera. Es absurdo, en efecto, pretender que el artículo 42, tanto en su redacción anterior como posterior a la ley de 24 de abril de 1958, haya querido dejar algún hueco o vacío en su regulación fundamental sobre las formas o clases de matrimonio admitidas en nuestro Derecho. El matrimonio de españoles, aun celebrado en el extranjero, ha de sujetarse, en cuanto a sus condiciones de fondo, a las normas españolas y, entre ellas, como esencial al artículo 42 del Código, el cual, por cierto y lo mismo que el artículo 100, nunca han descendido al detalle de exigir la declaración de acatolicidad para la validez del matrimonio civil. Precisamente esta vaguedad intencionada del legislador no aclarada tampoco por el actual artículo 86 del Código civil, en cuanto que éste no llega a precisar en qué ha de consistir la prueba de no profesar la religión católica, ha motivado, como es sabido, múltiples interpretaciones a nivel administrativo sobre esta cuestión esencial (5).

El Tribunal Supremo, desechando este camino equivocado, desestima el recurso interpuesto con base en la doctrina que sienta en su tercer considerando y que merece transcribirse. Después de resumir el motivo del recurso, añade textualmente las frases siguientes: “motivo que por tratar materias dispares, sin hacerlo en otros distintos, adolece de defecto de formulación del artículo mil setecientos veintinueve-cuarto y mil setecientos veinte, párrafo segundo, y que aparte de estos defectos formales, que pueden determinar la desestimación del motivo en este momento procesal, como alegó en la vista el Ministerio Fiscal, partiendo de los hechos que se estiman acreditados en

(5) Un perfecto resumen histórico sobre las vicisitudes en la interpretación del repetido artículo 42 puede consultarse últimamente en ALBERTO DE LA HERA: *Matrimonio civil y revisión del Concordato (Cuestiones en torno al artículo 42 del Código civil)*, A.D.C. 1975, págs. 639 y ss.

la Sentencia, es evidente que en las circunstancias del momento y lugar en que los litigantes contrajeron el matrimonio civil, ante el encargado del Registro en Leningrado, impedían pudieran verificarlo ante las autoridades españolas, porque no podían trasladarse a España y por la carencia de representación diplomática de España en Rusia, y en donde no existían facilidades para contraer matrimonio canónico, en el supuesto de que esta hubiera sido la voluntad de los contrayentes; que si bien es cierto que el recurrente fue bautizado, no aparece que haya venido profesando la Religión Católica con posterioridad, y al volver a España no intentó la confirmación canónica del matrimonio, sino que acudió a la autoridad civil, Dirección General de los Registros, en solicitud de que se transcribiera el existente, lo que se llevó a cabo en diecisiete de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve, y ello no hubiera podido tener lugar, sin la manifestación de que no profesaba la Religión Católica, conforme establece la legislación vigente en aquella fecha, y por sí esto no fuera suficiente, inscribió en el Registro Civil, como hijos legítimos de dicho matrimonio, los habidos con posterioridad en España y contra esta conducta que denota su acatolicidad, trata ahora de conseguir la nulidad, con apoyo en unas normas ya rebasadas al hacer la transcripción en España del matrimonio”.

Vemos, pues, que el Tribunal Supremo hubiera podido, con plena corrección procesal, haberse abstenido de entrar en el examen de la cuestión de fondo y desestimado el motivo por defecto formal evidente en su formulación. Pero es de alabar que la sentencia no se haya contentado con este camino fácil, tantas veces utilizado por nuestro más Alto Tribunal, y haya preferido descender en este caso al problema de fondo debatido, comprendiendo, mi duda, la gran importancia práctica del supuesto de hecho y la trascendencia teórica de la doctrina que iba a sentar.

La sentencia, sin detenerse a estudiar las implicaciones del orden público invocadas en el motivo del recurso (6), examina las dos razones fundamentales esgrimidas en el mismo, es decir: la posible nulidad formal del matrimonio por infracción del artículo 101, 4.º, del Código, y la posible nulidad, diríamos de fondo, de tal matrimonio por la cualidad de bautizado del contrayente español, en contravención de lo establecido por el artículo 42 del Código, interpretado por la Orden citada de 1941.

La primera razón la rechaza la sentencia, como hemos visto, atendiendo a las especiales circunstancias del momento y lugar en que los litigantes contrajeron el matrimonio civil. A mi juicio, el Tribunal Supremo peca aquí de un exceso de timidez, pues esas circunstancias excepcionales que cita la sentencia (el no poder trasladarse a España, la carencia de representación diplomática de España en Rusia y la no existencia de facilidades para contraer matrimonio canónico, en el supuesto de que ésta hubiera sido la voluntad de los contrayentes) no son realmente las decisivas para concluir con la validez formal de tal matrimonio civil, y, de aplicarse estrictamente esta doctrina, se correría el riesgo de llegar a declarar la nulidad de matrimonios civiles

(6) Con toda razón, pues, el orden público no jugaba aquí para nada y su alegación no pasaba de ser, como antes he indicado, una salida muy socorrida en cualquier cuestión matrimonial.

celebrados por españoles en el extranjero con arreglo a la "lex loci", si faltase una cualquiera de las circunstancias excepcionales indicadas.

Parece claro, por el contrario, que la validez formal de tales matrimonios tiene su fundamento evidente en lo hoy dispuesto por el artículo 73 de la Ley del Registro Civil, que admite explícitamente tal validez formal (y sin perjuicio de que, como luego veremos, su inscripción en el Registro Civil español quede supeditada a la tramitación del expediente gubernativo prescrito en el propio artículo de la ley y desarrollado en el artículo 249 del Reglamento del Registro Civil). Además, y esto es importante recalcarlo, el artículo 73 de la Ley del Registro Civil debe considerarse aplicable no sólo a los matrimonios celebrados con posterioridad a su entrada en vigor, sino también a los celebrados con anterioridad, pues se trata, según su génesis y su "ratio" de una norma interpretativa de lo dispuesto en los artículos 100 del Código civil y 11 del mismo Cuerpo legal, en su anterior redacción, y, de acuerdo con la doctrina científica más autorizada (7), tal tipo de normas suelen tener, por su propia naturaleza, eficacia retroactiva. El artículo 73 de la Ley del Registro Civil implica, como afirma la Resolución de 14 de marzo de 1967, que "ha de estimarse superada la interpretación contraria que arrancaba del último párrafo del artículo 100 del Código civil: es decir, que debe admitirse hoy, con relación al matrimonio civil, el criterio general *locus regit actum* en materia de forma que proclama el artículo 11 del mismo Código". En fin, esta conclusión aparece avalada por el hecho cierto de que los artículos 100 y 101 del Código civil no constituían, ni mucho menos, un valladar infranqueable para propugnar la vigencia general del citado artículo 11, incluso antes de la nueva Ley del Registro Civil, y esto explica también las oscilaciones de la jurisprudencia, de la doctrina y de la práctica administrativa, con anterioridad a la nueva legislación registral (8).

En definitiva, se echa de menos, en cuanto a este punto, una referencia explícita de la Sentencia al artículo 73 de la Ley del Registro Civil, que, con toda generalidad, sin distinción de casos y cualquiera que sea la fecha del matrimonio, permite afirmar la validez en cuanto a su forma de los matrimonios civiles de españoles en el extranjero, contraídos conforme a las leyes del país de celebración (9).

(7) Vid. DE CASTRO: *Derecho civil de España*, Madrid, 1955, tomo I, pág. 727.

(8) Sobre esta cuestión, pueden consultarse: PORTERO SÁNCHEZ: *Matrimonio de españoles en el extranjero y de extranjeros en España*, A.D.C. 1960, pág. 501; LALAGUNA: *Estudios de Derecho matrimonial*, Madrid, 1962, páginas 161 y ss., así como mis breves notas a la S. T. S. de 29 de mayo de 1970, A.D.C. 1971, pág. 1251.

