

Problemática sobre la forma del matrimonio a la luz de los artículos 53, 73.3 y 78 del Código civil

Por PILAR MOLINA HERREZUELO

Profesora Asociada del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de Cáceres

SUMARIO: Consideraciones Previas.—A) Artículo 73.—1. Introducción.—2. Consecuencia jurídica del artículo 73.3 del Código Civil: la nulidad.—3. Artículo 73.3, análisis del supuesto de hecho que plantea: 3.1. Sentido del término «intervención».—3.2. Alcance de la expresión «Juez o funcionario ante quien deba celebrarse».—B) Artículo 53. del Código Civil.—1. Posición sistemática del artículo 53 del Código Civil dentro de la norma general del artículo 73.3 del Código Civil.—2. Consecuencia jurídica del artículo 53 del Código Civil: validez o eficacia.—3. Artículo 53, análisis del supuesto de hecho que plantea: 3.1. Significado de la expresión «incompetencia o falta de nombramiento legítimo del Juez o funcionario».—3.1.1. Relevancia de estas irregularidades en el supuesto de matrimonio religioso.—3.2. Condiciones de actuación de la norma.—3.2.a) Presupuesto objetivo: «ejercicio público de las funciones».—3.2.b) Presupuesto subjetivo: buena fe.—C) Artículo 78.—1. Sentido de la prohibición al Juez de acordar la nulidad de un matrimonio; ¿es una declaración de validez?—2. Buena fe.—3. Ambito de la norma.—3.1. Inciso final. Enumeración de irregularidades acaecidas en la forma que provocan la nulidad del matrimonio aun con buena fe de los contrayentes.—3.2. Enumeración casuística de supuestos de irregularidades en la forma no susceptibles de subsunción en el artículo 73.3 del Código Civil y que necesitan de la buena fe de uno de los cónyuges para que se produzca la consecuencia jurídica prevista en el artículo 78.—3.3. Enumeración casuística de irregularidades acaecidas en la forma que provocan la consecuencia jurídica prevista en el artículo 78 del Código Civil aun con mala fe de los contrayentes.—4. Ambito del matrimonio putativo en supuestos de nulidad por irregularidades acaecidas en la forma: casos de matrimonios aparentes que padecen nulidad por irregularidades en la forma, habiendo concurrido buena fe en los contrayentes.—D) Consideración final.

CONSIDERACIONES PREVIAS

El presente estudio pretende exponer sistematizada y coherentemente el régimen jurídico de la forma del matrimonio que se infiere principalmente de los artículos 53, 73.3 y 78 del Código Civil, difícilmente compatibles entre sí en la impresión que proporciona su primera lectura, sin embargo, analizándolos más detenidamente, vemos como el precepto contenido en el artículo 73.3 del Código Civil aplicable a todas las formas de matrimonio —civiles y religiosos— resulta recortado en su ámbito por el contenido del artículo 53; el artículo 78, por su parte, completa e integra la regulación contenida en el mencionado artículo 73.3.

Antes de comenzar la exposición en sentido estricto, considero conveniente presentar al lector, a modo de preámbulo algunas observaciones y puntualizaciones:

— Las especificidades de la regulación española, nacidas de un difícil equilibrio político, la alejan de otras vecinas, no demasiado útiles por ello para la correcta interpretación de nuestros preceptos, finalidad de este estudio.

— Dado el carácter «anglosajón» imperfecto de nuestro sistema matrimonial (1), es aplicable el Derecho canónico en materia de for-

(1) Creemos obligado, antes de adentrarnos en el tratamiento del tema que nos ocupa, contestar a la pregunta de cuál es el sistema matrimonial por el que ha optado nuestro legislador a la hora de elaborar la Ley 7/81 de 7 de julio. Podemos decir que de la postura que adopte el Estado ante otras regulaciones jurídicas del matrimonio, no realizadas por él, sino por otro Ordenamiento con potestad para ello, resultará el sistema matrimonial adoptado. En este sentido, hay que distinguir entre el término *formas de matrimonio* y el término *clases de matrimonio*; *formas* son las solemnidades externas que exteriorizan las voluntades que producen el vínculo; pueden ser de índole religiosa o civil; *clases* de matrimonio son los distintos modelos unitarios de regulación de la relación matrimonial.

El sistema matrimonial español, a tenor de la Constitución, el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos suscrito entre La Santa Sede y España de 3 de enero de 1979 y la Ley 7/81 de 7 de julio nos parece plenamente encuadrable en el llamado sistema de matrimonio civil electivo o facultativo de tipo *anglosajón* (utilizamos este término por ser el mayoritariamente admitido por la doctrina advirtiendo de su posible imprecisión). Las razones son las siguientes:

La primera de las razones a favor del mantenimiento de la tesis de la calificación del sistema español como anglosajón establecido por nuestras normas fundamentales es la del principio de igualdad ante la Ley recogido en varios preceptos de la Constitución; tomemos el artículo 14 como referencia: en él se dice que «los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión...». A mi entender no existiría esta igualdad si se admitiese un sistema matrimonial de tipo latino que estableciera regímenes jurídicos diferentes para los matrimonios dependiendo de que sean civiles o religiosos, regímenes diferentes que afectan a elementos esenciales de la propia institución matrimonial como son las causas de nulidad (no perdamos de vista que en el Ordenamiento civil han desaparecido determinadas circunstancias, como la impotencia y la profesión religiosa y, sin embargo, siguen manteniéndose como tales en el Ordenamiento jurídico canónico) o la posibilidad de disolución del vínculo matrimonial a través del divorcio, posibilidad que se ve negada en el matrimonio canónico, lo que supone en definitiva una renuncia

de derecho reconocido en el Ordenamiento civil realizada a través de la sumisión a un ordenamiento extraño y que al menos en este aspecto no goza, como en otros, de una remisión normativa de carácter material. Además, nos encontramos con el artículo 16 del mismo cuerpo legal donde el Estado se revela como aconfesional y donde la única referencia a la Iglesia Católica se produce cuanto se establece que el Estado mantendrá las consiguientes relaciones de cooperación. Me parece excesivo pensar que estas relaciones de cooperación signifiquen la concesión del campo legislativo y jurisdiccional a un Ordenamiento Jurídico ajeno al nuestro.

— Tomemos en segundo lugar la Constitución de 1978; ésta en su artículo 32.2 contiene una clara «reserva de Ley estatal» en materia de regulación sustancial del matrimonio y, aunque no hace una mención expresa a las causas de nulidad matrimonial, hay que entenderlas incluidas junto a las causas de separación y disolución; el artículo 149.1.8 de la Constitución así lo reafirma claramente otra vez en sede de competencias exclusivas del Estado frente a las Comunidades Autónomas. Es lo que se ha dado en llamar *unidad de ley*; también a tenor del artículo 117.3 de la Constitución deducimos que nuestro sistema matrimonial es *anglosajón* ya que éste artículo establece que «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde y exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan». El mismo artículo sólo admite como excepción la jurisdicción militar, prohibiéndose los Tribunales de excepción. Este principio de unidad de jurisdicción con el ya comentado principio de unidad de ley son los dos aspectos del principio más amplio de *unidad del Ordenamiento jurídico*.

Por otra parte, de la lectura del conflictivo artículo VI del Acuerdo parece inferirse que el Estado reconoce la posibilidad de celebración en forma canónica de un matrimonio civil ya que se reconocen efectos civiles al matrimonio *celebrado* según las normas de Derecho canónico, entendiéndose que esta expresión se refiere sólo a aquellas normas que regulan la forma matrimonial.

— Con respecto a las razones que podemos esgrimir apoyándonos en la normativa civil, debemos hacer referencia especialmente al artículo 80 del Código Civil; la interpretación literal de este artículo así como la disposición adicional segunda es a nuestro juicio abiertamente incompatible con los preceptos de la Constitución configuradores del sistema matrimonial que hemos venido en denominar *anglosajón*. Por ello acudiendo a módulos interpretativos lógicos y sistemáticos desembocamos inevitablemente en una interpretación correctora de parte del texto del artículo 80. Dice el artículo VI.2 del Acuerdo que a solicitud de cualquiera de las partes las resoluciones eclesiásticas sobre la declaración de nulidad o decisión pontificia sobre matrimonio roto y no consumado, tendrán eficacia en el orden civil si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal civil competente. Posteriormente, la Ley 7/81 de 7 de julio, al suprimir la impotencia como impedimento matrimonial, cerraba la puerta a la posibilidad de declarar ajustado al Derecho del Estado las resoluciones pontificias declarando la nulidad del matrimonio roto y no consumado, ya que, si la impotencia no es causa de nulidad del matrimonio civil, difícilmente la falta de consumación de éste puede ser causa de disolución del vínculo, máxime cuando el artículo 58 del Código Civil establece que el matrimonio se perfecciona con el consentimiento válido de los contrayentes y la intervención del Juez o funcionario ante quien deba celebrarse y la de los testigos, norma que corrobora el artículo 61 del Código Civil, y no con la consumación.

De todo lo cual se deduce que la interpretación del artículo 80 del Código Civil y de la disposición adicional segunda, lejos de ser literal debe ser eminentemente lógica, sencillamente para hacerla acorde, no ya con otros preceptos adyacentes del Código Civil sino ante todo con principios básicos constitucionales. Refuerza esta posición el número 1 del artículo 5 de la reciente L. O. 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial.

Precisando más: la Constitución española vigente, a nuestro juicio no impone un sistema matrimonial concreto, pero impide —*ex art. 14, no ex art. 32*— muchos de ellos; en particular, el que hemos denominado sistema matrimonial electivo o facultativo de tipo latino. En la medida en que un Acuerdo internacional o una ley orgánica u ordinaria permitan o impongan dicho sistema incurrirán en inconstitucionalidad, debiendo, por consiguiente, dentro de lo posible ser interpretadas dichas fuentes de modo

ma para los matrimonios de ritual católico; por ello la remisión material al Derecho de la Iglesia Católica contenida en el Código Civil (arts. 49, 59 y 60 del Cc.) nos obliga a un tratamiento mínimo de la normativa canónica aunque sea en un estudio como éste, exclusivamente civilístico. No olvido tampoco, que el alto rigor científico obtenido por la doctrina canonística nos induce frecuentemente a acudir a ella para explicar determinados efectos o técnicas jurídico-civiles.

— El sistema que reputo más útil para responder a las cuestiones que plantea el tema objeto de atención consiste en una exégesis de cada uno de los artículos antes mencionados; exégesis en la que, siguiendo el esquema de módulos interpretativos que plantea el artículo 3.1 del Código Civil, empleo de manera preferente el lógico y teleológico.

acorde con la Constitución. A pesar de la dicción del artículo 32 de ésta («formas» en plural) no parece impedir nuestra Ley Fundamental el sistema de matrimonio civil obligatorio, siendo también perfectamente acorde con ella el que hemos denominado anglosajón; y es justamente este último el que, como hemos indicado, prevé el Código (art. 63.2), y éste es un sistema al que no parece oponerse el Acuerdo Jurídico celebrado con la Santa Sede: es más, su artículo VI, número tercero trata, reputando inevitable su implantación, de proteger la moralidad de los católicos con una admonición puramente religiosa. De ahí que el artículo 80 del Código Civil y la disposición adicional segunda de la Ley 7/1981 de 7 de julio merezcan el tratamiento corrector al que antes nos referimos.

BLAS ZULUETA, *Matrimonio y Registro civil*, revista de «Derecho procesal Iberoamericana», 1982, número 1, p. 21: «La nueva normativa ha venido a derribar toda la problemática y acoge una fórmula de gran amplitud y libertad para que el ciudadano español y extranjero pueda elegir las formas de matrimonio que desee. Con ello nuestra legislación autoriza elegir una amplia gama de formas»; JORDANO BAREA, *El nuevo sistema matrimonial español*, «ADC», 1981, tomo XXXIV, pp. 903 y ss., en concreto p. 912: «Pues bien, este (el sistema facultativo de tipo anglosajón) es el nuevo sistema matrimonial adoptado por la Ley de reforma del Código Civil...»; VALLADARES RASCÓN, *Nulidad, separación y divorcio. Comentarios a la Ley de reforma del matrimonio*. Madrid, 1982, pp. 42 y ss., en concreto pp. 48 y 49; *Idem*, *El principio de igualdad ante la Ley y el sistema matrimonial*. «RDP», abril, 1981, pp. 307 y ss.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El sistema matrimonial según la Constitución y los Acuerdos con la Santa Sede*, «ADC», 1980, tomo XXXIII, pp. 575 y ss.; LUNA SERRANO, *La reforma de la legislación matrimonial*, en la ob. colect. *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro I del Código Civil*, coordinados por LA CRUZ, Madrid, 1982, p. 19: «Naturalmente, debía adoptar también un sistema matrimonial híbrido o de carácter intermedio, que es que en definitiva, ha sido adoptado (...). La Ley de reforma ha mantenido el mismo espíritu y propósito y, aunque no pueda considerarse al nuevo sistema matrimonial español resultante de la misma como totalmente coincidente con el sistema facultativo de tipo anglosajón (...), no cabe duda de que se acerca muchísimo a las soluciones de aquél»; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Régimen jurídico de la celebración y disolución del matrimonio*, Madrid, 1981, p. 21: autores que mantienen que nuestro Ordenamiento consagra al sistema latino, I. ALAGUNA; DOMÍNGUEZ, *La reforma del sistema matrimonial español*, Madrid, 1989, p. 41 y ss.; NAVARRO VALLS, *La posición jurídica del matrimonio canónico en la Ley de 7 de julio de 1981*, «RDP», julio-agosto, 1982, pp. 665 y ss.; DURÁN RIVACOBIA, *Formas de matrimonio y matrimonios celebrados según las normas de Derecho canónico*, «RGLJ», febrero, 1987, pp. 147 y ss.

A) ARTÍCULO 73

1. Introducción

La promulgación de la Constitución de 1978 produjo y sigue produciendo un profundo cambio en la sociedad española, incluso en el modo de entender las instituciones que la regulan. Una de estas instituciones es el matrimonio cuya regulación se ha visto afectada por numerosos cambios legislativos, cambios que es probable que sigan produciéndose.

El legislador de 1981, recibiendo el mandato impuesto por nuestra Ley Fundamental y a la vista de las coordenadas que dirigen hoy nuestra vida social, ha dado una nueva regulación al matrimonio y a la vida familiar; de esas coordenadas, las que más han influido en esta nueva regulación matrimonial, han sido la de la libertad de culto y la de la aconfesionalidad del Estado, sin olvidar otras como la del libre desarrollo de la personalidad (2). Como consecuencia de ello, en la reforma matrimonial del Código Civil, el legislador se ha propuesto, entre otras cosas, establecer una sola clase de matrimonio recabando para el orden civil la misión de determinar, no sólo los requisitos de su existencia y validez, sino todo su régimen jurídico. Prueba de lo que digo son los artículos 73 y 63, de los que se deduce que poco importa a nuestro legislador las formalidades o el rito elegido para la celebración, siempre que se cumplan un mínimo de requisitos —preferentemente de fondo— exigidos, requisitos que se plasman en el artículo 73 del Código Civil. Estamos, pues, con las matizaciones y reservas antes expuestas (3), ante lo que se ha denominado un sistema matrimonial facultativo de corte anglosajón.

