

Discurso de Apertura. Universidad Valladolid
1964-1965

UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

DR. MIGUEL HERNÁNDEZ ASCÓ
CATEDRÁTICO DE DERECHO CANÓNICO

PROBLEMAS LATENTES
EN EL
SISTEMA MATRIMONIAL ESPAÑOL

DISCURSO PARA LA APERTURA DEL CURSO 1964-1965
DE LA UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

VALLADOLID
1964

PROBLEMAS LATENTES
EN EL
SISTEMA MATRIMONIAL ESPAÑOL

(Discurso para la Apertura del Curso 1964-1965,
de la Universidad de Valladolid)

BiCe
Disc. Apert. UVA 64/65

5>0 0 0 0 4 0 7 5 5 3



COPIA

407553

UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

DR. MIGUEL HERNÁNDEZ ASCÓ
CATEDRÁTICO DE DERECHO CANÓNICO

PROBLEMAS LATENTES
EN EL
SISTEMA MATRIMONIAL ESPAÑOL

DISCURSO PARA LA APERTURA DEL CURSO 1964-1965
DE LA UNIVERSIDAD DE VALLADOLID



VALLADOLID
1964

Depósito Legal: VA. 314 - 1964

Talleres Tipográficos de la Editorial SEVER-CUESTA. - Valladolid

Excelentísimo Señor Ministro,
Magnífico y Excelentísimo Señor Rector,
Excelentísimos e Ilustrísimos Señores,
Claustro Universitario,
Estudiantes,
Señoras y Señores:

Pasaron ya las apasionadas controversias en pro o en contra de una política sectaria o de tipo regalista, que despreciaba o negaba la doctrina y derechos de la Iglesia en la regulación del matrimonio de bautizados. España sigue siendo oficialmente una nación católica y el Estado, fiel a la tradición católica de nuestra Patria, se complace en legislar de acuerdo con la doctrina y derechos de la Iglesia. Pero las cuestiones en torno al Derecho matrimonial interesan y son de actualidad. La polémica no surge hoy día en el plano negativo de separar el ordenamiento matrimonial civil del canónico, sino del deseo de establecer una mayor conexión entre ambos y, a dicho fin, con carácter puramente constructivo, se plantean diversos problemas dentro del ordenamiento estatal, que trascienden, por los criterios dispares sustentados por los especialistas en la materia, y no dejan de preocupar ante las dificultades que ofrece la legislación civil para la solución de los distintos casos que presenta la vida real en el mejor laboratorio, donde el jurista podrá contrastar las lagunas y deficiencias de lo legislado,

El principal problema a dilucidar, el de las discrepancias entre el Derecho civil y el canónico sobre las personas que pueden contraer matrimonio civil, se ha resuelto oficialmente con la reforma efectuada “para acomodar nuestro ordenamiento al Concordato”. Nuestro sistema matrimonial es de tipo confesional y la dogmática jurídica del Estado se inspira en la Religión católica, fe inseparable de la conciencia nacional. Y se pregunta: ¿por qué un Estado confesionalmente católico, que tiene obligación de practicar la Religión católica, permite y legisla situaciones matrimoniales opuestas a la doctrina y derecho de la Iglesia? La defensa del sistema matrimonial español sólo podrá hacerse teniendo en cuenta que la labor de adaptación a las normas concordadas se ha intentado sobre el pie forzado de una “fórmula de transacción”, obligada por los principios de confesionalidad del Estado y de tolerancia religiosa; dos principios fundamentales reconocidos en el Concordato vigente, que se conjugan en el desarrollo interno de nuestro sistema matrimonial a costa de antinomias o contradicciones que, si son inevitables en todo eclecticismo empírico, mucho más en el presente caso por el espíritu que animaba a los autores de la reforma en su deseo de encajar la legislación civil en la canónica.

Por otra parte, como secuela obligada de hechos consumados, subsiste sin resolver la situación anormal en que se hallan los que contrajeron matrimonio meramente civil al amparo de la Ley de Matrimonio civil, obligatorio de la segunda República. Problema éste que preocupa y clama por un cauce legal sobre el que cunde el mayor escepticismo. Razón asiste a los desconfiados, pues desde 1945, en que el Primado de España subrayó las dificultades que oprimen la conciencia de católicos que atentaron matrimonio civil, se ha procurado por el Gobierno que surgiera el procedimiento adecuado para poner fin a esta situación, que sigue siendo de palpitante actualidad, sin conseguir que se llevara a cabo por los criterios dispares de imposible combinación armónica, puestos en evidencia en publicaciones y artículos y a través de informes recabados de eminentes canonistas y juristas, así como de los Anteproyectos de Ley discutidos en las Comisiones de Codificación y de Legislación Extranjera.

Las dificultades que se plantean surgen del propio sistema matrimonial civil. No se originan a la luz del Derecho canónico, porque el Estado mantenga una legislación opuesta al ordenamiento matrimonial de la Iglesia. En los demás Estados donde se admite el matrimonio civil facultativo o se impone el matrimonio civil obligatorio, no se dan los múltiples problemas que se agitan en España, y que preocupan a los católicos que atentaron matrimonio civil o contrajeron segundo matrimonio canónico autorizados por la autoridad eclesiástica. En España no tenemos que lamentar la influencia desmoralizadora del matrimonio civil disoluble, con los deplorables efectos del divorcio vincular. Pero en ningún Estado se han producido los conflictos jurídicos que se han engendrado en España a través de un sistema matrimonial de tipo confesional, que ha girado en torno a la interpretación circunstancial del artículo 42 del Código Civil.