(9) El nuevo título preliminar del Código ha complicado extraordinariamente y sin ninguna necesidad el régimen general de la forma de los actos en Derecho internacional privado. Hay una contradicción palpable entre el régimen liberal que parece implantar el artículo 11, 1, del Código y el criterio restrictivo que, a renglón seguido, proclama el apartado 2 del propio artículo. La doctrina, hasta ahora, no ha dado una solución satisfactoria a esta antinomia.

En todo caso, y cualquiera que sea la interpretación a que pueda llegarse, no creo que pueda pensarse en una derogación de lo dispuesto en el artículo

El segundo extremo examinado en este tercer considerando es el relativo a la acatolicidad del contrayente español como condición "sine qua non" para la validez del matrimonio civil discutido. El Tribunal Supremo, como henos visto, pone de relieve que, si bien el contrayente estaba bautizado, lo cierto es que no ha venido profesando la religión católica con posterioridad y que toda su conducta denota su acatolicidad, especialmente porque, al volver a España, no intentó la confirmación canónica de su enlace, sino que solicitó y obtuvo la transcripción de su matrimonio civil en el Registro Civil Central del Ministerio de Justicia, lo que se llevó a cabo en 17 de febrero de 1959.

El cambio de enfoque que supone esta sentencia frente a una serie de sentencias anteriores, invocadas precisamente en el desarrollo del motivo del recurso, es de extraordinaria importancia y merece ser destacado. En efecto, el Tribunal Supremo en las Sentencias de 21 de octubre y 12 de noviembre de 1959, 16 de febrero de 1961, 5 de julio de 1965 y 16 de marzo de 1967, referidas todas ellas a supuestos, como el presente, de matrimonios celebrados bajo la vigencia de la Orden Ministerial de 10 de marzo de 1941, había venido interpretando el artículo 42 del Código civil en el sentido de que el bautizado estaba obligado, so pena de nulidad, a contraer matrimonio canónico y sólo se permitía la validez del matrimonio civil de los católicos españoles cuando se acreditaba auténticamente que habían sido arrojados de la Iglesia por excomunión o por abandono voluntario por apostasía formalmente acreditada o entredicho solemnemente declarado por Autoridad Eclesiástica competente. En esta Sentencia, por el contrario, el Tribunal Supremo modifica el punto de vista y pone el acento no en el simple hecho del bautismo, sino mucho más de acuerdo con la letra del artículo 42, en el concepto de no profesión de la religión católica. No es ya necesaria ninguna declaración de la Iglesia sobre este extremo; la no profesión se deduce de la conducta del interesado (10).

La sentencia, además, añade —y con ello viene a confirmar expresamente el cambio de criterio operado— que frente a esa conducta que denota la acatolicidad no puede conseguirse la nulidad del matrimonio "con apoyo en unas normas ya rebasadas al hacer la transcripción en España del matrimonio". La desautorización de la interpretación administrativa efectuada por la Orden Ministerial de 1941 no puede ser más tajante. No obstante ser aplicable esta Orden por la fecha en que se celebró el matrimonio, la misma es rechazada por el Tribunal Supremo, lo que equivale a atribuir eficacia retroactiva a las disposiciones posteriores que la derogaron, al menos explícitamente a partir del Decreto de 26 de octubre de 1956 (11). Un año más tarde, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1975 desarrolla con perfecta claridad esta misma idea.

73 de la Ley del Registro Civil. Téngase en cuenta que la forma local extranjera está expresamente admitida por un precepto concreto del Derecho español y, por tanto, recogida en el nuevo título 11, 2, del título preliminar.

(10) En cuanto a este aspecto, me remito a lo que expuse en mi trabajo citado en la nota primera, especialmente págs. 548 y 561.

(11) Vid. DE LA HERA, *Obra citada*, pág. 665.

3. Crítica

Con alguna pequeña salvedad (12), hay que reconocer el acierto y la oportunidad de la doctrina establecida por esta Sentencia del Tribunal Supremo. El nuevo concepto de "no profesión de la religión católica", la superación de la interpretación llevada a cabo por la Orden de 10 de marzo de 1941 y de la doctrina jurisprudencial que con tanta facilidad conducía a la declaración de nulidad del matrimonio civil de un bautizado, muestran un camino que hay que seguir y aplaudir francamente, para acabar con ese fraude denunciado por la doctrina que uno pueda aprovecharse de la condición de bautizado en la Iglesia para obtener un verdadero divorcio de su matrimonio civil. Personalmente, al leer por primera vez esta sentencia, creí ya superada y cerrada para siempre la etapa jurisprudencial iniciada por las dos sentencias citadas de 1959.

Desgraciadamente, pocos meses después, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1974 ha introducido nuevas confusiones en esta materia, llegando a conclusiones otra vez inaceptables. Antes de examinarla con detalle, conviene, sin embargo, detenerse en el estudio de la Sentencia de 11 de marzo de 1975 que respalda y ratifica, aún con mayor amplitud y riqueza de argumentos la doctrina sentada por la de 20 de abril de 1974. Aunque con este sistema, no se respeta un criterio cronológico, el estudio previo de ambas sentencias resulta totalmente necesario para poder enfrentarnos con las conclusiones opuestas y perturbadoras de la Sentencia de 25 de septiembre de 1974 que, al menos, hoy por hoy, es una sentencia única (13) y, por tanto, sin valor de doctrina legal a efectos de casación.

III. LA SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1975

El supuesto de hecho y la solución adoptada guardan una enorme semejanza con los de la Sentencia antes examinada. Así lo reconoce el propio Tribunal que en su tercer considerando reproduce íntegramente el correlativo

(12) Además de lo ya indicado sobre la forma del matrimonio civil contraído, según la "Lex loci", hay que señalar que es inexacta la afirmación contenida en el tercer considerando en el sentido de que en 17 de febrero de 1959 (fecha de la transcripción del matrimonio) no era posible la inscripción sin la previa manifestación del interesado de que no profesaba la Religión Católica. En efecto, en aquel momento estaban ya en vigor, concretamente desde el 1 de enero, la Ley y el Reglamento del Registro Civil, y ni el artículo 73 de la primera, ni el 249 del segundo, que regulan el expediente para esta transcripción exigen tal declaración. El artículo 249 lo único que requiere —y el mismo no ha sido modificado por el Decreto de 22 de mayo de 1969— es que se acredite debidamente que ambos contrayentes no profesaban la Religión Católica, y precisamente a estos efectos puede tener poco o ningún valor la declaración ulterior de acatolicidad "al ir referida no al mismo tiempo en que se emite, sino a un tiempo anterior" (Resolución de 3 de agosto de 1970).

En el mismo sentido la Resolución de 7 de julio de 1971 exige también otros medios probatorios de la acatolicidad. Vid. por extenso un comentario a estas Resoluciones y a la especialidad que ofrece la declaración ulterior de acatolicidad, en mi repetido trabajo, págs. 559 y ss.

(13) Es curioso constatar que, ponente de la Sentencia de abril de 1974,

considerando de la Sentencia de abril de 1974, además de afirmar la gran analogía de los hechos contemplados y la similitud de la doctrina. Se trata, en efecto, también de un matrimonio civil celebrado en determinada localidad rusa ante el encargado del Registro correspondiente entre un súbdito español —niño evacuado a Rusia desde la zona roja en los primeros meses de la guerra civil española— y una súbdita de la U. R. S. S., con fecha 20 de septiembre de 1954. El matrimonio igualmente se traslada en 1956 a España, donde nacen dos hijos y donde se logra la transcripción del matrimonio en el Registro Civil Central. También es aquí el marido quien, muchos años más tarde de la celebración, presenta la demanda pidiendo la nulidad del vínculo por defecto esencial de forma y por su condición de bautizado en la Iglesia Católica. Esta demanda es rechazada en ambas instancias y desestimado más tarde el recurso de casación interpuesto por el actor.