(2) LUNA SERRANO, *ob. cit.*, p. 15: «El principio de libre desarrollo de la personalidad, que el artículo 10 de la Constitución proclama como uno de los fundamentales del orden político y de la paz social, había de trascender eficazmente a la regulación de las relaciones familiares y ha inspirado profundamente, en concreto, la nueva concepción del vínculo matrimonial que late en la Ley de 7 de julio de 1981»; CLAVERIA GOSÁLBEZ, *Hacia una nueva concepción del matrimonio*, «La Ley», 1983, pp. 1289 y ss.; Sobre derecho al libre desarrollo de la personalidad, *Idem*, *Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad*, «Libro Homenaje al Profesor J. Beltrán de Heredia», Salamanca, 1984, pp. 101 y ss.; *Idem*, *Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la Ley Orgánica 1/1981 de 5 de mayo*, «ADC», 1983, tomo IV, pp. 1243 y ss.; En sentido opuesto GARCÍA CANTERO, *Sobre la posible inconstitucionalidad de la Ley de Divorcio*, «Libro Homenaje al Profesor J. Beltrán de Heredia», Salamanca, 1984, pp. 203 y ss., en concreto p. 204: «No se respeta el libre desarrollo de la personalidad. El ser humano, hombre o mujer alcanza su pleno desarrollo al insertarse en una unión conyugal libremente asumida en la que se compromete para toda la vida». El *ius connubii* que reconoce el artículo 31 de la Constitución se complementa con el artículo 16 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948 a que se remite el artículo 10.1, de nuestra Constitución (...). En resumen: La Ley aprobada por el Congreso va a violar el artículo 10.1 de nuestra Constitución en cuanto no reconoce a un sector importante de la población el derecho a casarse y a formar una familia estable bajo la fórmula jurídica del matrimonio indisoluble».

(3) Ver nota (1).

Así, el artículo 73 actúa como un *minimum* a la hora de establecer la validez del matrimonio, de cualquier matrimonio, o más exactamente empleando la fórmula del propio artículo «... cualquiera que sea la forma de su celebración».

Y no sólo actúa en este sentido, sino que también debe tenerse en cuenta en otros aspectos: está claro que el hecho de no cumplirse en la normativa interna de una determinada confesión religiosa los requisitos mínimos formales del matrimonio recogidos en el Código Civil no constituye obstáculo para la celebración de dicho rito matrimonial ni para la inscripción de esta Confesión en el Registro de Entidades y Religiones (4). Pero sí constituye un obstáculo para la denominada «homologación» del ritual matrimonial religioso con el ritual civil (art. 50 Cc.), lo que supondrá que aquéllos que profesen alguna religión en la que no exista esta «homologación» habrán de celebrar necesariamente matrimonio en forma civil, para la obtención de efectos civiles, independientemente de que también celebren su rito matrimonial si así lo desean (art. 2 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 5 de julio de 1980) (5).

2. Consecuencia jurídica del artículo 73.3 del Código Civil: La Nulidad

Advirtiendo que los términos nulidad y anulabilidad han de ser entendidos flexiblemente (6) veamos la consecuencia jurídica que se

(4) Véase la regulación del Registro de Entidades Religiosas, creado por el artículo 5 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, de 5 de julio de 1980; asimismo, el Real Decreto sobre organización y funcionamiento del Registro de Entidades Religiosas, de 9 de enero de 1981.

(5) CIACURRIZ, M.^a J. *La libertad religiosa en el Derecho español*, Madrid, 1984, ed. Tecnos, p. 126. Matiene la autora que la Ley Orgánica 7/80 ha acogido en materia matrimonial un término vago y genérico como es el de «ritos» y que no aborda el tema, espinoso y difícil, de los efectos civiles de los matrimonios religiosos. No obstante, —sigue diciendo— el Estado podría no atribuir ningún efecto civil a tales ceremonias si hubiera adoptado el sistema de matrimonio civil obligatorio. Sin embargo, no es este el tratamiento vigente en el ordenamiento jurídico español que, tras la reforma del Título IV del Libro I del Código Civil, va más allá, al atribuir efectos civiles —o al menos prever la posibilidad— a los ritos nupciales religiosos.

En mi opinión no se puede extraer del contenido de la Ley Orgánica 7/80 ni de la nueva redacción del Código Civil la conclusión de que a todos los ritos matrimoniales de Confesiones o Iglesias inscritas se les atribuyan efectos civiles de manera inmediata por el solo hecho de la inscripción de dicha religión. Entiendo que efectivamente se prevea esta posibilidad, pero siempre que exista un convenio o acuerdo que así lo establezca, lo que no impide pensar en una sola clase de matrimonio, con pluralidad de formas de celebración ritual. En este sentido el término «rito», puede que no sea vago o genérico sino que esté utilizado en su sentido literal o preciso.

(6) En sede de matrimonio no es posible aplicar las construcciones jurídicas de nulidad y anulabilidad en toda su pureza, tal como se dan en el campo de las obligaciones y contratos; por ello es necesario utilizar los términos nulidad y anulabilidad de una manera flexible. De hecho, en la terminología legal no existen matrimonios anulables, sino nulos; sin embargo, el legislador, atendiendo, al bien de los cónyuges

produce cuando no concurre alguno de los requisitos mínimos necesarios para la válida celebración del matrimonio.

El artículo 73.3 del Código Civil, comienza hablando de nulidad, consecuencia ésta que se produce por cualquiera de los cinco motivos que contempla dicho artículo. Estos pueden agruparse del siguiente modo:

- Artículo 73.1, 4 y 5: Por vicios o irregularidades en el consentimiento o sencillamente ausencia de éste.
- Artículo 73.2: Por impedimento que no haya sido dispensado.
- Artículo 73.3: Por falta de algunos de los elementos esenciales en la forma de celebración.

La falta de alguno de estos requisitos mínimos produce la nulidad del matrimonio según el Código Civil en su artículo 75; sin embargo, no creo que todas las causas enumeradas sean motivo de nulidad radical en el sentido estricto del término, especialmente cuando señala el Código en sus artículos 75 y 76 quienes están legitimados para interponer la acción de nulidad y cuál es el plazo de caducidad o de convalidación (de la misma) en los casos de matrimonios entre menores emancipados, que no hayan obtenido dispensa matrimonial, y en los que concurren miedo grave, coacción o error (art. 73.2; 4 y 5). Entiendo que en este supuesto nos hallamos ante situaciones de anulabilidad y no de nulidad *stricto sensu*.

Cuando nos hallamos ante ésta última, las impugnaciones no están sometidas a plazos de caducidad, los matrimonios no son convalidables por el transcurso del tiempo, y las acciones pueden ser ejercitadas por las partes y quien tuviera interés legítimo; pero esto no es lo que se dispone en los artículos 75 y 76 del Código Civil para los supuestos arriba mencionados. Algunos autores han llamado a esta figura «nulidad de protección» (7): se trata de una invalidez en

y de la seguridad jurídica, convalida, en el caso de la minoría de edad y del error, coacción o miedo grave, el matrimonio que de suyo era nulo bien por impedimento no dispensado, bien por vicio del consentimiento. Esta convalidación y la limitada legitimación concedida para poder impugnar el matrimonio hace que pensemos en la figura de la anulabilidad, de ahí que empleemos este término.

(7) LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *Estudios de Derecho matrimonial*, Madrid, 1962, p. 279: «Tampoco puede admitirse en Derecho canónico la distinción entre nulidad e inexistencia desde el punto de vista de la estructura del acto jurídico, en el sentido por ejemplo, en que se mantiene por la técnica jurídica secular la diferencia entre nulidad y anulabilidad. La primera, se dice, deriva de la falta de un elemento esencial o constitutivo del negocio jurídico. La segunda nace de un defecto de capacidad o de un vicio del consentimiento (error, dolo, violencia, intimidación, —cfr. art. 1.300 del CC—). la distinción se desenvuelve, pues, en el marco de la estructura del negocio jurídico o, más precisamente, del acto jurídico negocial. Por otra parte, se considera que los términos de la distinción son objetivamente diversos estimándose que el vicio que provoca la anulabilidad es menos grave que el defecto determinante de la nulidad, y que el negocio anulable tiene por ello una consistencia de la que carece el negocio nulo».

DORAL, *Comentario al artículo 73 del Código Civil*, en la ob. colectiva *Matrimonio y divorcio. Comentarios...*, coordinados por LACRUZ, Madrid, 1982, pp. 437 y ss. en concreto p. 441.

la que está en juego un interés preferentemente particular, concediéndose en ella la acción impugnatoria sólo a la persona a la que la Ley quiere proteger mediante la solución final de la ineficacia. Opto, sin embargo por denominar a esta técnica invalidante «anulabilidad» por corresponderse aproximadamente con la «anulabilidad» del negocio jurídico construida por la doctrina clásica.

En los demás supuestos de nulidad que plantea el artículo 73 del Código Civil sí podemos afirmar que nos encontramos ante auténticos casos de nulidad, puesto que se dan los siguientes elementos tradicionalmente reputados definitorios y necesarios en toda nulidad:

- Carácter declarativo de la sentencia.
- El Juez puede declararla de oficio (8).
- Cualquier interesado puede pedirla.
- No es convalidable.
- No caduca la acción para pedirla (9).

Pero detengámonos especialmente en el apartado tercero del artículo 73 del Código Civil objeto de nuestro estudio. Esta disposición va dirigida a la forma como elemento sustancial del matrimonio. No podemos olvidar que nos hallamos ante un matrimonio en gran medida ausente de ritos, pero, aún así, el legislador ha querido que existan unos elementos formales indispensables para constatar la existencia y validez de la unión matrimonial, sin los cuales, y a tenor de lo que dispone el propio artículo, nos encontraríamos ante un matrimonio nulo; sin embargo, a pesar de que el legislador adopta el término nulidad, en mi opinión también cabría que nos encontrásemos con un supuesto de inexistencia del propio matrimonio si no se cumplen los requisitos formales esenciales (10), con la consiguiente imposibilidad de gozar de los efectos del matrimonio putativo, dado que la inexistencia lleva implícita la falta de acto productor de efectos jurídicos o al menos generador de una apariencia jurídica protegible. A ello aludiremos varias veces a lo largo de este estudio, pero más especialmente en el apartado dedicado al análisis del artículo 53 del Código Civil.

(8) Respecto de este requisito resulta necesario advertir que el artículo 74 del Código Civil no lo prevé, sino que el legislador hace recaer sobre el ministerio fiscal la posibilidad de ejercicio de la acción de nulidad.

(9) Creo que se trata de caducidad y no de prescripción ya que no es susceptible de interrupción.

(10) Podría darse el caso de que los contrayentes pretendieran inscribir un matrimonio en el que el consentimiento se haya prestado exclusivamente entre ellos de modo que no haya existido intervención alguna del Juez o funcionario o del ministro religioso competente.

3. Artículo 73.3, análisis del supuesto de hecho que plantea:

3.1. Sentido del término «Intervención»

Si el artículo 73.3 del Código Civil prevé la nulidad del matrimonio cuando falte la intervención del Juez o funcionario, resulta necesario llegados a este punto que intentemos aproximarnos al concepto de «intervención» que acoge dicho artículo.

Es preciso primero dejar sentado que el modelo de matrimonio civil vigente en España es, en gran medida, el resultado de una secularización de las normas eclesiásticas, de las que hereda la tradición y la elaboración normativa y doctrinal que a él le faltan. Y es en el propio matrimonio canónico donde se observa una gran evolución en cuanto a la celebración matrimonial y en cuanto al contenido de la intervención del ministro (11).

No podemos olvidar que las verdaderas cuestiones que subyacen en toda esta problemática, como otras tantas veces, son la de la publicidad y el control del matrimonio, indispensables para que los efectos jurídicos que produce la unión conyugal se den en toda su extensión y sin que otra unión desconocida por alguna de las partes, ya sea anterior o posterior, pueda perturbar aquélla.

¿Qué quiere decir nuestro legislador con el término intervención? Ante la utilización de esta expresión en el código cabe defender, varias posturas: a) la que considerando esta intervención como un elemento definitorio en la celebración matrimonial, la reputa ésta un acto del Estado; b) la que considera al Juez o funcionario un mero testigo; c) una tercera, más ecléctica.

Veámos ahora las posiciones de algunos autores al respecto: hay quienes mantienen que la intervención del asistente no es una actuación comparable a la de los testigos, sino que su intervención va más allá de esto (12); pero destaca singularmente la postura que llega a considerar esta intervención como el acto en sí constituyente del matrimonio, quedando el consentimiento de los contrayentes en un se-

(11) Esta evolución parte del Derecho pretridentino en el que no se precisaba la intervención del sacerdote para que el acto de celebración fuera válido. Lo que, como es de suponer, dio lugar a una situación caótica, situación a la que quiso poner remedio el Concilio de Trento a través del Capítulo *Tametsi*, inclinándose a establecer obligatoriamente una forma pública de matrimonio. Más tarde y tras abundantes vicisitudes se publicó el Decreto *Ne Temere* el 2 de agosto de 1907; la posición del párroco que según el capítulo *Tametsi* era más bien pasiva, como *Testis Autorizabilis* (lo que permitía incluso los denominados «matrimonios por sorpresa») se ha transformado en una asistencia voluntaria más activa.

KNECHT, Derecho matrimonial católico, Madrid, 1932, pp. 480 y ss.

(12) GARCÍA CANTERO, *El vínculo del matrimonio civil en el Derecho español*, Roma, 1959, pp. 203-204: «La función del Juez resulta insustituible...; estos funcionarios son testigos cualificados desarrollando en cierto modo la función de un Notario».

gundo plano; me refiero concretamente a Cicu (13) y a los autores que siguieron sus teorías acerca del matrimonio.

Esta postura doctrinal consiste en mantener que el matrimonio es un acto del poder estatal y cabría decir que nuestro artículo 73.3 del Código Civil al utilizar la palabra *intervención*, podría en cierta medida, inspirándose en dicha concepción, concebir el matrimonio como acto del Poder Público (14). Es esta una opinión contraria a la concepción *ius privatista* del matrimonio (15).

Sin embargo, no considero esta interpretación extrema del término *intervención* acertada ni acorde con la concepción del matrimonio que podemos reputar tradicional con nuestro Derecho porque no podemos aceptar la razón que aduce Cicu (16) de que no es el interés de las partes el que aquí priva, ya que, si esto fuera así, posiblemente a la postre los vicios del consentimiento no tendrían tanta relevancia como tienen según la apreciación dominante a efectos de la nulidad o validez del matrimonio, con lo cual la voluntad de los contrayentes sería un mero dato ausente de eficacia, y el matrimonio una pura cuestión formal dotada de publicidad por el Registro Civil. Evidentemente nada repugnaría más a la naturaleza intrínseca del matrimonio —incluso la que cabe inferir del Derecho civil hoy vigente en España— que esta concepción que acabamos de plantear llevada a sus últimas consecuencias, porque sabido es de todos que la propia esencia de la unión matrimonial reside en la voluntad libre y expresa de los esposos, es ésta su verdadera piedra angular y no las formalidades que puedan rodear en un momento u otro la manifestación de dicho consentimiento.

Si bien es verdad que existe un interés del Estado, y que dicho interés tiene su razón de ser en la protección del Orden Público y en la seguridad del tráfico jurídico e incluso económico, no puede

(13) CÍCU, *Derecho de familia*, Trad. por Sentis Melendo, «Adiciones y comentarios de Neppi», Buenos Aires, 1947.