Actualmente, con la reforma del artículo 42 del Código Civil y el esfuerzo realizado por los autores de la reforma para acomodar la legislación del Estado al Derecho matrimonial de la Iglesia, se evitarán, indiscutiblemente, muchos de los problemas creados anteriormente por discrepancias, desaparecidas entre ambos ordenamientos. Pero, en el propio sistema matrimonial —el mal está en su raíz— subsisten latentes otros problemas que importa resolver y, además, ha quedado en pie la situación antijurídica de los matrimonios civiles contraídos durante la vigencia de la Ley del Matrimonio Civil de la segunda República que, si como problema transitorio, no procedía resolver en el Concordato, no por ello está menos necesitado de una solución legal.

Ante los diversos casos perplejos, sin saber a qué atenerse en cuestiones tan importantes como el matrimonio canónico de los casados civilmente durante la vigencia de la Ley de Matrimonio Civil de la República, o para enjuiciar el supuesto delito de bigamia de los que, casados civilmente, contraen matrimonio canónico autorizados por la autoridad eclesiástica, se debaten distintas soluciones que no satisfacen a los más exigentes.

Verdaderamente, dentro de nuestro sistema matrimonial, no es cosa fácil encontrar solución a los problemas apuntados. No obstante,

honrado en este solemne acto con la lección inaugural del Curso, he creído que nada más apropiado a un Catedrático de Derecho Canónico de una Universidad del Estado, como el planteamiento de los problemas jurídicos que se agitan actualmente en el sistema matrimonial español, con tanto afán de superación científica y tanta complejidad de opiniones radicalmente opuestas, para aportar modestamente, en plan constructivo, un criterio que pudiera contribuir a la solución deseada, sometiéndome en un todo al magisterio de la Iglesia.

Sistema de matrimonio civil obligatorio en España durante dos períodos efímeros de su historia

El sistema matrimonial español nace con la institución civil del matrimonio contrato. Hasta el año 1870, el único matrimonio reconocido en España ha sido el matrimonio canónico con plenos efectos civiles. El Proyecto del Código Civil de 1851, en la misma línea de la tradición católica, disponía en su artículo 48 que “el matrimonio ha de celebrarse según los cánones de la Iglesia católica admitidos en España”¹. Pero sobre la panorámica del matrimonio civil en España interesa distinguir y considerar, por separado, los dos períodos efímeros, en que estuvo vigente en su historia un sistema matrimonial “monista”, por imposición del matrimonio civil obligatorio: la época señalada por la Ley Provisional del Matrimonio Civil, de 18 de junio de 1870, que impuso por vez primera el matrimonio civil obligatorio, “con carácter de matrimonio indisoluble”; y el período iniciado con la Ley del Matrimonio Civil de la segunda República, de 28 de junio de 1932, que impuso el matrimonio civil obligatorio, “con carácter disoluble”, mediante la Ley del Divorcio vincular vigente a la sazón.

Mas los problemas que plantea en cada uno de estos períodos el matrimonio civil obligatorio frente al matrimonio canónico son com-

¹ El D. C. de Trento sobre la reforma del matrimonio fue admitido como Ley del Reino por pragmática de Felipe II, de 12 de julio de 1566, y es la Ley XIII, Tit. I, Lib. X de la Novísima Recopilación.

pletamente distintos, como corresponde a la distinta naturaleza jurídica del matrimonio civil, impuesta por el legislador: “matrimonio civil indisoluble”, según la Ley del 70, y “matrimonio civil disoluble, según la Ley de la segunda República.

No se plantea en el ámbito de la Ley del Matrimonio Civil del 70 ningún problema que afecte al divorcio vincular; los conflictos se dieron el campo doctrinal, terminando con una “fórmula de transación” que, con el nombre de “tolerancia religiosa de respeto a los Derechos de la personalidad”, se ha convertido en “fórmula tradicional y pieza clave del sistema matrimonial español”, excepto en el período sufrido por el laicismo de la segunda República, que implantó el matrimonio civil obligatorio con la ley del divorcio vincular². Este período terminó con la derogación de la Ley del matrimonio civil obligatorio —la del divorcio había quedado días antes en suspenso— restableciendo, en cuanto a los futuros matrimonios, el sistema matrimonial regulado por el Código Civil y normas complementarias vigentes en la fecha de publicación de la ley derogada. Pero, dentro del sistema matrimonial restablecido, surgieron problemas jurídicos que subsisten, derivados de situaciones matrimoniales creadas al amparo de la ley derogada —problemas que no podían presentarse con la derogación de la Ley del Matrimonio Civil del 70— cuestión aparte de los conflictos, ya solucionados, de los matrimonios canónicos celebrados en forma civil en la llamada zona roja, que el Estado, desde el primer momento, había declarado nulos o anulada el acta de su inscripción en el Registro Civil.

El Código de Derecho Canónico desconoce la eficacia jurídica del matrimonio civil, sin excepción; es un matrimonio inexistente, al que ni siquiera denomina matrimonio, sin añadir el “ut aiunt, civile”³. Solamente tienen relevancia jurídica en Derecho canónico el “matrimonio civil” de los no bautizados, que se considera como matrimonio legítimo,

² La Ley del matrimonio civil de la República fue derogada por la de 12 de marzo de 1938. La Ley de divorcio quedó en suspenso por Decreto de 2 de marzo de 1938, siendo derogada por Ley de 23 de septiembre de 1939.