Junto a este entramado de hechos y circunstancias coincidentes existen algunos aspectos diferentes entre ambas sentencias y que deben ser destacados. Son los siguientes:

a) El actor, si no como causa de nulidad del matrimonio, aducía como motivo que le impulsaba a presentar la demanda las grandes perturbaciones mentales que padecía su esposa: una psicopatía que, complicada con una toxicomanía alcohólica, ha degenerado finalmente en una esquizofrenia paranoide con delirio de persecución. Esta alegación es duramente criticada por la esposa en su contestación a la demanda, quien pone de relieve que si su marido se considera ahora católico, debería saber que su religión no puede autorizarle para abandonar a su esposa en el caso de que exista la pretendida enfermedad sobrevenida, que rotundamente niega y que, en ningún caso, puede dar lugar a nulidad del matrimonio.

Del mismo modo, el Tribunal Supremo, en el segundo considerando de la sentencia destaca, como consecuencia de los hechos probados en la instancia y no combatidos en el recurso, “que el móvil o finalidad del presente litigio no es otro que el tratar de desligarse del vínculo matrimonial civil, libremente contraído y ratificado su consentimiento y propósito de mantenerlo una vez en España, ante la supuesta aducida anormalidad de los trastornos mentales actuales que sufre la esposa, lo que no puede determinar la nulidad del matrimonio”.

b) La fecha de la transcripción del matrimonio en el Registro Civil Central, la cual se verificó con anterioridad a la vigenté legislación del Registro Civil, concretamente en 1956 y al amparo de la Orden de 14 de febrero de 1950.

Debe notarse que esta Orden Ministerial se dictó no con carácter especial para los matrimonios, sino de modo general para todos “los actos concernientes al estado civil de los españoles que ocurran en país extranjero donde a la sazón no exista representación diplomática o consular española y que con arreglo a las leyes deban inscribirse en el Registro Civil”. Su artículo 1.º permitía su inscripción “provisional” en el Registro Civil Central, mediante la presentación por los interesados de la certificación extranjera correspon-

fue don Juan Antonio Linares Fernández, y de las otras dos, a pesar de sus contradicciones internas, don Mariano Gimeno Fernández.

diente, debidamente traducida, y este tipo de asiento es el que se había practicado en este caso.

Naturalmente que la eficacia actual de estas inscripciones provisionales, suprimidas por la legislación vigente podría plantear interesantes problemas, máxime si se tiene en cuenta que en el momento en que se practicó era también discutible que tal matrimonio debiera ser objeto de inscripción "con arreglo a las leyes", como exigía el indicado artículo 1.º. Podría, en efecto, aducirse que la interpretación del artículo 42 del Código por la Orden de 10 de marzo de 1941, así como la doctrina jurisprudencial, entonces en vigor, sobre el alcance de los artículos 100 y 101 del Código, vedaba la práctica de estas inscripciones provisionales de matrimonio civil.

El caso es que el actor no atacó de frente la eficacia de la inscripción y, por tanto, el Tribunal Supremo no tuvo por qué entrar en este problema. Por su parte, el Ministerio Fiscal, cuya intervención en el litigio fue, como veremos, muy destacada, abordó también esta cuestión, indicando que la disposición final segunda de la Ley del Registro Civil ordenó la derogación de las disposiciones anteriores relativas del Registro Civil y, por consiguiente, debe concluirse que la inscripción practicada en 1956 adquirió valor definitivo y no provisional, máxime cuando han transcurrido dieciséis años desde entonces y la inscripción provisional no está reconocida como tal modalidad en la nueva ley (14).

c) La importante intervención del Ministerio Público es la *litis*: Merecen ser transcritas parte de sus alegaciones, pues su argumentación pesó de manera decisiva en las sucesivas sentencias recaídas. Según el tenor literal de los resultandos de la sentencia del Tribunal Supremo, el Ministerio Fiscal alegó lo siguiente: "Cuarto: Todo el debate en este pleito se centra sobre la circunstancia de que el demandante, bautizado en la Iglesia católica, contrajo matrimonio civil en Rusia con súbdita rusa, infringiendo, según él, la prohibición existente en el Código civil (artículo cuarenta y dos) de que es obligatorio el matrimonio canónico para quienes profesan la Religión Católica. Las disposiciones matrimoniales son de orden público y que afectan a una institución tan esencial para la sociedad como es la familia, no pueden quedar en ningún caso supeditadas a maniobras jurídico-procesales que constituyen un evidente fraude legal. De fraudulenta en este sentido debe reputarse la pretensión del demandante. La normativa legal vigente ha interpretado de manera definitiva el alcance de la expresión "no profesar la religión católica". El hecho de estar bautizado en la Iglesia católica no quiere decir que se profese dicha

(14) Esta transmutación de efectos no parece, desde luego, nada segura. Las distintas inscripciones provisionales, admitidas con tanta profusión en la antigua legislación, vienen, en términos generales, a coincidir con las anotaciones de la legislación vigente, y no deberían tener otra eficacia que la simplemente informativa de estas últimas.

Creo más probable que para que una inscripción provisional de matrimonio civil llegue a producir los efectos normales de las inscripciones será necesario completar la primera, haciendo constar en ella el cumplimiento de los requisitos hoy exigidos por el artículo 249 del Reglamento del Registro Civil en el expediente que regula. Esta posibilidad de completar una inscripción a través de un expediente gubernativo tiene su apoyo en lo dispuesto por el artículo 95, 1.º, de la actual Ley y 296, 1.º, de su Reglamento.

religión y para contraer matrimonio civil basta no profesar. Este es el criterio mantenido por la Resolución de la Dirección General de los Registros de siete de junio de mil novecientos setenta y uno. Para la prueba es bastante, a la luz de los nuevos criterios, la declaración expresa de los interesados, porque quien seriamente afirma no profesar en efecto, no profesa aunque pertenezca por el bautismo a tal religión (queda superada la restrictiva doctrina del canon mil noventa y nueve). Quinto: Tales criterios de amplitud en favor de derechos inherentes a la persona humana reconocidos por la Ley de libertad religiosa no pueden ser ignorados en la presente *litis*. El matrimonio civil contraído por el demandado fue inscrito en el Registro Central español. El demandante desde los seis hasta los veintitrés años de edad estuvo en Rusia, que no profesó durante ese tiempo la religión católica lo prueba el hecho de que si lo hubiese querido habría allí podido contraer matrimonio canónico, al menos en su forma excepcional ante testigos, que no sólo por derecho natural, sino por el canon mil noventa y ocho está admitido por la Ley eclesiástica. Pero resulta que cuando regresó a España en mil novecientos cincuenta y seis, en vez de celebrar matrimonio canónico o pretender el reconocimiento canónico del matrimonio excepcional ante testigos, si lo hubiera celebrado, lo único que hace es inscribir su matrimonio civil contraído en Rusia. Y así pasan dieciséis años. Está clarísima la intención de abandonar la Religión Católica, que, en realidad, nunca profesó el demandante. Intención, además, demostrada en la prueba de confesión en juicio, donde reconoce que tuvo el propósito evidente de contraer un matrimonio en Rusia con su esposa, sino también su falta de conocimientos religiosos.”

d) El recurso se articula al amparo nada menos que de diez motivos distintos, lo que contrasta con el único esgrimido en la Sentencia del Tribunal Supremo de abril de 1974. En el fondo, sin embargo, no se trata más que de un amplio desarrollo de las mismas razones condensadas en el único motivo del caso anterior. La posible infracción del artículo 42 del Código civil, en relación con su interpretación por la Orden Ministerial de 1941 y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como de los artículos 100 y 101, 4.º, del Código, de acuerdo igualmente con su interpretación jurisprudencial, son los argumentos que se repiten e invocan desde distintos puntos de vista y por diferentes vías y conceptos.

En realidad, el único motivo que contiene una razón nueva, con relación a la sentencia anterior, y que va a dar lugar a una precisión muy interesante en el nuevo fallo del Tribunal Supremo, es el quinto en el que se acusa la infracción del principio de irretroactividad de las leyes proclamado por el artículo 3 del Código civil (hoy artículo 2,3, del título preliminar). Se alega, en efecto, que al caso de autos sólo puede aplicarse la legalidad vigente en 1954, fecha en que el matrimonio se celebró y, por tanto, como fundamental la Orden de 1941, sin que pueda pretenderse la aplicación retroactiva de las múltiples disposiciones dictadas posteriormente sobre esta materia y que culminan en la reforma llevada a cabo en el Reglamento del Registro Civil por el Decreto de 22 de mayo de 1969.

e) La doctrina de la Sentencia de 11 de marzo de 1975 coincide con la

sentada por la de 20 de abril de 1974, ampliándola con algunas afirmaciones nuevas de gran interés.