(14) CÍCU, *ob. cit.*, p. 308: «el hecho de que la declaración de voluntad de los esposos deba ser dirigida al oficial y por él recogida personalmente en el momento en que prepara el pronunciamiento, tiene una especial importancia de modo que toda otra declaración o contrato realizado entre los esposos no tiene ningún valor jurídico. Nosotros deducimos de esto que para esta tesis la Ley no considera el matrimonio como contrato tampoco formalmente y que la acorde voluntad de los esposos no es más que una condición para el pronunciamiento; éste y sólo éste, es constitutivo del matrimonio. No dudo en decir esto, desde el momento en que admito que el interés de la constitución de las relaciones matrimoniales, sea también interés del Estado, por tanto, no hay dificultad en considerar al matrimonio como constituido formalmente por acto del Poder Público».

(15) CÍCU *ob. cit.*, p. 310. Para este autor la concepción *ius privatista* del matrimonio, en sus propias palabras, carece de sentido ya que: «que el Estado no intervenga como extraño, en tutela de un interés propio, frente a la natural libertad individual, resulta de que no es precisamente la forma de *autorización* de que la que aquí se produce, la cual en cambio se adaptaría a aquella concepción». Posteriormente Cicu matizaría su postura.

(16) CÍCU, *ob. cit.*, pp. 308-311.

éste anteponerse al interés de los propios esposos. En el mismo sentido se manifiestan varios autores para los cuales, aunque el matrimonio civil es un negocio jurídico formal y el consentimiento ha de ser prestado en la forma jurídica determinada, esto no impide el papel preponderante de los contrayentes y la eficacia constitutiva del consentimiento. Podemos simplemente fijarnos en el propio artículo 73 del Código Civil donde se recogen las causas de nulidad matrimonial y comprobar que varias de ellas se refieren al consentimiento viciado o inexistente de los contrayentes; tan sólo hay una, la que estudiamos en el artículo 73.3 del Código Civil que implica directamente al Estado a través del control de la formalidad del matrimonio. Sin embargo, estas consideraciones, tampoco pueden llevarnos a defender la tesis de que el interviniente, Juez o funcionario, es un mero testigo como apuntan otros autores, ya que en este caso carecerían de relevancia los vicios que pudieran afectar a la voluntad de dicho interviniente (17).

Para la doctrina canónica en general, los contrayentes son los propios ministros, siendo el sacerdote asistente un testigo cualificado; y, para la mayoría de los civilistas (18), la eficacia constitutiva del matrimonio radica en el consentimiento de los contrayentes, concibiéndose la función del Juez o funcionario como ingrediente del elemento formal de dicho negocio jurídico; por otra parte, sabemos que, para autores como Cicu, el consentimiento es más que una *condición* para el pronunciamiento y éste y sólo éste es el elemento constitutivo del matrimonio. Pues bien, acogiendo en parte las tesis anteriores, nos proponemos una nueva alternativa que ya han adoptado otros autores respecto de legislaciones como la francesa, la italiana y la portuguesa.

En primer lugar, hay que partir de la distinción de tres momentos: la tramitación del expediente previo, el propio acto de celebración

(17) GARCÍA CANTERO, *ob. cit.*, p. 188: «el consentimiento en el matrimonio es de Derecho natural, pero la exigencia de una forma determinada de celebración, no lo es, y, por ello, no hay dificultad en admitir la validez de un matrimonio en el que el consentimiento se ha prestado sin testigos entre sujetos capaces y libres de impedimentos... Pero como la misma historia del matrimonio canónico demuestra, la ausencia de formalidades en la celebración en un matrimonio es un perjuicio más que una ventaja» (ver también pp. 203-204).

ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de familia*, Sevilla, 1949, p. 38; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Notas al Derecho de familia*, tomo IV, en la trad. del «Tratado del Derecho civil» de Enneccerus, Barcelona, 1953, p. 101.

CASTÁN TOBEÑAS, *Notas al Derecho de familia*, tomo IV, vol. I, del «Tratado de Derecho civil, de Enneccerus», Barcelona, 1953, p. 101.

(18) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español Común y Foral*, «Derecho de familia», tomo IV, vol. I, Madrid, 1976, 9.ª ed. revisada y puesta al día por García Cantero y Castán Vázquez, pp. 173 y ss. y 210 y ss.

JORDANO BAREA, *Fundamento y naturaleza jurídica del matrimonio putativo*, «Libro Homenaje al Profesor Giménez Fernández», Sevilla, 1967.

y la inscripción registral, que no tienen que ser simultáneos ni siquiera sucesivos en el tiempo (19).

El legislador, ante estos tres momentos, ha optado por conceder eficacia constitutiva al segundo, al momento de la celebración propiamente dicha donde los contrayentes manifiestan su voluntad de unirse matrimonialmente; los artículos 60 del Código Civil y 70 de la Ley del Registro Civil así lo determinan claramente y es en ese momento en el que debemos de encuadrar e interpretar el término *intervención*. Ahora bien, ¿cuál es el papel que juega el Juez o Funcionario en ese momento? El Código Civil en el artículo 58 utiliza la expresión *declarará*, término que ha dado lugar a alguna de las posturas antes enunciadas; sin embargo, creo que no se trata de una declaración meramente formal como apuntaban unos, ni de una declaración que sea susceptible de ser considerada como el elemento constitutivo fundamental y único, como sostenían otros. El Juez, al declarar el matrimonio está expresando una voluntad, voluntad sin la cual no queda constituido *aquél* voluntad, bien es cierto, que no puede ser arbitraria o contingente y que de no haber razones que lo impidan, ha de estar encaminada a consentir la efectiva constitución del vínculo matrimonial; pero, de este mismo modo, ya que hablamos de voluntad, no podemos dejar de tener presente que el Juez también podría no declarar constituido el vínculo, si conociera de alguna razón que lo impidiese; por tanto, hemos salido ya del concepto de asistente como elemento formal con una actitud más o menos activa para toparnos de lleno con una segunda clase de voluntad sin la cual el matrimonio no existiría. No es ya suficiente que concurren las voluntades de los contrayentes, ni la presencia de un testigo que les interroge sobre si están de acuerdo en contraer matrimonio, sino que es necesaria la concurrencia de una tercera voluntad distinta de las dos anteriores por las limitaciones antes expuestas, pero en cierto sentido tan imprescindible como ellas, lo que no puede, en modo alguno, llevarnos a pensar en una *voluntad negocial*.

La historia legislativa del matrimonio —tan importante, a mi juicio, en virtud del criterio hermenéutico contenido en el artículo 3 del Código Civil, para entender el significado del Derecho vigente— es sumamente reveladora en este sentido. La Ley de 1870 en su artículo 38 establecía que el Juez, después de las repuestas afirmativas de ambos contrayentes, debía hacer una declaración solemne de que quedaban unidos en matrimonio; más tarde el Código Civil suprimió dicha declaración con lo cual era defendible lo que sostuvo la mayoría

(19) El artículo 52 del Código civil *in fine* prescinde de la necesidad de la previa formación del expediente para los matrimonios en peligro de muerte si por cualquier motivo hubiere causas que así lo justificasen. Los artículos 61.3 y 63.1 del Código Civil y 70 de la Ley del Registro Civil plantean supuestos en los que el matrimonio después de celebrado no es inmediatamente inscrito.

de la doctrina acerca de la preponderancia absoluta del consentimiento expresado por los contrayentes. Sin embargo el legislador de 1981 ha vuelto a establecer la necesidad de que haga dicha declaración (art. 58 del Cc.). Este nuevo cambio legislativo en mi opinión responde a la tesis expuesta. El propio artículo 73.3 del Código Civil refleja tal posición estableciendo la nulidad del matrimonio que carezca de la *intervención* del Juez o funcionario que deba celebrarlo o la de los testigos.

Con respecto a los testigos es claro que su no presencia acarrearía la nulidad del matrimonio ya que **aquella supone una representación (no oficial)** de la comunidad; con respecto al Juez o funcionario, la nulidad a la que se refiere el artículo 73 en su encabezamiento no sería la consencuencia jurídica para el caso de que éste no estuviese presente; más bien entonces estaríamos ante un supuesto de inexistencia del propio matrimonio como apuntaba más atrás (20), puesto que ni siquiera existiría una apariencia de matrimonio, y además difícilmente podría pensarse en el levantamiento del acta y en la inscripción registral posterior.

Pero es que, además de que la falta absoluta de intervención es un supuesto de simple inexistencia, la intervención para que sea válida y acorde con la interpretación hecha del artículo 73.3 del Código Civil ha de ser una intervención activa (21), papel activo que se identifica con una declaración de voluntad y no de mero conocimiento por parte del celebrante, ya que en caso de que no se reuniesen los requisitos y condiciones necesarias para la válida celebración del ma-

(20) Vid., *supra*, p. 5.

(21) En la redacción anterior del Código Civil, podemos sostener con GARCÍA CANTERO, *ob. cit.*, p. 203, que «del artículo 100 del Código Civil resulta, sin duda alguna, que el matrimonio se perfecciona cuando los contrayentes y testigos comparecen ante el funcionario competente y aquéllos responden afirmativamente a las respuestas que éste último les dirige (...). La función del Juez resulta insustituible, pero nada añade al consentimiento de los contrayentes sino que se limita a recibirlo en forma legal...; estos funcionarios son testigos cualificados desarrollando en cierto modo la **función de un Notario**»; **sin embargo, como sigue diciendo este autor...**, «en las legislaciones en las que funcionario autorizante debe pronunciar alguna fórmula sacramental parece que su declaración tiene tanto valor como el consentimiento» (*El vínculo de matrimonio civil en Derecho español*, Roma, 1959); también en este sentido ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil, Derecho de familia*, tomo IV, Barcelona, 1982, p. 31: «Jurídicamente el acto creador del matrimonio es un acuerdo solemne de voluntades, encaminadas a establecer la unión matrimonial»; por tanto, es esta la razón que ha movido a nuestro legislador a establecer de nuevo la fórmula prevista en la Ley de 1870. Se pretende, haciéndose, quizá eco de la doctrina, que la actuación del Juez tenga tanto valor como la de los contrayentes, y, esto se consigue a través de su celebración. No podemos olvidar en este sentido afirmaciones como la de CARBONNIER, *Droit civil*, París, 1955, p. 320, «La sociedad hace sentir el peso de su poder por medio de las prohibiciones y ritos que impone» y el Juez representando oficialmente al Estado y, en definitiva, a toda la sociedad, es el **vehículo de control, el agente** que a de velar por el cumplimiento de esos mecanismos legales que salvaguardan en definitiva el Orden público, bien supremo, que, junto con la Justicia, supone la propia existencia de la comunidad.

trrimonio, el propio Juez o funcionario podría denegar el levantamiento del acta matrimonial. El Juez, por consiguiente, como *representante oficial* del Estado, y en definitiva, de toda la comunidad, debe él también dar su conformidad a ese matrimonio, concurriendo así esa tercera voluntad de la que hablaba.

Aun siendo consciente del valor instrumental de las sentencias canónicas que seguidamente se traen a colación como argumentos a favor del carácter activo de esa intervención, es indudable que resultan de gran utilidad, a la vista de la escasa jurisprudencia civil que existe sobre el tema en nuestro país. La primera es la sentencia de la S. R. R. *coram Sabbattani* de 19 de febrero de 1965 (22) que declara nulo un matrimonio *ob incapacitatem testis qualificati*. En síntesis, la presente sentencia contempla el caso de un matrimonio contraído ante un párroco octogenario aquejado de demencia senil y cuya *turpitududo mentis* se estima suficiente para que falte el requisito de su presencia jurídica y no pueda cumplir su cometido como *testigo cualificado*, en doctrina canónica, y como interviniente activo, según mi interpretación. En otras palabras, no puede ser reputada intervención la mera presencia física del Juez o funcionario asistente que se halle privado de sus facultades mentales.

La segunda sentencia que se trae a colación es la *coram Florczac* de la S. R. R. de 31 de enero de 1929 (23); en dicha resolución se dice que «el sacerdote asistente como testigo autorizante al matrimonio no puede realizar su cometido si no percibe y entiende lo que hace puesto que si no lo percibe y entiende no estará presente en sentido jurídico». Lo mismo se puede decir cuando el celebrante del acto sea un funcionario civil; en tal caso el matrimonio sería nulo por falta de intervención de la autoridad designada por el código.

Amén de la afirmación anterior de que la intervención habría de ser activa he de añadir que además ha de estar exenta de irregularidades y que tanto la incapacidad de obrar como la incapacidad natural, así como los vicios de la voluntad en la persona del asistente suponen una intervención irregular que posiblemente desembocaría en una nulidad del matrimonio por la vía del artículo 73.3, esto es, por irregularidad en la forma, lo que no deja de ser llamativo.

Continuando con el análisis del término *intervención*, hemos de preguntarnos acerca de su naturaleza. ¿Es la intervención un acto administrativo o un acto de jurisdicción voluntaria? En respuesta a esta cuestión creo que nos hayamos ante un acto de jurisdicción voluntaria, habida cuenta de que la propia jurisdicción voluntaria goza de una naturaleza híbrida que da lugar a actos del más diverso contenido. Se me discutirá que el Juez encargado del Registro Civil no

(22) SRRD, vol. LVII (1965), Roma, 1974, pp. 183-205.

(23) SRRD, vol. XXI (1929), Roma, 1937, pp. 75-84.

es siempre quien autoriza el matrimonio; se me objetará, que a veces lo será un funcionario administrativo, no perteneciente al Poder Judicial, pero he de advertir que no es conceptualmente necesario que el ejercicio de la jurisdicción voluntaria se atribuya a los Jueces y de hecho no se les atribuye exclusivamente a ellos. La aludida atribución según la mayoría de la doctrina procesalista y entre ellos Gómez Orbaneja (24) obedece a las razones de política jurídica.

Por tanto, la índole del funcionario no influye decisivamente en la naturaleza que el acto tenga, siendo a veces un Notario, un Registrador, o un funcionario administrativo quien pueda llevarla a cabo. De la lectura del artículo 1.811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se infiere que el acto de celebración del matrimonio así como la tramitación del expediente previo y la inscripción registral gozan de la naturaleza de jurisdicción voluntaria. A estos efectos téngase en cuenta que el fin de la jurisdicción voluntaria es constituir, desarrollar o completar relaciones jurídico-privadas y que la actividad administrativa actúa en el campo de las relaciones jurídico-públicas; habiendo rechazado el concepto de matrimonio como acto público tal y como proponía Cicu, es lógico que nos inclinemos a creer, al hablar de intervención, que nos hallamos ante un acto de jurisdicción voluntaria, o al menos, en cuanto a régimen jurídico, equiparable a los actos de jurisdicción voluntaria.

Una vez delimitado el concepto y la naturaleza jurídica de la *intervención* que acoge nuestro ordenamiento matrimonial veamos quien ha de prestarla de manera competente.

3.2. Alcance de la expresión «Juez o funcionario ante quien deba celebrarse»

De la lectura completa del Título IV del libro I del Código Civil podemos extraer la consecuencia de que la expresión utilizada por el legislador en el artículo 73.3: «Juez o funcionario ante quien deba celebrarse» significa una remisión en bloque a los artículos 51 y siguientes del mismo texto legal.