³ Véanse Cáns. 188, 646 y 985 y Normas Prácticas de las Nunciatura, con referencia al Decreto de 26 de octubre de 1956.

y el de los que no están obligados a observar la forma canónica en la celebración de sus matrimonios⁴. De ahí que interesa considerar los problemas creados por estas situaciones matrimoniales de leyes civiles derogadas a la luz de la legislación canónica reconocida por el Estado y que, lejos de obstaculizar, facilita la solución de conflictos que advinieron en la esfera del ordenamiento civil. Y, con este criterio, distinguimos entre el matrimonio civil de la Ley del 70 y el matrimonio civil de la segunda República.

EL MATRIMONIO CIVIL DURANTE LA VIGENCIA DE LA LEY DE 1870

PROBLEMAS QUE PLANTEA

Con carácter provisional aparece la Ley de 18 de junio de 1870 que implantó por vez primera el matrimonio civil obligatorio, disponiendo que tenía que celebrarse “ante el Juez Municipal competente y dos testigos mayores de edad” (Art. 28), y “de no celebrarse con arreglo a las disposiciones de la ley, no producirá el matrimonio efectos civiles con respecto a las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes” (Art. 2).

La Ley del 70, que abrió las puertas al matrimonio civil, queriendo hacer tabla rasa del matrimonio canónico observado en España, provocó muchas y muy hondas perturbaciones en las familias y en la moralidad pública. Ante la resistencia que encontró su aplicación en la tradición católica y común sentir de la nación española, se llegó a obligar, por Real Orden de 11 de enero de 1872, a que se inscribieran como hijos naturales los procedentes de matrimonio canónico y, con infracción de lo dispuesto en la propia ley, se contentó al anticlericalismo de la época, autorizando por Decreto de 1 de mayo de 1873, el matrimonio

⁴ Cáns. 1.015, 2.º y 1.099, 2.º.

civil de los “ordenados in sacris o ligados por votos solemnes de castidad”.

Con todo, objetivamente considerados, los conflictos se dieron en el campo doctrinal, en lucha abierta por los prelados en reivindicación de los derechos de la Iglesia contra el matrimonio civil, que calificaban “de torpe y pernicioso amancebamiento” y conminando con penas canónicas, “como pecadores públicos”, a los católicos que contraían matrimonio civil sin celebrar el canónico, al que estaban obligados como súbditos de la Iglesia⁵.

Pero en el aspecto jurídico, desde el punto de vista del ordenamiento estatal, la Ley del 70 es clara y terminante: en su artículo 1.º establece: “El matrimonio es, por su naturaleza, perpetuo e indisoluble”, y, a continuación, dispone que “el matrimonio civil e indisoluble es la única forma de matrimonio reconocida por el Estado con plenitud de efectos civiles”. Dentro de la legalidad establecida por esta Ley revolucionaria y persecutoria de los derechos de la Iglesia, no puede plantearse más que el problema de “la forma del matrimonio”, primordial obsesión de un anticlericalismo trasnochado, que mantenía un matrimonio civil “indisoluble”, en contradicción manifiesta con la concepción laica del matrimonio civil como contrato disoluble, frente al canónico regulado por la Iglesia, cuyas propiedades son la unidad e indisolubilidad del vínculo.

⁵ En la casuística de esta época nos encontramos con expedientes como el resuelto por el Gobernador de Badajoz a favor de un párroco que se negó a que fuese padrino de bautismo un casado civilmente sin haber contraído matrimonio canónico (Oficio del Gobernador Civil de Badajoz, de 30 de junio de 1871, al Obispo de esta diócesis, dándole traslado de la comunicación dirigida al alcalde de Higuera la Real). También la Sala de lo Criminal de la Audiencia de Valladolid, en causa instruida contra el párroco de Santibáñez de la Sierra, declaró, por sentencia de 1 de septiembre de 1871, “que los tribunales de justicia no pueden entrar a juzgar de las advertencias que, con carácter sacerdotal y dentro de sus atribuciones, haga el párroco a los que no cumplan con las prescripciones de la Iglesia, en cuanto a sus deberes religiosos”. Y esta misma Audiencia, en 12 de diciembre de 1873, resolvió a favor del Provisor y Vicario General del Arzobispado de Valladolid el recurso de queja interpuesta contra el Juzgado de Primera Instancia de Astudillo, en cuestión de competencia, mandando que se remita al Provisor recurrente lo actuado en el sumario instruido a un párroco que “había expulsado de una cofradía a algunos cofrades, que sólo estaban casados civilmente”. En *Tratado Teórico Práctico del Matrimonio. De sus impedimentos y dispensas*, por el Doctor D. LEÓN CARBONERO Y SOL, 2.ª edición, Madrid, 1877.

Se ha buscado en la Ley del Matrimonio civil del 70 la solución de los problemas que gravitan actualmente sobre la conciencia de españoles que celebraron matrimonio civil durante la segunda República⁶. Naturalmente, como aconseja Monseñor DEL AMO, “el mejor remedio preventivo es no casarse según la forma civil los que están obligados a la canónica, y, para los casados civilmente, que celebren cuanto antes entre sí matrimonio canónico, o separarse”. Pero con buenos consejos y fórmulas simplistas de conducta los problemas dejan de ser problemas, sin que por ello dejen de existir, como existen en la vida real de los casados civilmente y de los que han contraído matrimonio canónico.

Los conflictos jurídicos que se plantean con el matrimonio civil obedecen a múltiples causas que habrá que examinar en relación coordinada dentro de cada período o cambio del sistema matrimonial estatal, para encontrar una solución legal conforme a la doctrina de la Iglesia. Sobre la conducta moral y proceder de cada uno, que ha de responder de sus actos ante Dios, no podemos prejuzgar, pues, en principio, la conducta del que pretenda disolver o anular su matrimonio civil, merece igual respeto que la del que legaliza su situación matrimonial mediante el matrimonio canónico para tranquilizar su conciencia.