Hay coincidencia, no ya sólo porque se reproduce íntegramente, como antes indiqué, el considerando fundamental de la anterior sentencia, sino también porque en el considerando segundo se añade, como razón decisiva para la solución del litigio, el hecho probado, y no contradicho eficazmente en el orden procesal, de que “el actor no profesa la religión católica, al menos desde que a los seis años fue trasladado a Rusia”.

Del mismo modo, en cuanto a la referencia que la Sentencia de 1974 hacía a las “normas ya rebasadas”, se insiste en la misma idea en el penúltimo considerando de esta Sentencia, con relación ahora a la doctrina jurisprudencial que, a partir de 1959, había declarado la nulidad de matrimonios civiles celebrados por bautizados en la Iglesia. En efecto, frente a los motivos del recurso que acusan la violación de dicha doctrina jurisprudencial se señala que “con independencia de la mayor o menor similitud que guardan los supuestos de hecho en que se apoyan, su doctrina está ya rebasada por la sentencia de esta Sala citada anteriormente de 20 de abril de 1974 en caso análogo al presente y razonamiento que preceden” (15).

En fin, como afirmaciones nuevas y complementarias de la doctrina establecida por la Sentencia de 20 de abril de 1974, merecen resaltarse las dos siguientes:

— La inoperancia de la Orden de 10 de marzo de 1941 para fundamentar, dado su carácter administrativo, un recurso de casación. El considerando cuarto de esta sentencia dice así: “Que el motivo décimo del presente recurso, único formulado por el cauce del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento civil, va encaminado a combatir la valoración de la prueba verificada por la sentencia recurrida, acusando error de derecho, que apoya en la violación de la Orden del Ministerio de Justicia de diez de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, inoperante a los fines que se pretende, pues la misma tiene un carácter administrativo dirigido a los Jueces Municipales en el ejercicio de su función de encargados del Registro Civil, no contiene precepto alguno valorativo de prueba de obligado acatamiento por los tribunales, que es lo que podría integrar la materia de la pretendida infracción y se refiere a supuesto distinto al de autos, en que el matrimonio de los litigantes se celebró y autorizó el veinte de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, ante las autoridades locales civiles del país de la residencia de aquel entonces de los contrayentes y la transcripción del mismo al Registro Civil en España aparece tuvo lugar a instancia del

(15) Es una lástima, en cambio, que no se haga ninguna referencia a la superación de la doctrina jurisprudencial recaída en torno a los artículos 100 y 101 del Código civil, y cuya infracción se acusaba en el motivo sexto del recurso (Sentencias de 1 de mayo de 1919, 26 de abril de 1929 y 14 de noviembre de 1963). Parece, pues, que son únicamente las circunstancias excepcionales de tiempo y de lugar, de que hablaba la Sentencia de abril de 1974, las que vuelve a tener en cuenta ahora el Tribunal Supremo para fundamentar la validez formal del matrimonio discutido.

actor, al amparo de la Orden de catorce de marzo de mil novecientos cincuenta, dictada para autorizar la transcripción al mismo de los actos concernientes al estado civil de matrimonios de los españoles celebrados en extranjero, ante las autoridades locales del país, en que no existan representación Diplomática o Consular de España, supuesto distinto al que contempla la disposición en que se apoya el motivo que en consecuencia ha de desestimarse, así como también por los propios razonamientos el motivo segundo que por el cauce del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento civil, pretende acusar la violación del artículo primero de la citada Orden de diez de marzo de mil novecientos cuarenta y uno.”

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

IV. LA SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1974

1. *El supuesto de hecho*

El caso gira aquí en torno a un matrimonio civil celebrado el día 5 de marzo de 1964 ante el Registro Civil de Gibraltar entre el actor P. G. A., súbdito español, y doña C. A. P., súbdita del Reino Unido.

En la demanda interpuesta por el marido, éste, después de afirmar que ninguno de los cónyuges había sido bautizado en la fe católica y que el matrimonio no había sido inscrito en el Registro Civil español por no haberse

practicado el correspondiente expediente, expone cómo tras los primeros años de armonía entre los cónyuges, en los cuales nacieron dos hijos, surgieron ciertas desavenencias en el matrimonio, debido a la conducta de la esposa, que se han ido agravando hasta un extremo insostenible. Concluye suplicando, como petición fundamental, que se declare la separación del matrimonio y culpable de injurias graves a la esposa.

Como se ve, no hay en esta demanda petición alguna sobre la nulidad del matrimonio, la cual sólo surge después por obra y gracia del Ministerio Público. Pero sí que hay en ella una circunstancia básica que debe ser tenida muy en cuenta y que debería, en plena lógica, haber dado lugar a la inadmisión de la demanda. En efecto, el matrimonio se prueba por la sola certificación del Registro Civil extranjero y el propio actor reconoce que aquél no figura inscrito en ningún Registro Civil español. La consecuencia obligada de este hecho es evidente; el matrimonio no puede estimarse probado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2.º de la Ley del Registro Civil. Este artículo, que recoge y desarrolla lo que disponía sobre el particular el artículo 327 del Código civil, establece claramente el carácter de prueba excluyente y monopolística que tiene el Registro Civil español a los efectos de acreditar cualquier hecho inscribible de súbditos españoles. Este es el sentido de su primer párrafo: "El Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos", que se completa con la excepción siguiente: "Sólo en los casos de falta de inscripción o en los que no fuere posible certificar del asiento se admitirán otros medios de prueba; pero en el primer supuesto será requisito indispensable para su admisión que, previa o simultáneamente, se haya instado la inscripción omitida o la reconstrucción del asiento." Y al no darse en este supuesto ninguna de las excepciones previstas, resulta claro que el Juez de Primera Instancia estaba obligado a rechazar la demanda, en aplicación de lo establecido en el repetido artículo, así como en el artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no presentación del documento esencial en que la parte interesada funda su derecho (16). Y es obvio también que esta consecuencia, por apli-

(16) Nótese, además, que no ya sólo el matrimonio en cuestión carece de efectos probatorios, sino que, en rigor, no pueden serle reconocidos de ningún tipo mientras no se inscriba en el Registro. Así lo dispone para el matrimonio canónico el artículo 76 del Código civil, y de modo general, tanto para el canónico como el civil, el artículo 70 de la Ley del Registro Civil. Y como este artículo 70, a diferencia del artículo 2.º de la Ley, no contiene ninguna excepción, la consecuencia forzosa es estimar que, para el matrimonio, a diferencia de lo establecido para los demás hechos y actos inscribibles, no bastará siquiera con instar la inscripción omitida, sino que habrá que esperar a que la misma se practique en el Registro Civil. Lo contrario supondría reconocer efectos al matrimonio al margen de su inscripción, en contravención de lo expresamente dispuesto por el artículo 70 de la Ley del Registro Civil.

Hay que hacer, sin embargo, una importante salvedad sobre esta falta de eficacia del matrimonio no inscrito. Este no surtirá efectos de ninguna clase *en cuanto tal matrimonio*, pero, en cambio, a mi juicio, deberá surtir, al menos con respecto de los hijos, los efectos del matrimonio *putativo*, conforme a lo dispuesto en el artículo 69 del Código civil. Existiendo el "minimum" de forma necesario para que aparezca esta figura, ha de concluirse que desde tal momento existe matrimonio putativo, sin necesidad de esperar, a pesar de la letra del artículo 69, a que se produzca la declaración judicial de nulidad. Sería

cación del principio "iura novit curia", puede y debe ser apreciada de oficio por el Juzgador en cualquier momento procesal del pleito.