Creo que lo que se propone el Código en el artículo 73.3. no es establecer de modo absoluto la nulidad de los matrimonios celebrados ante Juez o funcionario incompetente (25) sino que, a mi entender, la finalidad de este artículo es establecer la nulidad de los matrimonios celebrados con unas «intervenciones» que tachamos de irregulares. Por lo que el contenido de la norma del artículo 73.3 del Código Civil queda establecido cuando definíamos, más atrás, el concepto

(24) GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, vol. I, Madrid, 1979, 8.ª ed., p. 59.

(25) De este modo entraría en pugna con el contenido del artículo 53 del Código Civil.

de intervención. En otras palabras la nulidad a que se hace referencia tiene su causa no en la incompetencia del Juez o funcionario, sino en su falta total de intervención (26) o en una intervención irregular o viciada.

Por tanto, y como señalaba antes, el inciso «Juez o funcionario ante quien deba celebrarse» es una remisión en bloque a otros artículos del propio Código Civil que regulan detalladamente quién es la autoridad competente para intervenir en cada matrimonio en concreto, dependiendo de las circunstancias en las que se haya de celebrar. Esta regulación se encuentra en la sección 2.^a del capítulo III, titulada «de la celebración ante el Juez o funcionario que haga sus veces». El esquema de los jueces o funcionarios competentes para la celebración del matrimonio, dependiendo de la forma de celebración —o mejor dicho, de las formalidades o ritos seguidos—, de las circunstancias de los contrayentes y del lugar de celebración, es el que sigue:

- Para los matrimonios celebrados en forma civil es competente el Juez Encargado del Registro Civil correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes, o bien, por delegación, el Juez Encargado de otro Registro Civil, siempre que estos matrimonios sean celebrados en territorio español. En caso de que no hubiera Juez en el municipio donde se hubiera de celebrar el matrimonio será competente el alcalde o el funcionario designado reglamentariamente (arts. 51.1,2 y 57 del Cc.).
- Para los matrimonios celebrados en forma civil en el extranjero es competente el funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en dicho territorio (art. 51.3 del Cc.).
- Para los matrimonios celebrados en forma canónica o en cualquiera de las formas religiosas de confesiones inscritas será competente el ministro autorizado por cada confesión para dicha celebración pero teniendo en cuenta, que para el pleno reconocimiento de efectos civiles es necesaria la inscripción en el Registro Civil, aplicándose en este caso, la competencia establecida en los dos párrafos anteriores (arts. 59, 60 y 61 del Cc.).
- Para los matrimonios celebrados en peligro de muerte será competente el Juez Encargado del Registro Civil aunque no sea el del domicilio de los contrayentes; en defecto de éste, el delegado y en defecto de ambos el alcalde. Respecto de los militares en campaña, el oficial o jefe superior inmediato a falta

(26) En este caso sería preferible utilizar la categoría de la inexistencia —categoría no aceptada por toda la doctrina—, así como también es posible referirnos a la inexistencia cuando el «interviniente» carece absolutamente de competencia para tal función, como en el supuesto del matrimonio que se «celebra» con la «intervención» de un particular o un amigo, ya que en este caso no se crea ni siquiera una apariencia jurídica de intervención. Lo mismo podríamos decir de la intervención de una autoridad pública totalmente incompetente, como un policía o un inspector de hacienda.

de Juez. Para los matrimonios que se celebran a bordo de nave o aeronave será competente el capitán o comandante de la misma (art. 52 del Cc).

Detengámonos un momento en analizar lo que ocurre respecto de los matrimonios religiosos. No se debe perder de vista que al comienzo de este trabajo dije que, en nuestro ordenamiento existe una sola clase de matrimonio, la regulada en el ordenamiento jurídico civil, que responde a una situación a la que puede accederse por dos vías o formas de matrimonio: la religiosa, canónica o no, y la civil. Ante esta situación que describimos podemos afirmar que el ministro de la religión de que trate actúa en sustitución del Juez o funcionario civil (27). Pero sin olvidar que es en última instancia el encargado del Registro el que decide sobre la inscripción o la no inscripción del matrimonio; de ahí la importancia de dicha inscripción que en definitiva supone, aunque no suple, esa voluntad en la intervención a la que tantas veces he aludido.

Al actuar el ministro de que se trate en sustitución del Juez o Funcionario civil (28), se supone que las reglas para determinar la competencia y jurisdicción de ese ministro en cada matrimonio en concreto —dependiendo de las circunstancias en las que se haya de celebrar— vendrán contenidas en la legislación o en las normas de la Iglesia o Confesión de que se trate (29).

Lo que hay, pues, es, en mi opinión, una remisión normativa —de carácter material— para que la confesión religiosa inscrita regule quién ha de celebrar y qué ritual se seguirá, siempre dentro de los términos acordados con el Estado, o en su defecto, autorizados por la legislación de éste, según se deduce del artículo 59 del Código Civil inserto en la sección tercera del capítulo III, la cual lleva por título «de la celebración en forma religiosa» título enormemente revelador —en la línea que apunté— de la existencia de una sola clase de matrimonio con varias *posibles formas de celebración* (30).

(27) En este sentido habría sido más acorde con el sistema matrimonial que acoge nuestro Ordenamiento el mantener el texto que propuso la Ponencia para el artículo 73.3 que decía «El que se contraiga sin la intervención de quien deba autorizar su celebración o sin la de los testigos» ya que el texto introducido por la Comisión, parece reservar al artículo 73.3 a los matrimonios civiles al referirse sólo al Juez o funcionario, y obviar la figura del ministro religioso, esta interpretación entraría en pugna con el propio encabezamiento del artículo 73 del Código Civil «es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración», además el mantenimiento de la Ponencia hubiera sido coadyuvado enormemente a la interpretación del controvertido artículo 63 del Código Civil.

(28) Para que esta actuación sustitutoria produzca efectos civiles ha de existir un Acuerdo o Convenio que así lo determine.

(29) Respecto a quién ha de celebrar en el matrimonio canónico, serán competentes para asistir a la celebración, las personas designadas por el propio Código de Derecho canónico en los cánones 1108 y ss. En otras confesiones se estará a lo acordado con el Estado. Cfr. Ley Orgánica 7/80, artículo 2.2 y artículo 5.2.

(30) Respecto al ritual que se seguirá para el matrimonio canónico será el de la

Hay que advertir que en ambos aspectos normativos —competencia y ritual— la legislación civil tienen unas normas mínimas de carácter ineludible y no delegables *a priori* en su regulación a las legislaciones de confesiones religiosas. La necesidad de publicidad y la seguridad jurídica de cara a la determinación del estado civil, así como el principio de protección de la apariencia jurídica reconocido en nuestro ordenamiento, como demostró Gordillo (31), y consagrado de manera especial en esta materia a través de la institución del matrimonio putativo (art. 79), así lo exigen, actuando como límites a la pretendida posibilidad de celebración en forma religiosa; lo que significa que, en caso de no observarse esta normativa mínima, se producirá la nulidad del matrimonio celebrado en dicha forma religiosa como consecuencia coherente de la postura por la que tomé partido al iniciar el presente estudio, decantándome por el mal llamado *sistema matrimonial anglosajón* como sistema instaurado por nuestra Constitución de 1978. Por otra parte, quizá cabría decir que el Juez civil puede (fuera del procedimiento de homologación del art. 80 Cc.) declarar la nulidad de un matrimonio religioso por defecto de forma *ex artículo 73.3 del Código Civil*, aplicando, para ello, las normas sobre formas contenidas en el C. I. C. (o en otro texto confesional): no creo que, salvo lo relativo al Orden Público, el mismo Juez deba aplicar las normas civiles, ateniéndose a la forma, pues no fueron esas las que debieron aplicarse, sino los cánones relativos a la forma de celebración del matrimonio (32); tampoco es defendible que no quepa declarar la nulidad por irregularidad en la forma, pues ello significaría discriminar negativamente a los que eligieron la forma ca-

Liturgia Católica según los cánones 1119 y 1120. Para otras confesiones, al igual que en el caso anterior se estará a lo acordado con el Estado o a lo que dispone la legislación.

(31) GORDILLO, *La representación aparente (una aplicación del principio general de protección de la apariencia)*, Sevilla, 1978, pp. 441-465.

(32) Por ejemplo, declarando la nulidad civil de un matrimonio celebrado ante la Iglesia Católica por infracción de algún canon del CIC, dado que el artículo 73 del Código Civil habla de «nulidad cualquiera que sea la forma de su celebración» dado que: 1.º debe ser igualmente posible acceder a la nulidad matrimonial por cualquiera de los motivos contenidos en el artículo 73 del Código Civil a todos los españoles, hayan contraído sus nupcias en el juzgado o en el templo. 2.º No puede impedirse a un Juez civil que conozca de la nulidad de un matrimonio contraído por un español, haya escogido una u otra forma de matrimonio. No hace falta esperar a la homologación; LUNA SERRANO, *El nuevo régimen de la familia...*, en la «ob. colectiva Matrimonio y divorcio», vol. I, Madrid, 1982, pp. 19 y ss., en concreto este punto en las páginas 138 a 140. 3.º Todo español casado conforme a cualquier ritual admitido por nuestra legislación puede demandar la tutela del Juez civil (art. 24 de la Constitución). Por ello es también posible que el Encargado del Registro Civil pueda negarse a inscribir un matrimonio canónico manifiestamente nulo por defecto de forma canónica.

Del mismo modo que es posible que un matrimonio celebrado correctamente desde el punto de vista canónico pueda ver denegada su inscripción por el Encargado del Registro civil —además de por la razón del párrafo segundo del art. 63— también por irregularidades en la forma al no cumplirse las garantías mínimas que el ordenamiento jurídico civil estima necesarias para la certidumbre y seriedad del consentimiento.

nónica, impidiéndoles obtener la nulidad por ese camino (además de que pugnaría con el contenido del art. 24 de la Constitución).

B) ARTÍCULO 53 DEL CÓDIGO CIVIL

1. Posición sistemática del artículo 53 del Código Civil dentro de la norma general del artículo 73.3 del Código Civil

Una vez concluido el estudio del artículo 73.3 del Código Civil, en orden al alcance del contenido de la norma, delimitado fundamentalmente tras la interpretación expuesta del término «intervención», creo que resultaría más útil recordar que el objeto del presente trabajo es precisamente el coordinar el contenido de los artículos 73.3, 53 y 78 del Código Civil; en este sentido reputo más operativo exponer en esbozo a continuación la relación que guardan el artículo 73.3, el 53 y el 78 antes de comenzar la exégesis propiamente dicha del artículo 53.

Respondiendo a la pregunta de cómo coordinar el contenido de los tres artículos mencionados, y advirtiendo previamente que la redacción de estos tres artículos demuestra que las considerables deficiencias técnicas de nuestra Ley de 7 de julio de 1981, hay que señalar, que, si tomamos al pie de la letra la expresión contenida en el artículo 73.3 «Juez o funcionario ante quien deba celebrarse», el artículo 53 entraría en pugna con el anterior y con el propio artículo 78 que salva la validez de los defectos de forma siempre que haya buena fe por parte de uno de los cónyuges, salvo en el caso del artículo 73.3 que ha de cumplirse imperativamente so pena de nulidad, ya sea el matrimonio civil o religioso, es decir celebrado en el juzgado o en el templo.

Esta es la razón por la cual la expresión antes referida no puede ser entendida literalmente, sino como una remisión en bloque a lo dispuesto en la sección segunda, donde se encuentra el artículo 53.

En resumen, la manera de interpretar conjuntamente estos tres artículos es la siguiente: el artículo 78 declara que el Juez no acordará la nulidad del matrimonio por defecto de forma si al menos uno de los cónyuges lo contrajo de buena fe, salvo lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 73, es decir, salvo la falta de intervención o la intervención irregular del Juez o funcionario incluida la intervención realizada por persona incompetente o falta de nombramiento legítimo; ahora bien, si esta intervención hecha por persona incompetente o falta de nombramiento legítimo reúne las condiciones del ejercicio público de las funciones del Juez o funcionario y al menos uno de los cónyuges actúa de buena fe, se establece otra excepción, la del artículo 53, salvándose la validez del matrimonio. Aún así, hay que decirlo, el artículo 53 actúa dentro de determinados límites y con-

diciones, con el objeto de evitar abusos, los cuales analizaremos más adelante.

2. Consecuencia jurídica del artículo 53 del Código Civil: Validez o eficacia

Del mismo modo que actué precedentemente respecto del artículo 73.3 lo hago ahora respecto del 53, en cuanto que parte del estudio de la consecuencia jurídica para abordar seguidamente —invocando en aras de la obligada brevedad, a título ejemplificativo sólo las obras más acordes con la doctrina hoy dominante— el estudio del supuesto de hecho.

Al la luz del artículo 53 del Código Civil *el primer problema* se suscita en torno al término *validez* utilizado por el legislador. Para abordarlo, es necesario trazar las líneas generales en relación a las categorías de la eficacia y de la ineficacia del negocio jurídico.

Como autorizadamente ha mantenido la doctrina: «La ineficacia del negocio es sencillamente el hecho de que éste no produzca los efectos que las partes pretenden y que en circunstancias normales provoca el tipo de negocio de que se trate» (33).

Caben dos tipos de ineficacia: *la funcional*, que se debe a irregularidades extrínsecas al proceso formativo del negocio, y en esta última están la resolución, la revocación, el mutuo disenso, tal vez la rescisión, etc.; y *la estructural*, que se debe a irregularidades intrínsecas al proceso formativo del negocio.

A la ineficacia estructural se la denomina invalidez; y dentro de ella, cabe distinguir, a su vez, dos clases: la nulidad, cuando la invalidez es automática por establecerla imperativamente una norma, y la anulabilidad, cuando la invalidez no es automática sino que se deja a la voluntad de las personas protegidas, por la ineficacia, la facultad de provocarla.

Hecho este cuadro general que reputo válido, inducido por la doctrina hoy dominante, del régimen de los negocios jurídicos patrimoniales *inter vivos*, como esquema de trabajo, veamos la terminología utilizada por el Código Civil en sede de matrimonio. El artículo 73

(33) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, ed. Civitas. Madrid, 1985, pp. 462 y ss.: «Se considera negocio ineficaz aquel al que cualquier obstáculo o defecto impide que despliegue sus naturales consecuencias». DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, ed. Técno, Madrid, 1979, p. 283: «Cuando hablamos de ineficacia aludimos a la falta de producción de consecuencias o, cuando menos, de aquellas consecuencias que deberían haberse producido y que pueden ser razonablemente esperadas en virtud de la celebración del contrato. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil II*, vol. 2, Bosch, Barcelona, 1977, p. 269 (en sede de contratos): «ineficaz es el contrato que no surte ningún efecto, o no surte los efectos que corresponden a su contenido». CLAVERIA GOSÁLBEZ, *La confirmación del contrato anulable*, «Publicaciones del Real Colegio de España», Bolonia, 1977, p. 23.

sanciona con la nulidad la intervención irregular. La incompetencia o falta de nombramiento legítimo de Juez o funcionario es, como hemos visto, un tipo de intervención irregular que acarrearía, pues, la nulidad. Sin embargo, el legislador extrae de esta norma general una excepción, la del artículo 53, haciendo válida una intervención irregular que entraría dentro del supuesto de nulidad, si no se dieran las dos condiciones exigidas: el ejercicio público de las funciones del Juez o funcionario celebrantes del matrimonio y la buena fe de al menos uno de los cónyuges. ¿Cómo es posible hacer válido lo que en principio sería nulo? ¿No hubiera sido mejor hablar de *eficacia* en vez de *validez*?