Reaparecerán estas consideraciones al tratar de la situación creada a los casados civilmente al amparo de la legislación matrimonial de la segunda República, disintiendo por completo del criterio sustentado por los que consideran “que dichos problemas son semejantes a los que surgieron con la Ley del Matrimonio Civil del 70”⁷.

De momento, importa considerar que la Ley del Matrimonio Civil del 70 respeta y proclama “la perpetuidad e indisolubilidad del vínculo matrimonial como base necesaria de la moralidad del hogar domés-

⁶ MONS. LEÓN DEL AMO, Prelado Doméstico de su Santidad, Defensor del Vínculo del Tribunal de la Rota Española, *Los Matrimonios Civiles durante la República. Problemas que plantean*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.

⁷ MONS. LEÓN DEL AMO, O. c. “El indagar esta solución (la que se dio al Matrimonio Civil del 70) nos es muy provechoso porque, dada la semejanza del problema de entonces con el actual, por lo que respecta a los matrimonios civiles celebrados durante la segunda República, lo que entonces valió, valdrá también ahora; al menos nos servirá de antecedente aleccionador”, pp. 17 y 18.

tico”⁸. No había divorcio vincular, sino que, por lo contrario, el Estado defiende a ultranza la indisolubilidad del matrimonio civil y también tiene por indisoluble al matrimonio canónico, que constituye impedimento para celebrar matrimonio civil con otra persona⁹. Además, el Código Penal, publicado dos meses después, el 30 de agosto de 1870, en su artículo 455 tipifica y sanciona como delito de escándalo público: “El que hallándose unido en matrimonio religioso indisoluble abandonare a su consorte y contrajere nuevo matrimonio según la ley civil con otra persona o viceversa, “aunque el matrimonio religioso que nuevamente contrajere no fuera indisoluble...” Y en el artículo 486 se describe el delito de matrimonio ilegal o de bigamia sobre el supuesto de dos matrimonios civiles, en redacción que se ha conservado y se transcribe en el Código Penal vigente, con la particularidad de que ha afectado a los dos “formas” de matrimonio por igual, multiplicándose el delito de bigamia, en muchos casos, sobre el equívoco de la concurrencia de dos matrimonios, el civil y el canónico, autorizados en principio por la propia legislación del Estado.

No se plantea en el ámbito de la Ley del 70 ningún problema jurídico que afecte al divorcio vincular, puesto que los casados civilmente se hallan unidos en vínculo indisoluble y los caminos a su alcance para tranquilizar la conciencia carecen de eficacia jurídica en cuanto a efectos civiles. Individualmente, los católicos están obligados a cumplir las disposiciones de la Iglesia y, dentro del ordenamiento estatal que impone como obligatorio el matrimonio civil indisoluble, surge el problema moral y jurídico, como católicos, respecto al ordenamiento canónico, de legitimar su unión con “la forma” establecida por la

⁸ “En la perpetuidad e indisolubilidad del vínculo matrimonial descansa, como sobre base necesaria, la moralidad del hogar doméstico...; destruidas aquéllas se dificultará o imposibilitará la realización de los fines racionales del matrimonio... y si la posibilidad de una separación definitiva y la esperanza, por débil o lejana que sea, de una nueva unión se apodera del corazón de los cónyuges, no se busque en el hogar doméstico esa unidad santa de la familia, esa comunidad de sentimientos que liga entre sí con lazos sagrados a todos los individuos que la componen y que descansa sobre la base de la perpetua unión de destinos”. De la exposición de la Ley de 1870, en Mons. DEL AMO, O. c.

⁹ Resolución del Presidente del Poder Ejecutivo de la República, de 20 de junio de 1874, sobre que no puede celebrarse matrimonio civil cuando los contrayentes se hallan ligados por un matrimonio canónico no disuelto legalmente.

Iglesia o de buscar la separación conyugal, con o sin matrimonio canónico secreto, si no quieren vivir en perpetuo concubinato a los ojos de Dios y de sus conciencias.

El conflicto que provoca la primera Ley del Matrimonio Civil en colisión con el ordenamiento canónico, se centra en “la forma del matrimonio”. La discrepancia entre el ordenamiento jurídico de la Iglesia y el Estado, en cuanto a la forma de celebración del matrimonio, es absoluta; la legislación estatal exige que el matrimonio se celebre ante el Juez municipal y dos testigos mayores de edad, despreciando lo establecido por la Iglesia para la celebración válida del matrimonio de bautizados. Como era de esperar, el lamentable desacuerdo entre lo legislado y la tradición católica del pueblo español precipitó la abolición de la Ley provisional del Matrimonio civil, disponiéndose, por Real Decreto de 22 de enero de 1875, que los hijos de matrimonio canónico fuesen inscritos como legítimos, y seguidamente, el Real Decreto de 9 de febrero del mismo año arbitró la *fórmula de transición* “de restituir al matrimonio canónico todo su antiguo valor para los efectos civiles y dejando subsistente el matrimonio civil para los que, no profesando la Religión católica o separándose del gremio de ella, no hayan sido o dejen de ser hábiles para casarse con la bendición de la Iglesia”.

Pero es que, además, en la citada exposición del Decreto derogatorio de la Ley del matrimonio civil, se hace mención especial de que se restablece a su verdadero sentido el artículo de la misma ley, equivocadamente interpretado por el Decreto de 1 de mayo de 1873, que permitió el matrimonio civil a los católicos ordenados in sacris o ligados por votos solemnes de castidad “cuando los contrayentes declarasen haber abjurado de la fe católica”.