Junto a esta obligación legal incumplida del Juez de Primera Instancia de rechazar la demanda, el mismo órgano judicial incumplió también con el deber de procurar la concordancia entre el Registro Civil y la realidad, que la viene exigido por los artículos 24 y 26 de la Ley de Registro Civil y 95 del Reglamento del Registro Civil. Del conjunto de estos artículos resulta evidente que el Juez de Primera Instancia estaba obligado a comunicar el hecho inscribible, pero aún no inscrito, al Ministerio Fiscal, "con remisión de los documentos que puedan servir de título", en este caso, la certificación del Registro Civil de Gibraltar, para que en su base el Ministerio Público incoara el expediente previsto en los artículos 73 de la Ley del Registro Civil y 249 de su Reglamento. La legitimación del Fiscal para este expediente se desprende claramente de las normas indicadas, y la inscripción, en su caso, debería practicarse en el Registro Civil de la Línea de la Concepción, cuya competencia se extiende al territorio de Gibraltar (art. 67 del Reglamento del Registro Civil).

El incumplimiento por el Juez de Primera Instancia de estos dos deberes: rechazar la prueba del matrimonio presentada y promover la inscripción omitida, origina ya un desenfoque total en el litigio, que no podrá ser corregido, especialmente por la actitud extraña e inconcebible del Ministerio Fiscal.

Este, en efecto, y a pesar de que a él le alcanzaban igualmente las obligaciones legales indicadas, al contestar la demanda "se saca de la manga" (valga la expresión) un verdadero truco de prestidigitador, interesando en vía reconvenicional se declarase la nulidad del matrimonio, aduciendo, según resulta del escueto resultando de la sentencia, que el actor estaba obligado a la forma canónica, por no haber probado en ningún momento su acatolicidad y que, además, tampoco quiso contraer matrimonio civil ante las Autoridades españolas en territorio español o en el extranjero ante el Cónsul.

No hay que insistir mucho en la total inconsistencia de esta reconvenición. Pretender la nulidad del matrimonio civil por una supuesta condición de católico del contrayente español, cuando no hay elementos de juicio para ello ni el menor indicio en este sentido y cuando el propio actor en el escrito de demanda ha afirmado no estar bautizado en la Iglesia Católica, es una actitud tan incomprensible, que sólo puede explicarse sobre la base de conceder al Ministerio Público unas facultades adivinatorias o parapsicológicas, de que

absurdo, en efecto, que sólo fueran legítimos los hijos del matrimonio declarado nulo y que se negase, en cambio, tal condición a los hijos del matrimonio aún no inscrito y que, por lo mismo, incluso podría ser válido o si es nulo todavía no ha recibido sanción judicial tan grave. "Mutatis mutandis" lo mismo podría afirmarse respecto de la nacionalidad española de la extranjera casada con español antes de la Ley 14/1975, de 2 de mayo, visto especialmente la referencia al artículo 69 del Código civil que contenía el artículo 21 del Código en su anterior redacción.

Este criterio de que el matrimonio celebrado en el extranjero por un español, aun antes de su inscripción en el Registro, debe producir los efectos propios del matrimonio putativo es doctrina constante de múltiples Resoluciones de la Dirección General de los Registros (cfr., por ejemplo, las de 4 de abril, 15 de octubre y 27 de noviembre de 1974).

no suelen gozar los demás mortales... El Fiscal, repito, antes que inventarse esta nulidad debería haber promovido la inscripción del matrimonio. Pero si esto es inconcebible, aún resulta más sorprendente que vaya a triunfar, como veremos, en el fallo del Tribunal Supremo la tesis de la nulidad, sin que, en rigor, existieran entonces nuevos elementos de juicio, además de los ya examinados.

La demandada, por su parte, fórmula también reconvencción, pero pidiendo solamente la separación de los cónyuges y que se declarase culpable al marido de malos tratamientos de obra. En cuanto a creencias religiosas, es interesante hacer constar que indica expresamente en la contestación a la demanda que desconoce la religión del actor y que la de la demandada es la protestante.

Por otra parte, que la actitud del Ministerio Público supuso una iluminación al actor al señalarle la posibilidad ventajosa de una posible nulidad en la que hasta entonces no había siquiera pensado, resulta muy claro de la contestación a la reconvencción de aquél. El demandante, en efecto, muestra su conformidad con lo alegado por el Fiscal y añade que "se tenga al demandante reconvenido por no opuesto con carácter subsidiario al pedimento de nulidad promovido por el Ministerio Fiscal".

En fin, el Juez de Primera Instancia —y su sentencia fue confirmada íntegramente por la Audiencia ante la apelación del Fiscal— dicta su fallo, desestimando la reconvencción de este último y estimando en parte la demanda y la reconvencción de la esposa, decreta la separación de los cónyuges, con las oportunas declaraciones complementarias en cuanto a los bienes y custodia de los hijos.

El Ministerio Fiscal recurre en casación ante el Tribunal Supremo, sin que en el recurso comparezca ninguna de las partes recurridas, lo que viene a demostrar su conformidad implícita con la salida a la situación de su matrimonio que tan inesperada y gustosamente se les ofrece.

2. *Los motivos del recurso*

Son tres, de los cuales acoge el Tribunal Supremo los dos últimos. El primero, en el que por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se aduce el error de hecho en la apreciación de la prueba es rechazado por el primer considerando de la sentencia, atendiendo, fundamentalmente, a que los documentos invocados no reúnen el carácter de auténticos a los efectos de la casación, así como porque a través de este camino lo que se pretende en realidad es discutir la cuestión sobre la prueba de acatolicidad, que es materia de otro de los motivos alegados. No es necesario, pues, detenerse en el examen de este motivo en el que el Fiscal lo que aducía, en síntesis, es que la certificación del Registro Civil de Gibraltar no probaba la acatolicidad de los contrayentes y esto se veía corroborado por la certificación negativa del Registro Civil de La Línea. Tiene, sin embargo, interés reproducir algunas de las frases empleadas en el desarrollo del motivo. Me refiero a las siguientes: "Si no hay inscripción en Registros españoles no hay matrimonio productor de efectos. No obstante, tal certificación negativa de la inscripción cuestionada, la sentencia recurrida al acordar la separación

matrimonial, viene a admitir la eficacia en España de un matrimonio civil no inscrito con lo que se sitúa en evidente contradicción con la certificación negativa y con sus efectos, pues lo no inscrito en el Registro Civil español es impeditivo de originar cualquier tipo de eficacia provisional o definitiva." Con las salvedades antes indicadas esta doctrina es perfecta, pero su consecuencia obligada, si el Ministerio Fiscal se hubiera detenido a pensar así en el momento de la contestación a la demanda, es que hubiera debido pedir entonces la inadmisión de ésta, al mismo tiempo que promover de oficio la inscripción omitida.

El motivo segundo del recurso, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de enjuiciamiento civil, acusa la interpretación errónea de los artículos 73 de la Ley del Registro Civil y 249 del Reglamento del Registro Civil, en relación con el artículo 101, 4.º, del Código civil. El desarrollo de este motivo, en el que aparece una clarísima influencia, incluso en la terminología empleada, de la tesis de Lalaguna en su obra antes citada, el Fiscal pone de relieve el cambio que han supuesto los artículos señalados de la Ley y del Reglamento del Registro Civil, sobre la opinión dominante, según él, en la doctrina y la jurisprudencia acerca de la nulidad formal de los matrimonios civiles de españoles contraídos en el extranjero, según la "Lex loci". Actualmente, por el contrario, tal forma es admisible, pero por esto no se presume que el matrimonio es válido, "sino que queda en una situación de ineficacia interina que será despejada de dos modos: si la acatolicidad de los contrayentes se prueba *a posteriori* y el matrimonio se inscribe en el Registro será válido; en caso contrario será nulo".