El objeto de nuestra investigación respecto de este punto es traducir y explicitar el contenido exacto del término *validez* contenido en el artículo 53. A la vista de que —como veremos líneas más adelante—, todos los indicios nos hacen pensar en la protección de la buena fe y de la apariencia como fundamento del precepto contenido en este artículo, parece ser que dicho término debería de ser entendido como *eficacia*, respecto de determinadas personas a las que se pretende proteger; a pesar del mantenimiento de la invalidez. Es exactamente ésta la explicación funcional del *modus operandi* de la protección de la apariencia jurídica que proponen los autores que más autorizada y recientemente se han pronunciado sobre el tema. Si bien, hemos de reconocer que lo han hecho adoptando como objeto principal de su reflexión preferentemente mecanismos propios del Derecho patrimonial *inter vivos*. (En concreto adquisición *a non domino*.) (34).

En resumen, los matrimonios contraídos con las circunstancias del artículo 53 del Código Civil, no cabe duda de que adolecen de una intervención irregular, pero, no obstante, el legislador ante la concurrencia de determinados elementos, les atribuye plena *eficacia inter partes y erga omnes*; por tanto, no nos importaba excesivamente la calificación técnica ni la casilla en la que subsumir el término «validez» contenido en el artículo 53.

El *segundo problema* de este artículo se suscita al preguntarnos por qué otorgar a los matrimonios celebrados en las circunstancias del artículo 53 la plena *eficacia*. ¿Actúa aquí, como en otras ocasiones, el mecanismo de protección de la apariencia? Parece ser que sí. Sin embargo, aunque la protección de la apariencia es el fundamento de la norma —mediata o inmediatamente—, no significa esto que sea a su vez el presupuesto de la protección de los terceros de buena fe. Es decir, a través de la protección de la apariencia que encierra este artículo no se trata de preservar las expectativas o los derechos de los terceros, como sucede en otras ocasiones en las que actúa este

(34) GORDILLO *La protección del tercero de buena fe en la reciente reforma del derecho de familia*, «ADC», 1982, pp. 1111 y ss. *Idem*, *La representación aparente...*, *ob cit.*, p. 442.

mecanismo de protección, ya que para ello hay una norma específica, el artículo 79 del Código Civil amén de que, si esto fuese así, habríamos de convenir que los contrayentes son los terceros como destinatarios de la protección que ofrece el ordenamiento jurídico, lo que no es admisible ya que los contrayentes no «contratan» un matrimonio con el Juez o funcionario y no pueden recibir la categoría jurídica de *terceros*, porque ellos son los propios protagonistas del matrimonio. Sin embargo, pienso que cabe protección de la apariencia sin que el protegido sea *tercero* (35).

En consecuencia, la causa de esta eficacia que otorga el Ordenamiento a los matrimonios contraídos en las circunstancias del artículo 53 del Código Civil, quizá se encuentre en que el legislador por medio de esta norma lo que hace es proteger esas dos voluntades que él estima esenciales (aunque no únicas), que actúan de buena fe y que van a producir efectos jurídicos; la protección de la apariencia es el fundamento de la norma (36), pero quizá esta protección de la apariencia esté basada en el viejo principio jurídico canónico del *favor matrimonii* (37). Porque a la postre y desde el punto de vista de la protección de la seguridad jurídica y del control social, resulta mejor al legislador otorgar plena eficacia a este matrimonio que sancionarlo con la nulidad y resolver sus efectos jurídicos por la vía del matrimonio putativo, lo cual supone un mayor coste social; amén de que puedan haber influido en la elaboración de la norma otras posibles consideraciones deontológicas, quizá heredadas del Derecho canónico.

La fundamentación del artículo 53, es, en definitiva, la protección del matrimonio contraído de buena fe, cuyo posible vicio no estaría motivado por una irregularidad en el consentimiento de los esposos, ni por un impedimento matrimonial, sino por un defecto achacable

(35) A favor de esta visión contractualista del matrimonio GONZÁLEZ PORRAS, *Comentarios al artículo 53 del Código Civil*, en la ob. «Colect. Matrimonio y divorcio, comentarios...», coordinados por Lacruz, Madrid, 1982, pp. 218-219.

(36) GORDILLO, *La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de familia*, «ADC», 1982, p. 1149.

(37) En principio hemos mantenido la idea del *favor matrimonii* que encierra la norma, así como de la protección de buena fe basada en la apariencia, es decir, favorecer el matrimonio evitando al máximo los posibles supuestos de nulidad, para lo cual el artículo 53 ha de ponerse en relación, a fin de comprenderlo, con el artículo 78. Las nulidades que evitan los artículos 53 y 78 son nulidades por defecto de forma, pero ello no puede llevarnos a decir, como hace GONZÁLEZ PORRAS (*ob. cit.*, pp. 218-219), que esto sea reflejo de las ideas contractualistas que han presidido la redacción de la Ley, para quien, ni las formas ni las formalidades son requisitos esenciales del matrimonio en el sentido en que lo son los requisitos o presupuestos de fondo y por ello la buena fe y la apariencia pueden evitar la nulidad por su incumplimiento. Pero no puede ser tachada de mera formalidad la intervención del Juez o funcionario, en el sentido que he manifestado y que corrobora el artículo 73.3 al hacer nulo el matrimonio por falta de intervención, y que vuelve a corroborar el artículo 78 al exceptuarla de la regla general, de protección de la buena fe basada, en el caso del artículo 53 en la apariencia jurídica.

sólo al *status* jurídico de la persona que actúa en representación del Estado en este caso, no pudiendo hacerlo ya sea por incompetencia o por falta de nombramiento legítimo, o tal vez por ambas circunstancias a la vez (38).

3. Artículo 53: Análisis del supuesto de hecho que plantea

3.1. Significado de la expresión «Incompetencia o falta de nombramiento legítimo del Juez o funcionario»

En la legislación anterior, el artículo 101.4 del Código Civil declaraba nulo el matrimonio que se celebrase sin la intervención del Juez Municipal competente. El artículo 53 actual supone, pues, toda una novedad en nuestra legislación matrimonial (39).

Novedad por cuanto introduce en el ordenamiento jurídico español, de una parte de una norma que cuestiona la teoría de la competencia del funcionario como presupuesto para la validez del acto, tanto en el campo administrativo como el procesal (40); y de otra, por cuanto supone la consagración normativa de una vieja aspiración doctrinal, la de validez de los actos realizados por lo que se dado en llamar el *funcionario de hecho* (41).

Parece defendible la tesis de la inspiración en el Ordenamiento Jurídico canónico a la hora de redactar nuestro legislador este artículo

(38) Cfr. GORDILLO, *La representación aparente...*, *ob. cit.*, pp. 221-253; en la historia del Derecho de nuestra área cultural también encontramos ejemplos sobre este caso: en el Digesto, Ley 3, Libro 1, Título 14 (D.I., 14,3) se recoge un supuesto que guarda estrecha relación con éste: «Un esclavo fugitivo llamado Barbari Filipino, fue designado en Roma para el cargo de Pretor que él había solicitado, sin que obstara su condición de esclavo para que dejara de ser Pretor, conforme afirma Pomponio. No cabe duda de que ejerció el oficio de Pretor. Pero esto mismo suscita la cuestión más general de si un esclavo, mientras no se conozca ésta su condición inhabilitante, válidamente ejerce sus funciones pretoriales para las que ha sido designado. ¿Diremos que no tiene valor ninguno todo cuanto mandó y decretó? ¿O afirmaremos más bien que vale todo lo hecho por él habida cuenta del bien común o utilidad de los que a él acudieron, en virtud de Ley o algún otro derecho? Tengo por cosa cierta que nada de cuanto hizo debe reprobarse, esto es más humano, toda vez que muy bien pudo el pueblo romano disponer que un esclavo fuese investido de dignidad pretorial más aún, para conferirle, le hubieran concedido la libertad de haber sabido que era esclavo. Y esto, que no excedía de las atribuciones del pueblo, con mayor razón lo hubiera podido hacer el Emperador». Tal doctrina pasó al derecho canónico y ya Graciano sostenía los siguientes: «Sin embargo, si un esclavo mientras era tenido por hombre libre pronunció una sentencia, aunque después hubiese vuelto a quedar reducido a su condición de esclavo, la sentencia por él dictada tiene solidez de *cosa juzgada*.» También encontramos ejemplos en las Decretales. Y en el propio C. I. C. vigente hay una solución que guarda cierta relación con lo anterior en el c. 144.

(39) Cfr. GONZÁLEZ PORRAS, *ob. cit.*, pp. 156 y ss.

(40) Cfr. artículo 47.1 a) de la Ley de Procedimiento Administrativo y artículos 74 y 249 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(41) Cfr. GONZÁLEZ PORRAS, *ob. cit.*, pp. 164 y ss.

lo, ya que una norma de contenido equivalente a éste se recogía en el C. I. C. de 1917 (c. 209) y se sigue recogiendo en el Codex de 1983 (c. 144). Es decir, en buena medida, el artículo 53 del Código Civil, significa probablemente la traducción al orden civil de la *suplencia de jurisdicción* en la legislación canónica (42).

Pero atendamos en este momento sólo a nuestro Ordenamiento Jurídico, dejando para el próximo apartado el estudio de la normativa canónica referente a este punto.

Como señalaba, el artículo 53 representa una novedad en dos ámbitos diferentes, aunque en cierta forma relacionados: el tema de la competencia y el del funcionario de hecho.

A) COMPETENCIA

Más atrás sentaba mi opinión acerca de la naturaleza jurídica del acto de celebración del matrimonio, reputándolo, con las debidas reservas, acto de jurisdicción voluntaria, aún en el supuesto de que la autoridad que interviniera fuera un alcalde o un delegado o un funcionario diplomático o consular, es decir, una persona no dependiente de la Administración de Justicia, sino perteneciente a la Administración Pública, dada la misma naturaleza híbrida del acto de jurisdicción voluntaria.

Pues bien, en ese caso habremos de acudir a la L. E. C. para indagar qué dispone en el supuesto de actuación de un Juez o funcionario incompetente. Este cuerpo normativo en su Libro I dedicado a las disposiciones comunes a la Jurisdicción contenciosa y a la voluntaria, establece, en el artículo 74, en sede de competencia, que son nulos los actos verificados ante órgano jurisdiccional incompetente por razón de la materia y en el artículo 249 que las actuaciones judiciales deberán ser autorizadas, bajo pena de nulidad, por el funcionario público a quien corresponda dar fe o verificar el acto.

Con respecto al artículo 74, aunque se establece la nulidad del acto sólo por incompetencia en razón de la materia, el Tribunal Supremo ha interpretado que «si bien es cierto que el supuesto de dicha norma es la carencia de jurisdicción del Juez o Tribunal para conocer de un asunto por razón de la materia a la que correspondería conocer a una autoridad o jurisdicción distinta a la ordinaria, no lo es menos

(42) Admito que esta es una mera opinión personal, ya que sobre este punto no existe ningún dato que permita fundamentar mi postura, porque el artículo 53 fue aprobado en el Parlamento sin que en su proceso formativo existiese algún dato ilustrativo al respecto, fruto de alguna controversia. Tan sólo es de destacar que la Ponencia añadió el supuesto de falta de nombramiento legítimo al texto presentado por el Gobierno y que el artículo 53 así redactado por la Ponencia fue aceptado por la Comisión y más tarde, después de todo el *iter* parlamentario, aprobado definitivamente sin que existiese, repito, discusión sobre su contenido.

que el mismo carácter de derecho necesario que tiene las normas legales sobre jurisdicción lo tienen también las que dentro de una misma jurisdicción determinan la competencia de los respectivos jueces y tribunales que se refieren a la naturaleza del asunto, a su cuantía o a la jerarquía del Juez o Tribunal, las cuales no pueden ser derogadas por la voluntad de las partes y, por tanto, cuando un Juez o Tribunal actúa contra tales normas que le señalan la esfera en que necesariamente han de desenvolverse da origen a la nulidad radical e insubsanable de todas las actuaciones que con exceso de poder haya realizado y procede hacer tal declaración de nulidad conforme previene el último párrafo del citado artículo 74» (43).

Esto nos hace pensar que hay nulidades en los actos jurisdiccionales no sólo por incompetencia en razón de la materia sino también cuando existe incompetencia por razón de la jerarquía del órgano que debía conocer o por la naturaleza del asunto; de este modo sería incompetente para autorizar un matrimonio un Juez de paz, o un Secretario de Juzgado, siempre que reglamentariamente no hayan sido designados delegados. El artículo 249 de la L. E. C. es sumamente claro a este respecto.

Además de estas normas que actúan directamente también en el campo de la jurisdicción voluntaria, hay otras, referidas a la jurisdicción contenciosa de las que la doctrina ha extraído el principio general de Derecho procesal, por el cual los actos jurisdiccionales realizados por Juez o funcionario incompetente son radicalmente nulos (44).

Normas semejantes también existe en nuestra legislación administrativa, tal vez aplicable *ex* artículo 4.1 del Código Civil, concretamente en el artículo 47.1.a, a de la L. P. A. «Los actos de la Administración son nulos de pleno derecho en los casos siguiente: los dictados por órganos manifiestamente incompetentes...»

Baste esto para demostrar el espíritu de nuestras leyes en lo que a incompetencia se refiere, por lo que no es gratuito afirmar que el artículo 53, aun refiriéndose sólo al supuesto de incompetencia de la autoridad que interviene en la celebración del matrimonio y siempre que se den las dos condiciones necesarias para la actuación de la norma, abre brecha en la teoría de la competencia como requisito *sine qua non* para la validez de los actos jurisdiccionales e incluso administrativos, teniendo presente, volvemos a repetir, la naturaleza híbrida de los actos de jurisdicción voluntaria.

Fijémonos ahora en la expresión «manifiestamente incompetente» del artículo 47.1.a de la L.P.A. al compararla con la utilizada en el artículo 53 del Código Civil; vemos que éste sólo hace referencia

(43) En relación con la incompetencia el Tribunal Supremo se ha manifestado en tal sentido en la Sentencia de 25 de mayo de 1959.

(44) MORÓN PALOMINO, *La nulidad en el proceso civil español*, Barcelona, 1957, p. 87.

a la incompetencia sin añadir ningún tipo de calificativo que nos indique qué tipo de incompetencia es la que no afectará a la validez del matrimonio en los casos en que se den las dos condiciones de actuación de la norma: ejercicio público de las funciones y buena fe al menos en uno de los contrayentes. ¿Qué alcance tiene, pues, esta incompetencia? ¿Queda fuera del ámbito del artículo 53 del Código Civil la incompetencia manifiesta? ¿Casarían válidamente un Secretario de Ayuntamiento o un Oficial de Registro civil, o incluso un Notario? En mi opinión habría que estar a las circunstancias específicas de cada caso en concreto. Tal vez, para que se aplique el artículo 53 del Código Civil, basta que actúe un incompetente o uno con falta de nombramiento legítimo o uno que sea incompetente y que no tenga nombramiento legítimo. Lo decisivo es que se den los requisitos del final del artículo 53 del Código Civil.

Estos requisitos son las dos directrices que el legislador nos ofrece y que debemos utilizar para enjuiciar la validez o nulidad del matrimonio celebrado en las circunstancias ya expresadas. Estas dos directrices deben darse conjuntamente, no basta sólo buena fe en uno de los cónyuges, del mismo modo que no es suficiente el ejercicio público de las funciones del interviniente.