Y no puede escapar a nuestra consideración, como precedente histórico, que la reacción provocada por la Ley del Matrimonio Civil del 70, desembocó en una *fórmula de transición*, que, so pretexto de armonizar la legislación canónica matrimonial con la del Estado, pasó a través de la Base 3.ª al artículo 42 del Código Civil, constituyendo, pese a la crítica desfavorable de que ha sido objeto, la norma clave

del sistema matrimonial español. Y que, en la práctica, se ha ido aplicando con diversas interpretaciones la fórmula “de haber abjurado de la fe católica”, ideada por el Decreto de 1 de mayo de 1873 para que pudiera casarse en aquel entonces algún cura apóstata.

MATRIMONIOS CIVILES CELEBRADOS DURANTE LA VIGENCIA DE LA LEY DEL MATRIMONIO CIVIL DE LA SEGUNDA REPUBLICA

La Ley del Matrimonio Civil, de 28 de junio de 1932, fue derogada por la Ley de 12 de marzo de 1938. Pero, durante la vigencia de la Ley del Matrimonio Civil de la segunda República, y con mayor exactitud, hasta el término de la guerra de liberación, se dieron distintas situaciones matrimoniales, que interesa distinguir en el plano del ordenamiento civil y desde el punto de vista del ordenamiento canónico, por los diversos problemas que se plantean *a posteriori*.

Distintas situaciones matrimoniales.

I.—EN EL PLANO DEL DERECHO CIVIL

1. Matrimonios civiles contraídos entre el 3 de agosto de 1932, fecha en que entró en vigor la Ley de Matrimonio Civil de la República, y la Ley de 12 de marzo de 1938 por la que fue derogada, disponiendo que, en lo sucesivo, quedaban vigentes el Título IV, Libro I del Código Civil y normas complementarias del mismo, que estaban en vigor en la fecha de publicación de la Ley derogada¹⁰. Para la apli-

¹⁰ En esta Ley derogatoria del matrimonio civil se dispone, además, que los matrimonios canónicos celebrados durante la vigencia de la Ley derogada

cación de la Ley derogatoria del matrimonio civil se dictó la Orden de 22 del mismo mes, por la que se disponía “que sin la declaración previa y expresa, por parte de ambos contrayentes, o uno de ellos, de no profesar la Religión católica, no podrá, en modo alguno autorizarse el matrimonio civil para los españoles”.

2. Matrimonios civiles celebrados con posterioridad a la Ley de 12 de marzo de 1938, con sujeción a las normas del Código Civil, y los que, con infracción del artículo 42 del mismo Cuerpo legal, se hubiesen convalidado mediante declaración expresa de ambos, o al menos de uno de los contrayentes, de no profesar la Religión católica (Orden de 8 de marzo de 1939).

3. Son nulos: Los matrimonios civiles de los ordenados in sacris o profesos ligados con votos solemnes de castidad (Ley de 12 de marzo de 1938); los celebrados en zona roja con arreglo a disposiciones distintas de las vigentes antes del 18 de julio de 1936 (Orden de 22 de septiembre, en relación con la de 12 de agosto de 1938); las actas de matrimonios celebrados ante funcionarios distintos de los que preceptúa la Ley del Registro Civil; los celebrados en los frentes de combate y los celebrados con posterioridad a la Ley de 12 de marzo de 1938, con infracción del artículo 42 del Código Civil, que no se hubiesen convalidado mediante declaración expresa de ambos, o al menos de uno de los contrayentes, de no profesar la Religión católica (Orden de 8 de marzo de 1939)¹¹.

producirán todos los efectos civiles desde su celebración, y se declaran nulos los matrimonios de ordenados in sacris o profesos ligados con votos solemnes de castidad comprendidos en el impedimento del artículo 83, 4.º, del Código Civil.

¹¹ La Orden de 8 de marzo de 1939 dispuso que quedasen anuladas de oficio las actas y consiguientes inscripciones de los matrimonios celebrados ante personas distintas del Encargado del Registro Civil. Sin duda, esta norma debió ir más allá y declarar su nulidad, no sólo en cuanto al acta sino también del matrimonio. Después se plantea el problema de su validez, que debe resolverse en sentido negativo, por cuanto, hallándose vigente la Ley de Matrimonio Civil de 1932, no se respetaron sus preceptos. Son pues, para el Estado, matrimonios inexistentes, incluso a la luz de la legislación republicana.

II.—EN EL PLANO DEL DERECHO CANONICO

En Derecho Canónico son inválidos, en principio, todos los matrimonios civiles, tanto los celebrados bajo la vigencia de la Ley de la República, como los contraídos con sujeción a las normas restablecidas del Código Civil. Pero en la valoración de los matrimonios civiles celebrados en la llamada zona roja, se produce una discrepancia absoluta entre el Derecho Canónico y la legislación del Estado. Para el ordenamiento civil, en virtud de las Ordenes Ministeriales de 22 de septiembre de 1938 y 8 de marzo de 1939, la casi totalidad de estos matrimonios son nulos, con el único y exclusivo objeto de salvaguardar las disposiciones vigentes con anterioridad al 18 de julio de 1936 y las dictadas con posterioridad a la Ley de 12 de marzo de 1938, derogatoria de la Ley de Matrimonio Civil. En cambio, para la Iglesia, los matrimonios de bautizados celebrados en zona roja ante dos testigos son verdaderos matrimonios canónicos, en los que se observó la forma extraordinaria prescrita para estos casos en el canon 1.098.