Sobre esta base, la argumentación, en síntesis, esgrimida se centra en razonar que el expediente para la inscripción, exigido por los artículos citados, no se ha intentado, a pesar de los ocho años transcurridos; que tampoco se ha practicado la anotación de tal matrimonio permitida por los artículos 80 de la Ley del Registro Civil y 272 del Reglamento; que aun practicada esta anotación, la misma por su valor simplemente informativo (artículo 38 de la Ley del Registro Civil) no es capaz de originar *per se* una presunción de la validez o legitimidad del matrimonio, por lo que, en definitiva, "el matrimonio *lex loci* no inscrito a través del procedimiento prescrito en la legislación registral, carece de relevancia jurídica y realmente es inexistente, pues lo que da eficacia en España a tal tipo de matrimonio es la inscripción del acto en el Registro español".

Volveremos más adelante sobre estos argumentos. De momento, basta anticipar que el Fiscal olvida dos ideas fundamentales: su obligación de promover la inscripción en el Registro español y que no hay plazo ninguno para la práctica de ésta, como lógicas consecuencias de la deseable y necesaria concordancia entre el Registro y la realidad.

El motivo tercero del recurso se formula también al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en él se acusa la violación del párrafo tercero del artículo 42 y del último párrafo del artículo 86, ambos del Código civil, en relación con los 4 y 9 del propio ordenamiento que resultan infringidos en igual concepto. Sintéticamente, la línea argumental es la siguiente: los artículos 73 de la Ley del Registro Civil y 249 del Regla-

mento del Registro Civil toleran, para estos matrimonios civiles celebrados según la forma local, que la prueba de la acatolicidad se realice "a posteriori", a diferencia de los demás matrimonios civiles de españoles en los cuales la prueba ha de ser previa. Ahora bien, esta tolerancia no implica ni dispensa de la prueba ni presunción alguna en favor de la validez del matrimonio. Y no son suficientes, a estos efectos probatorios, las simples manifestaciones de las partes vertidas en el pleito, pues ni han sido objeto de prueba, ni se han realizado en el expediente gubernativo necesario conforme al artículo 249 del Reglamento del Registro Civil.

Hay que señalar, por último, sobre este tercer motivo del recurso —que indudablemente es el que más puede impresionar a primera vista y cuya crítica luego indicaré—, que el Ministerio Fiscal opina que la acatolicidad ha de darse también en el contrayente extranjero: "la prueba de acatolicidad —nos dice— se exige, con tono imperativo, para ambos contrayentes, operando la nacionalidad española de cualquiera de las partes como nexo de vinculación del precepto".

3. *La doctrina de la Sentencia y su crítica*

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso, decretando, por tanto, en su segunda sentencia, la nulidad del matrimonio civil discutido, atendiendo a las razones que expone en su segundo considerando que transcribo a continuación: "Que bajo los motivos segundo y tercero del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, ambos formulados por el cauce del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa en el primero de ellos la interpretación errónea de los artículos setenta y tres de la Ley del Registro Civil y doscientos cuarenta y nueve de su Reglamento en que se apoya la sentencia recurrida, en relación con el número cuarto del artículo ciento uno del Código civil; y en el tercero, la violación del párrafo tercero del artículo cuarenta y dos y último del artículo ochenta y seis del Código civil, en relación con el cuatro y nueve del mismo cuerpo legal igualmente violados, motivos que han de estimarse, pues si bien la legislación vigente del Registro Civil y concretamente el artículo setenta y tres de la Ley viene a reconocer la posibilidad de la validez de los matrimonios civiles celebrados por españoles en el extranjero conforme a la legislación del lugar, sentido en que debe entenderse modificada la dicción del número cuatro del artículo ciento uno del Código civil, que en el caso presente resultaría reforzada por la situación especial del territorio de Gibraltar, carente de representación consular española; sin embargo, para el reconocimiento de la validez de aquél y eficacia en España, se exige la prueba de la acatolicidad de los contrayentes, lo que debe verificarse y acreditarse con anterioridad a aquel acto, y cuando no resulte se haya llevado a cabo, con posterioridad al mismo, a través del expediente que para su transcripción en el Registro Civil español, haya de instruirse con arreglo al citado precepto de la Ley del Registro Civil y concordante artículo doscientos cuarenta y nueve de su Reglamento, requisito el de la inscripción, previa la oportuna prueba de acatolicidad, necesario para que pueda reconocérsele al matrimonio celebrado en aquellas circuns-

tancias plena eficacia en España, y como en el caso de autos la propia sentencia recurrida señala, con cita incluso de los correspondientes folios, sólo constan unas manifestaciones de acatolicidad hechas en la demanda por la representación del actor, no reconocidas por la representación de la otra parte, que manifiesta en su contestación a la demanda, ignorar la religión que profesa aquél, afirmando por su parte que su representada es protestante, manifestaciones no ratificadas por las propias partes personalmente durante el período probatorio, ni complementadas con ningún otro medio de prueba, que ni siquiera se ha intentado, son manifestaciones insuficientes para acreditar aquellos extremos, por lo que resulta evidente que la existencia de aquel acto o matrimonio civil celebrado en Gibraltar ante la Autoridad local, con arreglo a la legislación inglesa, no puede reconocérsele validez ni eficacia en España, por faltarle la prueba de la acatolicidad de los contrayentes en la fecha de celebrarse el matrimonio civil atendida la nacionalidad española del demandante, lo que lleva consigo la nulidad del acto conforme al artículo cuarto y nueve del Código civil vigente en la fecha de la celebración del matrimonio, preceptos que se invocan como infringidos en el motivo tercero del recurso juntamente con el párrafo tercero del artículo cuarenta y dos del propio cuerpo legal, que exige para que pueda autorizarse la celebración del matrimonio civil la probanza de que ninguno de los contrayentes profesan la religión católica, incumbiendo la prueba de dichos extremos a los propios contrayentes conforme al párrafo último del artículo ochenta y seis del mismo Código, y al no haberlo entendido así la sentencia recurrida, procede su casación acordando la nulidad e ineficacia del matrimonio civil a que el presente proceso se refiere, sin hacer expresa imposición de costas del recurso.”

Sin necesidad de insistir en el desenfoque inicial del litigio, que ha contribuido en gran medida a este extraño resultado, lo cierto es que el considerando transcrito es merecedor de dura crítica, atendiendo a las siguientes razones principales:

a) Porque la prueba de la acatolicidad relativa al contrayente español ha de reputarse totalmente suficiente a tales efectos. Si, en efecto, cuando estaba en vigor la Orden de 1941, la declaración jurada de no haber sido bautizado bastaba para acceder al matrimonio civil, no se comprende por qué ha de exigirse ahora un mayor rigor. Es un contrasentido que lo que se estimaba viable en el momento de mayor aproximación al Derecho canónico contenido en el *Codex* se considere como insuficiente cuando el sistema español ha pasado a ser “cuasifacultativo” y cuando la misma Orden de 1941 es calificada por el propio Tribunal Supremo como “norma rebasada” a la luz de las nuevas disposiciones.

Al que declara solemnemente, como en el caso de autos, que no está bautizado, no se comprende por qué hay que obligarle a presentar más pruebas sobre su acatolicidad, a no ser que se estime como imprescindible el anacrónico requisito del juramento que exigía específicamente la Orden citada.

En fin, si lo fundamental, según han afirmado con acierto las otras dos Sentencias comentadas del Tribunal Supremo, es ya no el simple hecho del bautismo, sino la conducta que denota la no profesión del interesado, es evidente que los actos del mismo reflejados en los resultandos son concluyentes

en patentizar su acatolicidad. Una buena corroboración es la propia declaración de la esposa, cuando manifestó en la contestación a la demanda que ignoraba la religión de su marido. Si después de varios años de matrimonio la mujer no sabe siquiera la religión de su esposo, no puede haber prueba más clara de que éste no ha profesado la religión católica durante todo ese tiempo.