Como se verá más adelante, interpretando el significado y alcance de las expresiones *buena fe* y *ejercicio público de las funciones*, logremos conocer qué tipo de incompetencia no constituye motivo de nulidad matrimonial ni de inexistencia, cuando ésta afecta al Juez o funcionario autorizante y por contra, en qué casos la incompetencia es causa de inexistencia o de nulidad dependiendo de las circunstancias.

B) FALTA DE NOMBRAMIENTO LEGÍTIMO

Al igual que ocurre con la incompetencia, se hace necesario determinar el alcance de la expresión «falta de nombramiento legítimo».

¿Supone ésta que nos encontraremos ante la existencia efectiva de un nombramiento que adolece de alguna irregularidad, o significa que nos hallamos ante el supuesto de la ausencia total de nombramiento?

En el primer caso cabe decir que el legislador ha consagrado normativamente en el artículo 53, como sosteníamos antes, la teoría del *funcionario de hecho*; en el segundo, nos encontramos ante lo que la doctrina calificó de *Administración de facto*, concepto mucho más amplio que el anterior, ya que en él se engloban tanto los supuestos de funcionarios de hecho por la falta de legitimidad en el nombramiento, como los casos de mera usurpación de funciones, es decir, casos en los que falta totalmente el nombramiento del funcionario, no existiendo lo que la doctrina inglesa califica de *colour of title*, una apariencia de legitimidad basada en un título o nombramiento.

El decantarnos por una u otra postura supone en definitiva el valorar en mayor o en menor medida los principios que rigen el Ordenamiento sobre el valor jurídico que supone el matrimonio. De cualquier forma, corresponde a la Jurisprudencia en último caso, interpretar si la expresión *falta de nombramiento legítimo* supone sólo una irregularidad en el título que faculta para el ejercicio de una función pública, o bien puede entenderse comprendida en esta expresión la falta total de título.

Sin embargo, no tenemos reparo en mantener que, a la vista del carácter excepcional del artículo 53, y del recorte que supone a la norma general del artículo 73.3, nos parece más adecuado dar una interpretación restrictiva a dicha expresión, por lo cual no tendría aquí cabida la doctrina de la *Administración de facto*, del modo en que es entendida por algunos autores (45), sino que sólo supondría la admisibilidad de la validez de los actos realizados por un funcionario de hecho, para lo que nos basamos en el artículo 3.1 del Código Civil, «Las normas se interpretan según el sentido propio de sus palabras...» y en el artículo 4.2 del Código Civil «Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni a momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas».

Dicho esto conviene recordar el concepto de *funcionario de hecho* y sus requisitos. En este sentido estamos de acuerdo con la definición que propone De la Vallina (46) «Funcionario de hecho será aquél que ejerciendo las funciones públicas propias de un oficio o cargo público, le falta algún requisito fundamental para hacer de él un funcionario *de iure*, es decir, quien, ingresando en los cuadros de la Administración como funcionario presta a la misma un efectivo servicio, pero, sin embargo, su situación administrativa no es regular, por lo que no puede ser un funcionario de derecho (...). Únicamente se diferencia el funcionario de hecho del de derecho, en que la relación con la Administración a quien sirve es en el segundo perfectamente regular, mientras que en el primero existe alguna irregularidad más o menos aparente que impide que dicha relación sea *de iure*; pero, sin embargo, si nos fijamos en el ejercicio de sus actividades no percibiremos diferencia alguna entre ellos. Por esto, por obrar como un auténtico funcionario, aunque en derecho no lo sea, se le da el calificativo de funcionario de hecho. Precisamente esa relación con la Administración actúa como presupuesto objetivo para que la buena fe resulte digna de protección por la ley». Para que exista el funcionario de hecho es necesario que se den los siguientes requisitos:

(45) DE LA VALLINA VELARDE. *Sobre el concepto de funcionario de hecho*, «RAP», número 29 mayo-agosto 1959, pp. 103-158. FUEYO ALVAREZ. *La doctrina de la Administración de facto*, «RAP», número 2, mayo-agosto, 1950, pp. 35-56.

(46) DE LA VALLINA VELARDE. *ob. cit.*, pp. 115-116.

- 1.º Que el cargo que se ocupe tenga una existencia *de iure* o al menos esté reconocido por la Ley.
- 2.º Que esté realmente en posesión del mismo.
- 3.º Detentarlo bajo apariencia de legitimidad de título o autoridad.

Con respecto a la existencia legal del cargo, no se nos plantea ningún problema. Se trata en este caso del cargo de Juez encargado del Registro Civil, o del cargo de Funcionario Diplomático o Consular encargado del Registro Civil en el extranjero o del cargo de Alcalde o delegado designado reglamentariamente; en resumen se trata de la existencia legal de los cargos enumerados en el artículo 51 y en el artículo 52 del Código Civil para los matrimonios contraídos en peligro de muerte.

El segundo requisito es que esté en posesión del mismo. Esta posesión, en principio, habría de ser pacífica, pública y continuada y de buena fe. Es decir, la actuación externa a de ser de la misma naturaleza que sería la del funcionario de derecho. No obstante, pensamos que la *ratio* del artículo 53 exime del requisito de buena fe en el funcionario, aunque no en los contrayentes, pues el fundamento del precepto se halla vinculado a la actitud de éstos ante una determinada apariencia, no a la actitud de quien contribuye a conformar dicha apariencia.

El tercer requisito es la apariencia de legitimidad del título o nombramiento, para lo que es necesario que el título o nombramiento exista efectivamente, ya que, sin título, no cabe hablar de funcionario de hecho, sino de usurpador de funciones, figura no contemplada en nuestro artículo 53 del Código Civil como hemos dicho. Usurpador de funciones será aquella persona que, sin apariencia alguna de legitimidad, por falta de título, ejerce los actos propios de una función pública, excluyendo por la fuerza o dolosamente a quien incumbía el cargo.

Sin embargo, cabría admitir una tercera figura, que, sin ser funcionario de hecho por carecer de título aún jurídicamente nulo, en circunstancias excepcionales ejerce de buena fe las funciones públicas de un cargo público de manera efectiva, exclusiva, pública, pacífica y continuada: es el *funcionario de hecho por reputación o aquiescencia* (47).

Esta figura, aun no entrando en el supuesto puro del funcionario de hecho, sino constituyendo uno de los supuestos de la doctrina *de facto*, podría considerarse incluida dentro del artículo 53 del Código Civil. De cualquier forma, lo seguido parece discutible ya que el artículo 53 del Código Civil lo que precisa es la existencia de manera necesaria, de la buena fe de uno de los cónyuges y no la buena fe

(47) DE LA VALLINA VELARDE, *ob. cit.*, pp. 132 y ss.

del «funcionario» que ejerce las funciones de un cargo público sin ni siquiera un título o nombramiento aunque no fuese legítimo.

Naturalmente, la irregularidad del título no tiene que recaer en el nombramiento del Juez o funcionario de que se trate, sino que puede referirse a la delegación hecha a favor de otro Juez o funcionario, delegación que prevé el Código en los artículos 51.2 y 52.1; pero téngase presente que, si tal delegación no existiese, estaríamos saliendo del supuesto de falta de nombramiento legítimo para entrar en el de la incompetencia, ya que competencia es el conjunto de facultades —poderes y atribuciones—, correspondientes a un órgano, conferidos por el Derecho Objetivo, y, si no hay una delegación hecha a favor de otro órgano por el que tiene potestad para ello, lo que sucede es que ese otro órgano se está excediendo en sus facultades, aunque actúe en virtud de un título regular, y, por tanto, cae dentro del ámbito de la incompetencia.

Para terminar, en la línea de supuestos concretos que estamos exponiendo, cabría plantearnos uno más. Es el caso de la persona que, además de actuar como funcionarios de hecho, lo hiciese también excediendo de su competencia. ¿Qué sucedería con dicha autorización matrimonial? Cabe pensar que este supuesto no entraría dentro del ámbito de la norma del artículo 53 del Código Civil por cuanto el legislador emplea una fórmula lingüística disyuntiva «incompetencia o falta de nombramiento legítimo», sin embargo, en atención a la *ratio legis* del propio artículo 53, sobre la que hemos tratado con anterioridad, es más que posible el considerar también este supuesto incluido en la protección que otorga dicha norma.

3.1.1. Relevancia de estas irregularidades en el supuesto de matrimonio religioso

Pasemos ahora al estudio de la relevancia, a efectos de nulidad, de la incompetencia o falta de nombramiento legítimo del ministro asistente al matrimonio celebrado en forma religiosa. Empecemos en primer lugar por los matrimonios canónicos. Una advertencia previa: dado que, en virtud del sistema matrimonial español, las normas canónicas sobre forma del matrimonio son, en cierto sentido, recibidas en Derecho civil, siendo las que seguidamente se tratan normas sobre dicho tema, tienen cabida en este texto.

Como se dijo, el artículo 53 del Código Civil, encuentra su parangón en el c. 144 del C. I. C., de 1983 y en su remisión al c. 1.111 del mismo cuerpo legal, que a su vez suponen el reflejo de normas parecidas recogidas en el anterior C. I. C. de 1917. Estos cánones constituyen la consagración en el Orden normativo canónico, de la suplencia de jurisdicción (48).

(48) Conviene aclarar que técnicamente la asistencia al matrimonio no es estricta-

Así pues, los supuestos contemplados en el artículo 53 del Código Civil, se recogen también, muy aproximadamente, en la normativa canónica, como excepciones a la norma general del c. 1.108. Por otra parte, las condiciones exigidas en el artículo 53 del Código Civil, para que la validez del matrimonio no quede afectada en los casos de incompetencia o falta de nombramiento legítimo del Juez o funcionario, se recogen también en el c. 114 C. I. C. 1983, bajo otras denominaciones: en concreto, el c. 144 habla de *error común de hecho y de derecho* y de *duda de hecho y de derecho*, pero, a la postre, no hay más que una diferencia terminológica y no exactamente sustancial, ya que el error común supone la inexacta apreciación, por parte de quien deba someterse a una potestad, acerca de si un determinado sujeto se halla investido de ella. Para que el error común, de hecho o de derecho, produzca la suplencia de la potestad es preciso que el error tenga su fundamento en un hecho público capaz de producir-

mente para los canonistas un acto de potestad de jurisdicción, por lo que es mejor en el terreno de la suplencia llamarla suplencia de la facultad de asistir al matrimonio, *delegatio facultatis assistendi matrimonii* —en el texto original— como cautelosamente lo hace el c. 1111.2, en relación al c. 144 CIC, 83. Nominalismos al margen el c. 144 encuentra su fundamentación en la teoría de que la Iglesia suple la facultad de asistir, que no tiene el ministro, con el objeto de evitar la inseguridad jurídica que se produciría acerca de la validez de los matrimonios celebrados o que se hubieran de celebrar en caso de duda y atender al peligro en que se encontraría la comunidad cristiana al celebrarse matrimonios nulos, en la creencia de haberse celebrado válidamente. Esto significa que la nulidad por defecto de forma implicará no sólo la falta de potestad para asistir, sino también el no haber tenido lugar la suplencia de la facultad de asistir al matrimonio o suplencia de jurisdicción.

Esto, junto con el análisis de los trabajos preparatorios del CIC de 1983 (cfr. Comunicaciones 10 1978, pp. 90-92; NAVARRO VALLS, *La forma jurídica del matrimonio en el nuevo Código de Derecho canónico*, «RDP», noviembre, 1983, pp. 1014 y ss.) nos hace pensar que la *ratio* de esta expresa mención es limitar al máximo los supuestos de nulidad por defecto de forma, haciendo que la suplencia actúe en el mayor número de supuestos posibles. Por lo que la facultad de asistir que se suple será tanto la ordinaria como la delegada, (c. 144 en relación al c. 1108.1 *in fine* y al c. 1111) al igual que ocurre en el orden civil.

La suplencia de la potestad ordinaria encuentra su más claro ejemplo en el llamado *párroco putativo*, el sacerdote considerado como potestad para asistir, pero carente de título jurídico para hacerlo, ya porque la comunidad lo cree nombrado legítimamente o porque desconoce los vicios de su nombramiento, o de la toma de posesión o de la extinción de su potestad por haber cesado en el oficio o por haber incurrido en alguna pena que lleve consigo la suspensión de la facultad de asistir (c. 1109). Estos supuestos son semejantes a los que se derivan de la falta de nombramiento legítimo del Juez o funcionario asistente en el matrimonio civil.

En el caso de la asistencia al matrimonio fuera de los límites territoriales para el ejercicio de la potestad de asistir del ordinario o del párroco sin autorización, entraríamos en el supuesto de la incompetencia, ya que la jurisdicción canónica es territorial (c. 1109 «asisten válidamente en su territorio»). El tema de la incompetencia también queda a salvo de las causas de nulidad del matrimonio por defecto de forma a través del error de hecho del c. 144. La suplencia de la potestad delegada quedó admitida definitivamente tras la Respuesta de la Comisión para la Interpretación del CIC, de 26 de marzo de 1952, la cual confirmó la teoría sustentada por la doctrina de que la suplencia de jurisdicción definida por el c. 209 era aplicable al caso de sacerdote que asiste al matrimonio sin delegación.

lo; y que la aplicación de la suplencia de jurisdicción redunde en interés y beneficio general cual es la validez del matrimonio en este caso. Como vemos, se puede considerar que están aquí incluidas la buena fe y el ejercicio público de las funciones, de las que habla el artículo 53 del Código Civil. Lo mismo ocurre con la duda positiva y probable, pero esta vez quizá como situación que reside en el propio sujeto que ejerce la potestad (49).

Ahora bien, cabe todavía preguntarnos acerca de la relevancia de estas irregularidades en los matrimonios religiosos de otras confesiones.

Aun pareciendo peligroso aventurar cuál será la solución que tomará nuestro legislador en los respectivos acuerdos, y más aún, la postura que adoptarán jueces, parece lógico señalar que estas irregularidades deberían tener las mismas consecuencias que para los matrimonios civiles (50).

Por tanto, nuestra postura respecto de este tema, es la de considerar aplicable el artículo 53 del Código Civil, no sólo a los matrimonios civiles, sino también a los matrimonios celebrados en forma religiosa, cuya legislación no contemplase el supuesto que recoge el artículo 53 del Código Civil como una excepción a la nulidad del matrimonio, siempre que se dieran las dos condiciones exigidas en el propio artículo 53, esto es, buena fe en algunos de los cónyuges y ejercicio público de las funciones del ministro asistente (51).

3.2. Condiciones de actuación de la norma

La buena fe y el ejercicio público de las funciones son los requisitos que la norma impone para desplegar los efectos de protección del matrimonio contraído ante persona que no reúne las condiciones para realizar tal cometido, ya sea porque es incompetente, es decir, no designado por el Ordenamiento para asistir al matrimonio, o bien, porque siendo competente, su nombramiento es ilegítimo, adolece de algún vicio.

(49) BERNARDEZ CANTÓN, *Compendio de Derecho matrimonial canónico*, ed. Tecnos, Madrid, 1987, pp. 220-221.