Matrimonios canónicos en forma civil y matrimonios declarados nulos por el Estado.

SOLUCION DEL PROBLEMA

Limitándonos a la forma extraordinaria prescrita por la Iglesia en casos que pueden presentarse *fuera de peligro de muerte*, es verdadero matrimonio canónico el celebrado ante testigos “si no puede encontrarse o acudir sin incomodidad grave a ningún párroco, u ordinario o sacerdote delegado, que esté dispuesto a asistir al casamiento y siempre que se prevea prudentemente que tal estado de cosas ha de durar por lo menos un mes”.

La persecución violenta que sufrieron los sacerdotes y católicos

en la llamada zona roja dio actualidad al canon 1.098, cuya aplicación era evidente, convirtiéndose en verdaderos matrimonios canónicos los celebrados en forma civil y los declarados nulos por el Estado, por haberse celebrado ante personas distintas del Encargado del Registro Civil, como alcaldes, comités revolucionarios, etc., siempre que se hubiesen formalizado ante dos testigos¹².

En los primeros momentos la confusión se apoderó de autoridades y sacerdotes de buena fe, en su celo para que se casaran por la Iglesia los que habían contraído matrimonio civil en zona roja, y, por otra parte, tampoco faltan casos en que se autorizaron matrimonios canónicos con terceras personas por ligados con el vínculo “canónico” de un matrimonio civil aparente. Pero el conflicto se presentó. La Curia de Tarragona, en 7 de abril de 1942, sometió la cuestión a la Sagrada Congregación de Disciplina de Sacramentos, que la remitió por razón de competencia al Santo Oficio y esta Suprema Congregación resolvió, por Rescripto de 17 de junio de 1943, que, de impugnarse estos matrimonios, se instruyese el oportuno proceso por las Curias Eclesiásticas, teniendo en cuenta el canon 1.098, presumiéndose, en cuanto al consentimiento, mientras no se demuestre lo contrario, que se prestó el requerido para su validez¹³. Y los Tribunales Eclesiásticos que actuaban a

¹² La Comisión Pontificia de Interpretación del Código, en Resolución dada en 25 de julio de 1931, reiterada en 3 de mayo de 1945, declaró: “Que para que exista incomodidad grave de encontrar o acudir al párroco, ordinario, o sacerdote delegado, no se requiere imposibilidad física, sino que es suficiente la imposibilidad moral, tanto por parte del párroco, ordinario, o sacerdote delegado, como por parte de los contrayentes”. A. A. S. XXV, 388, y A. A. S. XXXVII, 149.

¹³ Texto de la consulta y consiguiente resolución hecha por el Sr. Vicario General de Tarragona, “Emme ac Rvdme. Domine Mi Obs. me. Mense Martio h. a. Sacra Congregatio de Sacramentis ad S. Officium, ratione competentiae, litteras remisit die 7 aprilis 1942 datas, quibus iste Vicarius Generalis —expositis peculiaribus ciscunstantiis in quibus matrimonia celebrata sunt tempore ultimae persecutionis communistarum in Hispania— quaerebat: “1) Quid sentiendum sit de matrimoniis, 2) Quatenus valida censeantur, utrum procedendum sit via gubernativa, vel potius iudiciale, quoties aliquod dubitandi solidum fundamentum adfuerit”. Diligenti examini re subiecta, Emmi, ac Rev. mi Patres huius Supremae S. Congregationis, in Conventu Plenario Feria IV, die 9 junii 1943, habito ad dubia proposita respondendum decreverunt prout sequitur: “a) *Quoad impedimenta*: firmis iis de quibus in can. 1990, pro ceteris casibus fiat processus regularis. b) *Quoad consensum*: praesumitur adfuisse consensus requisitus pro validitate; quod si in casibus particularibus oppugnetur, fiat regularis processus ad normam iuris. c) *Quoad defectum formae*: fiat regularis processus, habita ratione etiam can. 1.098”. Quae dum Tecum communico Manus Tuas humillime deosculor. F. Card. Marchetti Selvaggiani, Secret”. Ex Aedibus S. Officii, die 17 junii 1943. Num. Prot. 211/43.

instancia de parte dictaron, en muchos casos, sentencia por la que se declaraba que el supuesto matrimonio civil era verdadero y válido matrimonio canónico, mandando que se anotara marginalmente en el acta del Registro Civil, anulada por la Orden, ya citada, de 8 de marzo de 1839, o que se procediera a la inscripción, como matrimonio canónico, de uniones que ni siquiera se catalogaban como matrimonios civiles.

No obstante, han sido superadas todas las dificultades que presentaba esta discrepancia entre la legislación civil y canónica sin estridencias polémicas y con la mayor comprensión por parte del Estado. A consulta elevada por el Obispado de Murcia, la Dirección General de los Registros dictó una Resolución, en 5 de octubre de 1950, ratificando desde el punto de vista civil, la doctrina de la Iglesia cuando dice que “el Estado declara válido todo matrimonio celebrado en zona roja con tal que la Iglesia lo reconozca como tal y se presente la partida auténtica de la autoridad diocesana”¹⁴.

Después de la reforma del Código Civil, se regula expresamente en el artículo 263 del Reglamento del Registro Civil: “La resolución canónica de que un matrimonio inscrito como civil fue desde el principio o ha pasado a ser válido matrimonio canónico y la celebración del último entre los mismos cónyuges, se inscribirá al margen en virtud de certificación eclesiástica”. Por consiguiente, ningún problema de disolubilidad existe respecto a los matrimonios celebrados en zona roja, durante la guerra de liberación.