En definitiva, el argumento utilizado por el Tribunal Supremo supone de una parte un retroceso a una postura aún más rigorista que la mantenida por la Orden de 1941, y de otra parte, una contradicción total o insalvable con el criterio sentado por las sentencias de 20 de abril de 1974 y de 11 de marzo de 1975.

b) Porque no hay ningún motivo serio para imponer la prueba de la acatolicidad en el matrimonio civil al contrayente extranjero. El hecho de que los artículos 42 y 86 del Código civil, así como los 243 y concordantes del Reglamento del Registro Civil, hablen en plural, refiriendo el requisito de la acatolicidad a ambos contrayentes, se explica simplemente, porque tales preceptos están pensando en el supuesto de matrimonios de españoles entre sí, pero no puede significar que pretenden establecer una excepción inexplicable a las normas generales de nuestro Derecho internacional privado.

La acatolicidad, en efecto, hay que considerarla como una condición de fondo para la celebración del matrimonio civil y, como tal, cuestión de capacidad y de estado civil que ha de regirse por la ley nacional respectiva de cada cónyuge, conforme dispone hoy el artículo 9.º, 1, del título preliminar. Bien está que al súbdito español se le imponga el cumplimiento de tal requisito, pero no hay ninguna razón para imponérselo al extranjero, cuando su ley personal respectiva no lo establezca taxativamente. Creo indefendible que pueda excluirse la aplicación normal de la ley extranjera en beneficio de la española, acudiendo al cómodo expediente de aducir motivos de orden público, según lo dispuesto por el actual artículo 12, 3, del Código civil. Dicho de otro modo, la ley extranjera que permita a sus nacionales contraer matrimonio civil sin declaración ni justificación alguna de sus creencias religiosas no puede considerarse en absoluto contraria al orden público español, especialmente si se tiene en cuenta la liberalización en cuanto a la forma de acreditar la acatolicidad implícita en la Ley de Libertad Religiosa y explícita en la reforma del Reglamento del Registro Civil de 22 de mayo de 1969.

Por esto mismo, la afirmación del Ministerio Público, recogida por la sentencia, aunque sin razonar sobre ella, de que la prueba de la acatolicidad se exige imperativamente para ambos contrayentes, porque la nacionalidad española de cualquiera de ellos opera como nexo de vinculación del precepto, no es sino una aseveración gratuita, sin base legal alguna y que prescinde de las normas de conflicto vigentes en nuestro Derecho.

c) Porque toda la argumentación de la sentencia gira obsesivamente sobre una base falsa, cual es la de entender que la prueba de la acatolicidad, bien "a priori" en los casos normales, bien "a posteriori" en los supuestos como el presente, se configura como requisito imprescindible para la validez del matrimonio civil, cuando, si acaso, lo que puede estimarse como condición

necesaria de validez es la acatolicidad misma del contrayente español, pero no su simple prueba (17).

En efecto, aunque la prueba presentada pueda tacharse de errónea, falsa o incompleta, esto no significa que haya que concluir que el contrayente era católico. Por el contrario, lo procedente será exigir a la parte que presente otros medios probatorios fehacientes de su acatolicidad —e incluso investigarlos de oficio, como veremos—, pero no llegar sin más averiguaciones a la sanción máxima de declarar la nulidad del matrimonio. No hay razón para conculcar tan gravemente el clásico principio del “favor matrimonii”.

d) Porque, por lo mismo, es completamente superficial la concentración jurídica que hace la sentencia del matrimonio civil celebrado en el extranjero en la forma de la “lex loci”, mientras el mismo no se transcribe en el Registro Civil español.

Puede afirmarse, si se quiere, con Lalaguna que tal matrimonio está en una situación irregular de “validez incierta” (18), pero es necesario completar esta afirmación con la observación de que esa incertidumbre no debe prolongarse y que el deseo del legislador es que la misma se disipe cuanto antes. Por un lado, no hay plazo para promover la inscripción omitida, lo que significa que no puede declararse la nulidad por el simple hecho de que hayan transcurrido muchos años desde la celebración del matrimonio. Por otro lado, hay que recordar que la obligación de promover el asiento omitido incumbe, en primer lugar, a los propios contrayentes, pero no se circunscribe a los mismos, sino que alcanza también a cualquier persona con interés legítimo e incluso al propio Ministerio Fiscal; y no sólo esto, sino que además cualquier Autoridad y funcionario tiene el deber de comunicar los hechos no inscritos, con todas las circunstancias posibles, al Ministerio Fiscal, con remisión de los documentos que puedan servir de título.

Así resulta de la aplicación directa de la serie de preceptos de la legislación del Registro Civil que desenvuelven el principio de interés público de procurar la concordancia entre el Registro y la realidad (cfr. especialmente los artículos 24, 26 y 97 de la Ley del Registro Civil y 92, 94 y 95 del Reglamento del Registro Civil).

Por lo tanto, el expediente para la transcripción del matrimonio civil en el extranjero, desarrollado por el artículo 249 del Reglamento, debe ser promovido, incluso de oficio y contra la voluntad de los interesados, desde el primer momento en que un órgano oficial tenga conocimiento de su existencia. No hay ninguna razón para excluir este particular expediente de las reglas generales indicadas que tienden a lograr la concordancia entre el Registro Civil y la realidad extrarregistral (19).

(17) Esta misma idea aparece apuntada en la Resolución de 14 de marzo de 1967, relativa precisamente también a un matrimonio civil contraído en Gibraltar por dos españoles.

(18) Personalmente preferiría la expresión “eficacia incierta”, que tiene la ventaja de no hacernos olvidar que tales matrimonios son, en principio, *válidos en cuanto a su forma*, por virtud de lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley del Registro Civil.

(19) En teoría, este expediente puede terminar con la inscripción del matrimonio civil si se comprueba la acatolicidad y las demás circunstancias pre-

e) Porque es un gravísimo error de la sentencia comentada afirmar que, tratándose de estos matrimonios en el extranjero, la prueba de que los contrayentes no profesan la Religión Católica incumbe a los propios contrayentes conforme al párrafo último del artículo 86 del Código civil.

Lo equivocado de esta doctrina es evidente no ya sólo por razones teóricas (como el olvido que supone del principio de interés público, antes mencionado, sobre concordancia entre el Registro y la realidad, o como el argumento incontestable de que el artículo 86 del Código es de imposible aplicación a estos especiales matrimonios y se refiere exclusivamente a los celebrados ante autoridades españolas), sino por razones prácticas cuyo peso es decisivo. Efectivamente, la afirmación del Tribunal Supremo, en cuanto a la carga de la prueba de la acatolicidad, implicaría, de ser cierta, la consecuencia inadmisiblemente de *dejar al arbitrio de las partes la decisión sobre la validez de su matrimonio*.

No es preciso insistir mucho sobre este extremo, pues la conclusión obtenida repugna a la conciencia y a la justicia. Hay que rechazar categóricamente que el matrimonio civil celebrado por españoles en el extranjero, según la forma local, pueda quedar reducido a un verdadero matrimonio a prueba, o a una experiencia prematrimonial bendecida por el legislador español. La consecuencia práctica que resulta, en efecto, de la tesis de la sentencia es la de que, si las partes quieren dar eficacia a su matrimonio, podrán, luego del tiempo prudencial que estimen oportuno y si no se han producido desavenencias entre ellos, promover la transcripción de su enlace en el Registro Civil español. En cambio, si a juicio de ambos o de uno solo de ellos —lo que es aún más indignante— el matrimonio resulta un fracaso, no tendrá el interesado más que pedir la nulidad del matrimonio por falta de su inscripción o quizá con mayor comodidad aún, procurar que el celo de un fiscal le incline a ejercitar éste, ante la pasividad de aquéllos, la correspondiente acción de nulidad (20).

vistas por el artículo 249 del Reglamento o bien con la denegación de aquélla en otro caso.

Ahora bien, si nos atenemos al Derecho vivo, es importante constatar que últimamente, y siempre que no se interfirieran problemas sobre la libertad de los cónyuges, el repetido expediente acaba siempre positivamente cuando la única cuestión planteada es la de la acatolicidad de las partes. Pueden consultarse en este sentido los casos resueltos por las Resoluciones de 20 de enero y 14 de marzo de 1967, 3 de agosto de 1970 y 18 de septiembre de 1972.