(50) Ello por varias razones; en primer lugar, porque así lo establece nuestra Constitución en el artículo 14 al sentar el principio de la igualdad ante la Ley. Si estas irregularidades no fueran contempladas por las legislaciones religiosas como excepciones a la regla general que declara la nulidad del matrimonio celebrado por asistente incompetente o falta de nombramiento legítimo, y se considerasen como casos de nulidad del matrimonio, habría un trato desigualitario dentro de la esfera de los efectos civiles y canónicos con respecto a los matrimonios religiosos de otras Confesiones o viceversa. Pero además, en segundo lugar, habría una duplicidad normativa para regular un mismo hecho lo cual entraña innegablemente una inseguridad jurídica.

(51) GONZÁLEZ PORRAS, J. M., *Estudio sobre el matrimonio civil*, Córdoba, 1985, Librería Andaluza: «Solución pues la del artículo 53 y su fundamento, que, innecesario es decirlo, vale exclusivamente para el matrimonio civil, y ello, como seguidamente veremos, dentro de ciertos límites y condiciones con objeto de evitar abusos».

Estas dos condiciones de actuación de la norma, están íntimamente relacionadas, amén de que deben darse necesariamente ambas a la vez para que el artículo 53 del Código Civil despliegue sus efectos, como ya se dijo.

Decimos que se hayan interrelacionadas porque, si el Juez o funcionario no ejercen públicamente sus funciones, sino que lo hacen de manera clandestina u oculta, o bien de manera esporádica, los contrayentes no podrán alegar buena fe en el sentido que exige el artículo, sino que todo caso una ignorancia negligente de la realidad (52).

Y, por otra parte, si se produce el presupuesto objetivo del ejercicio público de las funciones, pero ninguno de los cónyuges actúa de buena fe, se hace imposible que el ordenamiento pueda otorgar validez a ese matrimonio, porque en primer lugar, la mala fe no se protege; y, en segundo lugar, esto podría ocasionar una gran inseguridad jurídica desde el momento en que cualquier funcionario incompetente, o falta de nombramiento legítimo, podría casar válidamente con sólo ejercer esta función de manera pública (53).

El expediente de la protección de la apariencia jurídica —como dice Gordillo— requiere un elemento objetivo (la apariencia en sí, es decir, en este caso se trata del ejercicio público de las funciones) y de un elemento subjetivo (la buena fe del tercero, en este caso sería la buena fe de uno de los cónyuges); faltando uno de estos elementos no puede operar el referido mecanismo. Analicemos estos dos elementos con mayor detenimiento.

3.2.a. Presupuesto objetivo: «Ejercicio público de las funciones»

Como quedó dicho al inicio de este capítulo, el artículo 53 del Código Civil contiene una norma que salva la eficacia del matrimonio a través de la técnica de la protección de la apariencia. Al igual que

(52) GORDILLO, *ob. cit.*, pp. 271-272: «ello implica ordinariamente la necesidad de que el tercero, para ser protegido, exija del representante la demostración de sus poderes, siendo, sin embargo, la notoriedad eximente de dicha necesidad de comprobación».

(53) GONZÁLEZ PORRAS, J. M., *ob. cit.*, pp. 168-169: «El matrimonio celebrado, ante un «aparente» funcionario que públicamente ejerce sus funciones es válido cuando ambos esposos proceden de buena fe y también cuando al menos uno de ellos ha procedido, igualmente de buena fe. En cambio, cuando ambos cónyuges hubieran procedido de mala fe el matrimonio es nulo (argumento sobre la base de los artículos 53, 78, 79 y 45 del CC), y ello, porque si, contrariamente se mantuviera la validez del matrimonio celebrado, a pesar de que los dos cónyuges conocían la incompetencia o falta de nombramiento legítimo de Juez o funcionario autorizante, aunque ejerciendo públicamente sus funciones y no obstante lo cual, voluntariamente, consienten la celebración (con independencia de que cuando esto ocurre, en el 99 por 100 de los casos

en otros casos en que el Código Civil protege la apariencia, resulta necesaria la conjunción de dos elementos, uno de carácter objetivo y otro subjetivo. «Dándose este elemento objetivo y supuesta la buena fe el Derecho operará el milagro de convertir en realidad lo que sólo es apariencia» (54).

En el presente caso, el presupuesto objetivo lo constituye el ejercicio público de las funciones por parte del Juez o funcionario incompetente o falta de nombramiento legítimo. Ejercicio público que a su vez supone el cumplimiento de las funciones que desempeña, durante un tiempo que —de manera objetiva—, haga pensar que el sujeto en cuestión es realmente el funcionario al que se refiere el artículo 53 del Código Civil.

Este ejercicio público de las funciones ya supone de por sí la apariencia, lo que conlleva que, de darse la buena fe en uno de los contratantes, resulta protegido y, como consecuencia, salva la eficacia del matrimonio.

Como señala Fueyo Alvarez, en las relaciones con la Administración, prácticamente, se opera sobre la presunción de que el que *externamente* aparece investido de los atributos de la función, es en derecho *titular* (55).

Tal y como mantenía anteriormente, no todo falso funcionario puede ser calificado de funcionario de hecho o funcionario aparente, que es la figura a la que atribuye específicos efectos nuestro Ordenamiento en el artículo 53 del Código Civil; sino que, para ser reputado como tal, son necesarios determinados requisitos, entre ellos, la posesión del cargo de manera continuada, pública y pacífica. Pues bien, nuestro legislador se ha fijado especialmente en este dato para configurar una de las condiciones de actuación de la norma.

El *ejercicio público* del artículo 53 del Código Civil implica en definitiva la actuación de manera continuada, pública y pacífica. Pero esto no es suficiente, sino que lo que se ha de ejercer públicamente son las funciones del Juez o funcionario que deba autorizar el matrimonio, no cualquier otra función administrativa. Esto es, pensamos, que probablemente la expresión «ejercicio público de sus funciones» quiere decir que las funciones que se ejercen públicamente son las del cargo que la Ley reputa apto para la intervención (art. 51 y ss. del CC).

los que así actúan no quieren casarse) sería tanto como eliminar de raíz la connotación de «negocio formal» que el matrimonio tiene todavía en nuestro Código Civil, lo que chocaría con los artículos 57, 58 y 73.3 que así lo confirman. Una cosa es que tras la reforma se haya acentuado el consensualismo y otra, muy distinta, que el matrimonio quede reducido a un negocio meramente consensual».

(54) GORDILLO *ob. cit.*, p. 132.

(55) FUEYO ALVAREZ, *ob. cit.*, p. 39.

3.2.b. Presupuesto subjetivo: Buena fe

Convenimos con Gordillo, respecto de la buena fe en sentido subjetivo, en que «la buena fe es una situación psicológica cifrada en un estado de error o ignorancia, ética y jurídicamente calificada de inculpable y determinante de una actuación realizada en la convicción de su juricidad y en la confianza de su intrínseca eficacia» (56).

Llegados a este punto resulta previo distinguir la buena fe subjetiva consistente en error de derecho de la buena fe subjetiva consistente en error de hecho. La primera viene a significar en el caso que nos ocupa que el contrayente tiene una falsa representación del contenido jurídico de la norma propiamente dicha. A nuestro juicio, en el supuesto de error de derecho la nulidad del acto permanece a pesar de la buena fe, pues la solución opuesta vulneraría la seguridad jurídica en cuanto que no podría conocerse con certeza la celebración de los matrimonios *autorizados* en estas circunstancias, además de que el resto del artículo 53 parece sólo compatible con el error de hecho («funcionario que ejerce sus funciones públicamente»): las funciones públicamente ejercidas son las del funcionario que legalmente puede operar la intervención del artículo 73 pero que quien actúa no tiene facultades para ejercitar. Un ejemplo claro en relación al artículo 53 del Código Civil, sería el pensar que, por ejemplo, un Notario puede asistir válidamente al matrimonio. El artículo 6.1 del Código Civil fundamenta lo expuesto.

La buena fe protegida en este caso por la cobertura de la norma del artículo 53 del Código Civil consiste en una falsa representación del sujeto, pero que viene a recaer sobre un hecho, no sobre el contenido jurídico de una norma. Estaríamos pues ante un error de hecho, que en este caso el Ordenamiento protege.

En este sentido el término *incompetencia* utilizado por el legislador en el artículo 53 del Código Civil, ve restringido su significado, no toda incompetencia estaría incluida en el supuesto de hecho de la norma. La incompetencia manifiesta del Juez o funcionario autorizante sería causa de nulidad del matrimonio, por lo que habría que estar a cada caso en concreto. Sería impensable que se protegiese el matrimonio celebrado ante un Director General o un funcionario de la Dirección General de Tráfico o ante un médico..., pero sí cabría proteger el matrimonio celebrado ante un Teniente de Alcalde, un Secretario Judicial o incluso un Secretario de Embajada. En otras palabras, la incompetencia manifiesta difícilmente podría sustentar la buena fe. En definitiva, lo que aquí subyace es la misma buena fe que la que opera en el artículo 79 del Código Civil, también en sede

(56) GORDILLO *ob. cit.*, pp. 271-272.

de matrimonio, en concreto referida al matrimonio putativo, o la del artículo 434 del Código Civil en sede de posesión (57).

No podemos dar por finalizado este punto sin hacer referencia al hecho de que el propio interviniente conozca de su incompetencia o falta de legitimidad para celebrar el matrimonio. En este caso el dolo no viciaría el consentimiento de los esposos en principio, salvo que provocase un error de derecho en los contrayentes, el cual no estaría incluido en la cobertura que dispensa en artículo 53. Sólo si provoca un error de hecho en los contrayentes, funcionaría el mecanismo de la buena fe, previsto en la propia norma, celebrándose, por tanto, el matrimonio válidamente (58).

En síntesis, si el error de uno de los contrayentes consiste en creer que un Director General del Ministerio de Industria puede autorizar su matrimonio y se casan ante quien reputan titular de tal cargo, el matrimonio no es válido y no se aplica el artículo 53; si se aplica, por el contrario, si uno o los dos contrayentes creen que quien allí actúa es Juez encargado del Registro Civil y, no obstante, no lo es, y sí Director General de Ministerio de Industria, siempre que ejerza la función de Juez públicamente.

C) ARTÍCULO 78

1. Sentido de la prohibición al Juez de acordar la nulidad de un matrimonio; ¿es una declaración de validez?

El artículo 78 del Código Civil dispone: «El Juez no acordará la nulidad de un matrimonio por defecto de forma, si al menos uno de los contrayentes lo contrajo de buena fe, salvo lo dispuesto en el número 3 del artículo anterior.

De la presente norma se deriva del afán del legislador de desritualizar la celebración del matrimonio, dejando como único requisito esen-

(57) DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe*, Madrid, 1955, p. 281. Aunque en sede de matrimonio putativo, este autor manifiesta que «cabe invocar que la buena fe es el fundamento mismo del matrimonio putativo. Lo que no cabe duda es el juego que la buena fe cobra de suyo en tales casos según se deduce del tenor literal del precepto (antiguo artículo 69 CC), fenómeno que no extraña, ya que hemos encontrado reiterados testimonios del auxilio prestado a la apariencia por la buena fe, incluso al hablar de la buena fe objetiva decíamos que los efectos del 69.4 quedaban en ella comprendidos, dado su exclusivo alcance en favor de los hijos, mientras que en los restantes supuestos se trata de buena fe subjetiva»; en otro lugar de la obra, define el propio autor a la buena fe subjetiva, como «la correcta situación del sujeto dentro de la relación jurídica, no la referida al contenido o a los efectos de la relación misma. Por eso la hemos calificado en contraposición a la buena fe objetiva, de buena fe sub-legitimante» (ob. cit., p. 57).

(58) COSSIO y CORRAL, A., *El dolo en el Derecho civil*, Madrid 1955, ed. «Revista de Derecho privado», p. 85: «el dolo de un tercero (y en este caso el celebrante sería «tercero») no tiene el valor de vicio del consentimiento, por lo menos como tal dolo; puede, viciarle en cuanto de lugar a error; error que ha de ser sustancial».

cial lo que constituye el verdadero núcleo central de la forma en el matrimonio, la intervención del Juez o funcionario y la de los testigos, quedando excluida de la sanción de nulidad la falta de los elementos que constituyen un mero accesorio del acto de celebración.

El artículo 73.3 del Código Civil, como hemos mantenido, se refiere a ese verdadero núcleo esencial en el campo de la forma en el matrimonio, y, dispone el propio artículo, es aplicable a todos los matrimonios, hayan sido celebrados en forma religiosa o civil. Por otra parte, los matrimonios religiosos están revestidos, en lo atinente a su forma de celebración, de formalidades ajenas en sí a la propia manifestación del consentimiento matrimonial y que varían según las Confesiones. Estas dos son probablemente las razones que provocan que el legislador se mantenga al margen de estas formalidades y que preserve la validez del matrimonio siempre que se cumpla las condiciones esenciales para que pueda reputarse el matrimonio constituido formalmente, y no la que argumenta Alvarez Caperochi (59) de que el artículo 78 es «el medio utilizado para imponer un sistema de matrimonio civil obligatorio, *civilizando* todos los rituales religiosos, especialmente el matrimonio canónico, estableciendo que el matrimonio canónico es un matrimonio civil en el que el ministro católico actúa como funcionario por delegación de la autoridad civil».

No podemos olvidar que la forma es necesaria en cuanto que actúa como medio de publicidad y como técnica de control de que el matrimonio que se va a celebrar reúne las condiciones exigidas por el Derecho del Estado —aunque nos atrevamos a asegurar que también por ese conjunto normativo extrapositivo que se ha venido llamando Derecho Natural, en cualquiera de sus modalidades, la católica o la racionalista—; y que para estas dos funciones no son necesarias, de ninguna manera, actuaciones o declaraciones accesorias ya sea por parte de los contrayentes, ya sea por parte del celebrante o de los testigos.

Estas formalidades accesorias responden más bien a costumbres que se han incorporado en las celebraciones matrimoniales y que obedecen a la idiosincrasia de las propias religiones.

Como digo, nuestra legislación ha querido desligarse de estas «costumbres rituales» y atender a la forma en cuanto medio para alcanzar los dos fines señalados, publicidad y control de la idoneidad del matrimonio. Pero ello no quiere decir que en el actual texto, la función y el carácter de la forma queden «desdibujados», y que la forma esté «determinada muy vágamente», como mantiene Alvarez Caperochi (60) ya que la función y el carácter de la forma no se «desdibuja» a través de rituales, sino a través de la exigencia de la efectiva *inter-*

(59) ALVAREZ CAPEROCHIPI, *Comentario al artículo 78 del Código Civil*, en la *ob. cit.*, «Matrimonio y divorcio. Comentarios...», p.463.

(60) ALVAREZ CAPEROCHIPI, *ob. cit.*, p. 459.

vención del Juez o funcionario y los testigos, intervención en el sentido ya expuesto en otro lugar y que preservan los artículos 73.3 y 78 *in fine*.

En esta línea, el sentido de la prohibición hecha al Juez al acordar la nulidad del matrimonio por defecto de forma es el de una declaración de validez de los matrimonios que, celebrados en forma civil o religiosa, guarden la forma esencial exigida para su constitución: la expresión del consentimiento de los contrayentes dotada de eficacia por la *intervención* del Juez o funcionario —o del ministro asistente— y la presencia consciente y voluntaria de los testigos, es decir, lo exigido en el artículo 73.3 del Código Civil, con todas las condiciones ya estudiadas y dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 53 por su carácter de excepción de la norma contenida en el artículo 73.3 del Código Civil.