El problema de los matrimonios civiles disolubles.

El problema de la disolubilidad del vínculo civil queda circunscrito, salvo dicha excepción de los matrimonios celebrados en zona roja, a los matrimonios civiles celebrados al amparo de la Ley de Matrimonio Civil de la segunda República, ya que los contraídos conforme a las

¹⁴ B. O. del E. Núm. 4.383, 5 de octubre de 1950.

disposiciones del Nuevo Estado se regulan por el sistema matrimonial restablecido, a tenor del artículo 42 del Código Civil, que ha de ser objeto de otro capítulo de problemas.

Se han sustentado diversos criterios, que han sido recogidos en magnífica exposición por FUENMAYOR al comentar el artículo 51 del Código Civil, establecido precisamente para evitar el peligro de bigamia “sobre el supuesto de que, contraído matrimonio civil, se intentara por uno de los cónyuges contraer posteriormente otro canónico con tercera persona”¹⁵.

Las distintas opiniones expuestas en pro de una fórmula legal que hiciera factible la disolución o anulación de estos matrimonios y el criterio de los menos que se oponen y la rechazaban por razones de escándalo o invocando los consiguientes efectos perturbadores que de ello se derivarían en el orden familiar y patrimonial, parten de un mismo supuesto jurídico. Todos a una coinciden y proclaman que el Estado, al derogar la Ley de Divorcio, otorgó carácter de “indisolubilidad” a los matrimonios contraídos con carácter disoluble al amparo de la Ley del Matrimonio Civil de la segunda República.

Efectivamente, la ley de Matrimonio Civil de 28 de junio de 1932, nació con posterioridad a la Ley de Divorcio, que lleva fecha de 2 de marzo del mismo año, y ambas disposiciones se completan, pues el matrimonio civil encontraba por el divorcio vía libre para subsiguientes matrimonios, incluso el canónico. Y no cabe la menor duda que la Ley de 23 de septiembre de 1939, al derogar la Ley de Divorcio con carácter general, produjo una consecuencia no prevista por el legislador, en cuanto se convertían prácticamente en “indisolubles” los matrimonios civiles, que podían disolverse mediante el divorcio. Pero la condición “de disolubilidad”, inherente al matrimonio civil de la segunda República, no se deduce del hecho de que pudiera disolverse mediante el divorcio. También podían divorciarse, según la citada Ley, los casados por la Iglesia, y sería absurdo afirmar que los matrimonios canónicos, celebrados en tiempo de la vigencia de la Ley de Divorcio, fuesen disolu-

¹⁵ FUENMAYOR, *El sistema matrimonial español*, p. 85 y ss. Cfr. CASTÁN, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, I, Madrid, 1961, p. 677.

bles. El matrimonio civil de la segunda República es disoluble por su misma naturaleza, pues se instituyó con este carácter, en consecuencia lógica del principio de la Constitución de la República, que proclamaba: “El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa”¹⁶. El divorcio era el medio legal establecido en aquel entonces para el ejercicio de un derecho reconocido en la propia Constitución del Estado de la segunda República.

Mas, derogadas la Ley del Matrimonio Civil y la del Divorcio, *se plantea el problema jurídico* de si los matrimonios civiles contraídos al amparo de la Ley de 28 de junio de 1932, que subsistían en situación transitoria de disolubilidad, han adquirido un carácter de firmeza indisoluble en nuestro ordenamiento civil, o si, más que una antinomia o contradicción, existe una laguna legal a resolver en Derecho matrimonial.

Y con el problema jurídico, *surge el problema moral y social* de los casados civilmente durante la vigencia de la legislación republicana. No es un problema de magnitud social, como dice LEÓN DEL AMO, pero es lo cierto que no faltan católicos españoles, pocos o muchos, el número no importa, que no pueden legalizar su situación familiar, según las normas de la Iglesia, siendo así que es realmente posible una fórmula legal por parte del Estado que permita resolver estos problemas de acuerdo con la doctrina de la Iglesia. Por el tiempo transcurrido desde la República, se trata, por lo general, de situaciones matrimoniales de hecho —con una guerra civil en medio— a las que desembocaron personas que se unieron en matrimonio civil y que, por mil causas que no son del caso exponer, viven separados en estados familiares lesivos al bien particular y al orden público.

El matrimonio civil es nulo ante Dios y ante la Iglesia. Los casados civilmente son libres para contraer matrimonio canónico y la Iglesia desea legalizar estas situaciones que la conciencia exige, sin producir trastornos legales, sociales y económicos. Por parte del Estado se ha

¹⁶ Constitución de la República, de 9 de diciembre de 1931, Art. 43.

procurado encontrar el cauce legal adecuado que permita resolver los problemas que plantean los supervivientes del matrimonio civil de 1932. ¿Qué se opone, pues, a que se liquiden estas situaciones matrimoniales contrarias a la concepción tradicional cristiana de la familia, restablecida con la derogación de las Leyes del Matrimonio Civil y del Divorcio, impuestas por la República?

La doctrina católica sobre el matrimonio y la posición del laicismo de la segunda República frente a la Iglesia trasciende a los principios rectores de sus respectivos ordenamientos jurídicos. Para la Iglesia es inválido y carece de eficacia jurídica el matrimonio civil de los obligados a observar la forma canónica en su celebración. Para el Estado republicano, que desconoce la potestad y derechos de la Iglesia sobre el matrimonio, es válido y tiene plenos efectos jurídicos el matrimonio civil con carácter disoluble, que imponía como obligatorio.