(20) Hay que señalar también las dificultades prácticas que comportará la ejecución de la sentencia de nulidad del matrimonio. Naturalmente, por tratarse de un hecho relativo al estado civil de un español debe ser objeto de inscripción en el Registro Civil, conforme a los principios generales contenidos en los artículos 1, 15 y 25 de la Ley del Registro Civil. Concretamente, la inscripción de la sentencia de nulidad debe verificarse al margen de la inscripción de matrimonio (art. 76 de la Ley del Registro Civil), expresándose en aquélla la cancelación de ésta (artículo 260 del Reglamento del Registro Civil). Y es evidente que esto no puede realizarse en el caso en cuestión, al no existir ni ser factible la inscripción del matrimonio.

Aunque la segunda Sentencia del Tribunal Supremo no se plantea siquiera esta cuestión, y es lo más probable que en la práctica no llegue a inscribirse aquélla en el Registro Civil, técnicamente la solución registral la proporciona el mecanismo de las llamadas "anotaciones soporte" previstas en el artículo 154, 1.º, del Reglamento y que no tienen otro efecto que el de permitir la

V. CONCLUSIONES

Las afirmaciones de las tres sentencias examinadas chocan tanto entre sí que resulta realmente aventurado pronosticar qué camino va a seguir el Tribunal Supremo cuando vuelvan a plantearse ante él otros casos semejantes. Con esta salvedad, y más como deseo personal que como conclusiones seguras, pueden anticiparse las siguientes:

1.^a Es de esperar que en lo sucesivo no llegue ya nunca a declararse la nulidad del matrimonio civil celebrado por español en el extranjero con arreglo a la forma local, por razón de la alegada catolicidad del contrayente, cuando tal matrimonio *haya sido inscrito* en el Registro Civil español a través del oportuno expediente reglamentario.

2.^a Es de temer, por el contrario, que si tal tipo de matrimonio *no ha sido inscrito* en el Registro Civil español (bien porque no se haya intentado siquiera su transcripción, bien porque el expediente haya terminado con decisión desfavorable), prosperará la demanda de nulidad del matrimonio, aunque la misma se base exclusivamente en la cualidad de bautizado del contrayente español.

3.^a Es de desear que la anterior conclusión no prevalezca y que se fomenten, en cambio, un estado de opinión en el sentido de que ningún matrimonio civil de españoles, siempre que sea válida la forma en que se haya celebrado, deba ser declarado nulo en razón solamente a la alegada condición de católico de uno de los contrayentes.

Recogiendo ideas ya expuestas en otra ocasión (21), hay que concluir, en efecto, que la pretendida infracción del artículo 42 del Código civil no debe llegar a producir la sanción de nulidad del matrimonio civil o, dicho de otro modo, tal artículo impone hoy solamente un deber moral a los católicos, cuya sanción ha de quedar limitada al fuero de su conciencia y no ha de traspasar al ámbito civil. Esta solución viene avalada por los siguientes argumentos, que expongo sintéticamente: a) Interpretación histórica. Como ha demostrado la investigación de los autores, singularmente Fuenmayor, Lalaguna y Conde-Pumpido, el artículo 42 del Código civil, lo mismo que su precedente inmediato, la base 3.^a de la Ley de 11 de mayo de 1888, oficiosamente concordada por Alonso Martínez con la Santa Sede, pretendía establecer en España, aunque fuera de un modo subrepticio, el sistema del matrimonio civil facultativo. Ello explica la vaguedad intencionada de la redacción del primitivo artículo 42 y que el mismo ponga el acento no en el bautismo en la Iglesia, sino en el concepto de profesión de la Religión Católica. Y la reforma de este artículo por la Ley de 24 de abril de 1958 no altera sustancialmente la interpretación, puesto que se sigue utilizando el mismo término de profesión de la Religión Católica. b) Interpretación sistemática. La comparación del artículo 42 con otros preceptos del Código demuestra claramente el propósito del legislador de implantar el matrimonio de libre elección. Es significativo, a tales efectos,

práctica de asientos marginales. Además, tal anotación soporta de la inscripción de nulidad del matrimonio está especialmente regulada en el artículo 272 del Reglamento del Registro Civil.

(21) *Obra citada, especialmente página 548, nota 18.*

el artículo 51 que admite implícitamente que una misma persona pueda indiferentemente contraer matrimonio civil o canónico, puesto que sólo para el supuesto de concurrir un matrimonio canónico y civil formalmente válidos era necesaria la proclamación de ineficacia que el mismo contiene; el artículo 83, 4.º, del Código que permite claramente que un ordenado *in sacris* o un profeso en orden religiosa canónicamente aprobada contraiga matrimonio civil, si obtiene la correspondiente dispensa canónica; el artículo 101, en fin, que al señalar las causas de nulidad del matrimonio civil para nada se refiere al artículo 42 del Código, ni a la vulneración de la norma en él contenida. c) Interpretación sociológica. La necesidad de atender a la "realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas" las normas es un elemento interpretativo recogido hoy, junto a los demás factores tradicionales, por el nuevo artículo 3, 1, del título preliminar. Y es evidente que luego de la liberalización llevada a cabo por la Ley de libertad religiosa y por la reforma del Reglamento del Registro Civil de 22 de mayo de 1969, mucho ha cambiado en este punto la sociedad española y la sanción de nulidad de un matrimonio civil, por motivos puramente religiosos, se aviene muy mal con los criterios actuales de nuestra sociedad, incluidos muchos sectores católicos, lo mismo que con el conjunto de nuestro ordenamiento jurídico, y d) Una interpretación de equidad (22), cuyo concepto debe ponderarse en la aplicación de las normas, según declara hoy expresamente el artículo 3, 2, del Código civil. En la gran mayoría de los casos ocurre, en efecto, que la infracción invocada "a posteriori" del artículo 42 del Código envuelve un propósito fraudulento, como es el de obtener un verdadero divorcio del matrimonio civil mediante la alegación por el actor de su condición de bautizado. Esto especialmente cuando la otra parte no es católica y está válidamente casada según su ley personal implica una actuación torpe o de mala fe, cuya viabilidad debe ser rechazada por aplicación hoy del principio general recogido en el artículo 7, 1, del título preliminar.

En último término, aunque no se compartan las anteriores ideas y se opine que el matrimonio civil de españoles estará afectado de nulidad si existe infracción del artículo 42, siempre habrá que reconocer, al menos, como ya

(22) En el fondo, este argumento es el utilizado por una interesantísima Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 13 de mayo de 1975, la cual no fue recurrida en casación. Se trataba también de un matrimonio civil celebrado en París en 1964 entre un español y una norteamericana. El marido pedía la nulidad del matrimonio, alegando, al parecer exclusivamente, su cualidad de católico, a pesar de que de los hechos expuestos se deduce que la contrayente era divorciada de un matrimonio anterior. Limitada la fundamentación jurídica a aquella circunstancia, la sentencia de la Audiencia, confirmando la del Juzgado, pone de relieve que la pretensión envuelve un fraude a la esposa, válidamente casada según su estatuto personal, así como a la Ley Francesa, al amparo de la cual se celebró el acto, todo lo cual tiñe a la actitud del actor de un tinte indudable de ilicitud.

Otras afirmaciones de la sentencia no son, sin embargo, muy exactas. Así, cuando en el primer considerando se señala que el demandante había vulnerado en el artículo 42 del Código civil, puesto que si estaba acreditado su bautismo, no, en cambio, su profesión de la Religión Católica en el momento en

indiqué en el trabajo citado (23), las enormes y prácticamente insuperables dificultades de prueba que entrañará la acción de nulidad, ya que el solo hecho de contraer matrimonio civil es un fuerte indicio —una presunción casi invencible— de que los contrayentes no profesaban entonces la Religión Católica.

que se autorizó el matrimonio. Lo mismo ocurre cuando en el mismo considerando se trae a colación la doctrina de los actos propios, ya que, por definición, esta prohibición de ir contra actos propios anteriores no juega cuando se trata de hechos ilícitos o ilegales, y la propia Sentencia declara que el demandante infringió el repetido artículo 42 del Código.

(23) Ob. cit., pág. 561.