Respecto de los matrimonios religiosos, el incumplimiento de los ritos propios de la confesión de que se trate no supondrá en el orden civil la nulidad del matrimonio, ya que el artículo 73.3 del Código Civil, sólo establece la nulidad en el orden civil, incluidos los matrimonios celebrados en forma religiosa, para los supuestos ya estudiados, de lo que se desprende que las irregularidades en las formalidades religiosas no pueden constituir supuestos de nulidad, luego a *sensu contrario* esos matrimonios gozarán de validez en el orden civil.

2. Buena fe

Al igual que en el artículo 53 del Código Civil, el legislador exige la buena fe, al menos de uno de los cónyuges, para que el matrimonio sobre el que recae una irregularidad en la forma sea reputado válido.

Sobre la buena fe exigida, poco tenemos que añadir a lo ya expuesto; se exige la buena fe subjetiva, basada en un error de hecho y no de derecho en los términos en que nos referimos anteriormente. Pero sí debemos puntualizar que, aún con mala fe de ambos cónyuges, resulta difícil que algunas de estas irregularidades acarreen la nulidad del matrimonio: nos referimos, por ejemplo, al supuesto en que el Juez o funcionario no diese lectura a los artículos 66, 67 y 68 del Código Civil.

El artículo 78 del Código Civil constituye otra protección —además de la del artículo 53— al matrimonio contraído entre personas que declaran conscientemente su voluntad, que no sufren de ningún impedimento de los que señala el Código Civil y que han expresado esta voluntad ante un Juez y con la presencia de testigos; es, en definitiva, un caso más de la aplicación del principio del *favor matrimonii* recogido en nuestra legislación matrimonial. Principio que, en este caso, no tiene como presupuesto la protección de la apariencia, sino exclu-

sivamente la buena fe, y el propio valor superior que tiene el matrimonio.

3. Ambito de la norma

Preguntarnos por el ámbito de la norma significa preguntarnos por los casos que son subsumibles en su supuesto de hecho; a este respecto se hace necesario distinguir entre: *forma esencial*, cuya inobservancia produce la nulidad aún con buena fe de alguno de los cónyuges; *forma accidental*, cuya no observancia no produce la nulidad del matrimonio, si alguno de los cónyuges actúa de buena fe; y *formalidades accesorias* cuya inobservancia no produce la nulidad del matrimonio, aún con mala fe de los dos contrayentes.

3.1. *Inciso final. Enumeración de irregularidades acaecidas en la forma que provocan la nulidad del matrimonio aun con buena fe de los contrayentes*

El inciso final del artículo 78 del Código Civil se refiere directamente a lo que hemos llamado *forma esencial*, y que recoge el artículo 73.3 del Código Civil pero también, y aunque no lo explicita de modo directo, al principio de unidad de acto recogido en el artículo 58 del Código Civil.

La intervención del Juez o funcionario y la de los testigos, en el sentido que hemos mantenido a lo largo del presente trabajo, junto al requisito de la unidad del acto, constituyen la excepción de la norma que estudiamos. En ambos supuestos, aun con buena fe de ambos cónyuges el matrimonio resultaría nulo indefectiblemente (salvo en los casos contemplados, como también sostenemos, en el art. 53 o equivalente).

El principio de unidad de acto es un requisito esencial para determinar en qué momento se entiende contraído el matrimonio. Si esto no fuera así se plantearían problemas como los que apunta Doral (61) en el sentido de la dificultad de determinar, la matrimonialidad de los hijos o acerca de la cuál sería el matrimonio válido si en el *intervalo* uno de los cónyuges contrae matrimonio legítimo con un tercero o fallece uno de los cónyuges o alguno de los testigos.

Estos elementos son exigibles en cualquier forma de celebración del matrimonio ya sea ordinaria o excepcional —matrimonio celebrado en peligro de muerte o en secreto— y también —como ya dijimos— a los matrimonios celebrados en forma civil o en forma religiosa.

(61) DORAL, *Comentario al artículo 78 del Código Civil*, en la ob. «Colectiva, Matrimonio y divorcio. Comentarios...», coordinados por Lacruz, Madrid, 1982.

En la legislación canónica estos mismos requisitos esenciales se recogen en el c. 1.108 del C. I. C. de 1983. En concreto el c. 1.108, párrafo primero es una norma de contenido idéntico al artículo 73.3 del Código Civil en cuanto a la intervención del asistente y los testigos; mientras el párrafo segundo de dicho canon se refiere al acto de celebración de donde se extrae el principio de unidad de acto. En ambos preceptos, en caso de incumplimiento, la infracción se sanciona con la nulidad.

3.2. *Enumeración casuística de supuestos de irregularidades en la forma no susceptibles de subsunción en el artículo 73.3 del Código Civil y que necesitan de la buena fe de uno de los cónyuges para que se produzca la consecuencia jurídica prevista en el artículo 78*

Estas irregularidades en la forma que, en el caso de que exista buena fe en alguno de los cónyuges, no producen nulidad pero sí la producen si tal buena fe no se da, son las que inciden en lo que hemos denominado forma accidental de la celebración del matrimonio. Hagamos una enumeración casuística de tales supuestos, pero previamente conviene fijar la relación que guardan el artículo 78 con el artículo 53, a su vez excepción del artículo 73.3; como dije en su momento, si el legislador no excepcionase este supuesto de la norma del artículo 73.3 en base a la buena fe y el ejercicio público de sus funciones, el matrimonio sería nulo según dispone el artículo 73.3.

En rigor cabe que nos planteemos las siguientes preguntas, ¿por qué el legislador ha sacado del supuesto general del artículo 78, este supuesto especial que también salva la validez del matrimonio por la buena fe de uno de los cónyuges del artículo 53 del Código Civil?, ¿Por qué no, a la vista de esto, ha optado por enumerar casuísticamente los supuestos de irregularidades en la forma que no producen nulidad, mediando la buena fe de uno de los cónyuges?

Pensemos que el legislador ha actuado acertadamente al regular el caso de la incompetencia o falta de nombramiento legítimo del Juez o funcionario separadamente. Para ello hay diversas razones:

En primer lugar, porque el artículo 78 no constituye una excepción al artículo 73.3. Este precepto sólo establece la nulidad para supuestos de falta de intervención o de irregularidades en la misma, es decir, establece la nulidad del matrimonio cuando falta algún requisito de lo que constituye la forma esencial; y el artículo 78 del Código Civil sólo salva la nulidad en los supuestos en que la irregularidad recaiga o sobre la forma accidental o sobre las formalidades accesorias. Sin embargo, el artículo 53.3, sí constituye una verdadera excepción al artículo 73.3 porque el supuesto de irregularidad que

salva la nulidad cuando se dan las condiciones de actuación de la norma cae directamente en la forma sustancial.

Luego el artículo 78 y también el 53 no tienen en este caso el mismo contenido.

El segundo argumento a favor de la técnica seguida por el legislador en este caso es que en el artículo 78 sólo se exige buena fe para que el matrimonio no sea nulo. Mientras en el artículo 53 la norma exige dos condiciones para la validez, buena fe y ejercicio público de las funciones del Juez o funcionario incompetente o falta de nombramiento legítimo, que intervienen en la celebración del matrimonio.

El tercer y último argumento podría consistir en el diferente contenido de la buena fe en uno y otro caso. En el artículo 53 del Código Civil, como se dijo, la buena fe tenía como soporte la apariencia creada por el Juez o funcionario y consistía en una ignorancia no culpable, en la creencia de que la persona que interviene está legitimada para ello, no en la creencia de la validez general del matrimonio, aunque ésta también sea necesaria, sin embargo, en el artículo 78 la buena fe se refiere a la creencia en la validez del matrimonio, o más propiamente, en la idoneidad del consentimiento prestado para crear y originar el vínculo matrimonial y una relación familiar (...). Así, la buena fe a la que se refiere el artículo 78, es esencialmente idéntica a la buena fe a la que se refiere el artículo 79 al regular el matrimonio putativo.

Seguidamente menciono, no sin ciertas reservas y sin ánimo de agotar el tema, algunos supuestos de validez del matrimonio condicionándolo a la buena fe de uno de los contrayentes, *ex* artículo 78 del Código Civil:

- El primer supuesto podría ser el del matrimonio celebrado sin expediente matrimonial, en circunstancias que no eximen la previa formación de dicho expediente.
- El segundo supuesto podría ser la falta de dictamen médico sobre la aptitud del contrayente afectado por anomalía psíquica *ex* artículo 56 del Código Civil, máxime teniendo en cuenta que nuestro Ordenamiento parece acoger la teoría del intervalo lúcido para provocar el consentimiento válido.
- Para terminar, el tercer supuesto, quizá donde más claramente se podría ver reflejado el contenido de esta norma, podría ser, en el caso del matrimonio por poder (art. 55 del CC), el hecho de que el poder adoleciera de algún vicio, siempre que en él constasen las menciones de identidad del mandante y del mandatario así como la de la persona con quien ha de celebrarse el matrimonio (art. 258.2 del R. R. C.)

Tal vez estos tres supuestos podrían ser los exactamente contemplados en el artículo 78: producen nulidad, salvo buena fe de uno de los contrayentes, siendo, además, supuestos diferentes de los del

artículo 73.3 y del artículo 53 del Código Civil. Aún así, no quiero dejar pasar la ocasión de expresar mis dudas al respecto, sobre todo por la escasa claridad del Código Civil: las líneas que anteceden sólo pretenden sugerir algún contenido real para el artículo 78 pues, a mi juicio, *de iure condendo*, o nos hallamos ante una irregularidad formal que merece nulidad *ex artículo 73.3* (salvo aplicabilidad del 53), o nos hallamos ante deficiencias formales que no deben afectar a la validez, con buena o mala fe de los contrayentes, sino sólo pueden ser causa de sanciones administrativas.

3.3. *Enumeración casuística de irregularidades acaecidas en la forma que provocan la consecuencia jurídica prevista en el artículo 78 del Código Civil, aun con mala fe de los contrayentes*

Nos encontramos en el tema de las formalidades accesorias, cuya inobservancia, como dijimos, no produce la nulidad del matrimonio, aun con mala fe de los dos contrayentes.

Estas formalidades accesorias nada tienen que ver con la esencia de la forma del matrimonio, ni tampoco coadyuvan a conseguir las finalidades de publicidad y control de la idoneidad del matrimonio perseguidas por la forma. Son meros accesorios rituales, ya sean religiosos o sociales, y que por su misma naturaleza contingente y variable no pueden ser tomados en cuenta a la hora de declarar la nulidad del matrimonio por defecto de forma.

En el matrimonio civil, este «ritual», viene recogido en el artículo 58 del Código Civil que establece que el Juez o funcionario leerá los artículos 66, 67 y 68 del Código Civil y después preguntará a los contrayentes si consienten en contraer matrimonio y si efectivamente lo contraen en dicho acto, y, respondiendo ambos afirmativamente, declarará que los mismos quedan unidos en matrimonio, y extenderá la inscripción o el acta correspondiente.

En este artículo 58, hay que separar lo que constituye parte de la forma esencial del matrimonio, como son la unidad del acto, la expresión de esa «voluntad» del Juez o funcionario a la que aludíamos más arriba y la manifestación del consentimiento de los contrayentes; de las formalidades accesorias, como son la lectura de los artículos 66, 67 y 68 del Código Civil, así como la pregunta expresa hecha por el Juez o funcionario a los contrayentes, de si desean contraer matrimonio, ya que los propios contrayentes podrían manifestar su voluntad de manera inequívoca, sin que se les interpelase directamente.

4. Ambito del matrimonio putativo en supuesto de nulidad por irregularidades acaecidas en la forma: casos de matrimonios aparentes que padecen nulidad por irregularidades en la forma, habiendo concurrido buena fe en los cónyuges

Llamamos matrimonio putativo a aquél que, por la concurrencia de algún impedimento de los que señala la ley —no dispensado—, o por vicio en el consentimiento de los contrayentes, o por defecto de forma, resulta nulo pero revelador de una apariencia jurídica matrimonial a la que la ley reconoce efectos jurídicos.

En nuestra anterior legislación tal reconocimiento tenía lugar en el artículo 69 del Código Civil: «El matrimonio contraído de buena fe de parte de uno sólo de los cónyuges, surte únicamente efectos civiles respecto de él de los hijos.

La buena fe se presume.

Si hubiese intervenido mala fe por la parte de ambos cónyuges el matrimonio sólo surtirá efectos civiles respecto de los hijos».

Como vemos, tal redacción resultaba, quizá, un tanto desordenada y confusa puesto que del sentido literal de sus palabras parecía desprenderse que el matrimonio, aún declarado nulo, seguía produciendo efectos jurídicos. Estos defectos de redacción han sido corregidos por el legislador de 1981, dándosele una mayor técnica a dicho precepto, ahora contenido en el artículo 79 del Código Civil: «La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe.

La buena fe se presume».

Con respecto al ámbito de aplicación de esta norma, hemos de señalar en primer lugar que se trata de una disposición común a todo matrimonio —ya sea celebrado en forma civil o religiosa—, y en segundo lugar que resulta necesaria la celebración real del matrimonio, puesto que de otro modo se protegería la propia inexistencia.

Es decir, hay que distinguir la falta o defecto total de forma que supone la inexistencia, de las irregularidades formales, las cuales a su vez son clasificables en tres grupos como hacíamos en el apartado anterior.

En este sentido, hay que advertir que, en el Derecho vigente, el campo de actuación del artículo 79 en materia de forma será más exiguo que el del desaparecido artículo 69; pues, en casos como los de irregularidades en lo que hemos llamado forma accidental, el artículo 78 salva la validez del matrimonio si hay buena fe en alguno de los cónyuges; en los supuestos de irregularidades en las formalidades accesorias, como hemos visto tampoco se produce nulidad; tanto sólo la inobservancia de la forma esencial produciría la nulidad del matrimonio aún con buena fe en ambos cónyuges —salvo en los supuestos del artículo 53 del Código Civil— y por tanto cabría aquí

la aplicación del artículo 79. Pero el ámbito de aplicación del actual artículo 79 es materia ajena a este estudio (62).

D) CONSIDERACIÓN FINAL

De todo lo expuesto es fácil inferir la conveniencia de aprovechar una futura reforma del título 4.º del libro 1.º del Código Civil (por ejemplo, la que afecte a las garantías del cobro de la pensión por separación o divorcio o a otros puntos relativos a la efectividad de las sentencias y demás resoluciones atinentes a cónyuges e hijos) para clarificar la materia abordada en el presente trabajo, que si defiende a veces tesis que pueden parecer difícilmente defendibles (ámbito del artículo 78, operatividad civil directa de irregularidades canónicas), se ve forzado a ello con la finalidad de conferir algún sentido y algún sistema a los censurables preceptos del código tanto en sede de forma, como al configurar el sistema matrimonial: valgan las líneas que preceden para destacar la antes expuesta necesidad de reforma legislativa.

(62) Vid sobre el tema LETE DEL RÍO, *El matrimonio putativo (breve comentario del artículo 79 del Código Civil)*. Libro homenaje al Profesor BELTRÁN DE HEREDIA y CASTAÑO, ed. Univ. de Salamanca, 1984, JORDANO BAREA, *Fundamento y naturaleza jurídica del matrimonio putativo*, «Libro homenaje al Profesor Giménez Fernández», Sevilla, 1967, pp. 37 y ss.