Y siempre dentro del aspecto jurídico de la cuestión, la curvatura del arco del problema planteado con la derogación de la Ley del Divorcio y del Matrimonio Civil, ha de arrancar de los principios fundamentales, que rigen el ordenamiento jurídico del Estado. El principio jurídico de la no retroactividad de las normas y el de la trascendencia de reconocer los derechos adquiridos, obligan inicialmente al Nuevo Estado a respetar aquellas situaciones matrimoniales que se formalizan legalmente según el derecho establecido por la República, *siempre que no sean contrarias a las normas supremas de orden público interno, que presiden el nuevo ordenamiento jurídico*. He aquí, a mi entender, el nudo de la dificultad que importa deshacer para encontrar la deseada fórmula legal que llene la laguna existente en nuestro ordenamiento civil, sin que pueda engendrar a su vez mayores males.

I. — Soluciones inadmisibles.

De las situaciones matrimoniales creadas al amparo de la derogada Ley de Matrimonio Civil de 1932, se han propuesto varias soluciones con carácter general, que para su exposición agrupamos en cuatro

apartados: El divorcio vincular; Declaración de nulidad; Dispensa del vínculo; Anulación con efectos retroactivos.

EL DIVORCIO VINCULAR

El P. REGATILLO, insigne canonista que tantas veces ha acertado en la solución de arduos problemas que se le han consultado, propugna desde el primer momento por una ley de divorcio en que se declarase disoluble el vínculo meramente civil de los matrimonios contraídos durante la vigencia de la ley republicana. Y redacta el esquema de una posible Ley por la que, no solamente podrán ser disueltos los matrimonios civiles de la República, sino que también “las uniones civiles que en lo futuro se contrajeran entre dos personas bautizadas y una bautizada y otra no, carecieran de valor canónico o de derecho natural, podrán ser disueltas por acuerdo de ambas partes o a instancia de una de ellas, aun por solo motivo de conciencia”¹⁷.

El P. REGATILLO, desde el ángulo doctrinal y sobre el supuesto que el matrimonio civil no tiene ningún valor canónico, encuentra el remedio jurídico en la fórmula simple de una Ley de divorcio, totalmente inadmisibles en nuestro ordenamiento civil. Se dirá que problemas como los que lamentamos en España no se dan en otras naciones, donde existe el divorcio vincular, como en la República de Santo Domingo y Portugal, permitiendo la Iglesia a los divorciados de matrimonio civil contraer matrimonio canónico con otra persona¹⁸. Pero el matrimonio

¹⁷ EDUARDO R. REGATILLO, S. J., Decano de la Facultad de Derecho Canónico de Comillas, *Nulidad del matrimonio por defecto de forma*, en Causas Matrimoniales, Trabajos de la IV Semana de Derecho Canónico, Salamanca, 1953, pp. 395-429.

¹⁸ Instrucción de la Sagrada Congregación de Sacramentos a los Ordinarios de la República de Santo Domingo: “Cuando no parezca posible o conveniente la restauración de aquel matrimonio civil, el Ordinario podrá permitir el matrimonio con otra parte, a condición, sin embargo, de que antes haya sido pronunciada sentencia ejecutiva de divorcio de la unión civil existente, previa, además, una penitencia y eliminado todo peligro de escándalo”. A. A. S. XLVIII (1955), 637, n. 20. También en Portugal, la Iglesia ha admitido el divorcio vincular para los matrimonios civiles, sin que pueda aplicarse a los matrimonios católicos. Art. 24 del Concordato de 7 de mayo de 1940.

civil y el divorcio son dos lacras sociales condenadas por la Iglesia y, en último término, el conflicto no surge por parte de la Iglesia, que desea, ante todo, legitimar las uniones civiles y procura evitar en lo posible los efectos perturbadores, que pudieran derivarse del anterior matrimonio civil reconocido por el Estado. El problema ha de ser resuelto por el Estado, y, en el régimen político actual, el Gobierno no puede restablecer el divorcio, siquiera para los matrimonios civiles de la segunda República, porque es una institución desconocida en nuestra legislación histórica, de tradición católica, e incompatible con las normas de orden público interno que presiden nuestro ordenamiento civil.

La noción de orden público internacional entraña un concepto esencialmente político, que depende, en cada momento histórico, de la voluntad soberana del Estado. En España mismo, durante la segunda República, los postulados de una concepción laica del Estado impusieron el matrimonio civil obligatorio con carácter disoluble, y, en su consecuencia, se estableció la Ley del Divorcio. Pero, superada la etapa de la República, se ha restablecido la legislación matrimonial en el sentido tradicional y católico, devolviéndose a nuestro sistema matrimonial “la indisolubilidad del vínculo”, como norma que afecta al orden público y a las buenas costumbres por la indiscutible trascendencia moral, jurídica y social del principio cristiano “del matrimonio indisoluble”, defendido por la Religión católica, en la que se inspira la dogmática del régimen político vigente en España.

Nos consta que llegó a articularse un Proyecto de Ley que autorizaba, a petición de parte, la disolubilidad de los matrimonios contraídos al amparo de la Ley de matrimonio civil de 1932, con el sano propósito de armonizar la legislación canónica con la del Estado, en cuanto a los católicos que se hallaban vinculados a un lazo civil disoluble, según las leyes vigentes en el momento de celebración de su matrimonio y que, por otra parte, eran libres, según la Iglesia, para la legítima celebración de un matrimonio canónico.

Dicho Proyecto de Ley no pudo prosperar; en el fondo afloraban dificultades de competencia y procedimiento; era singularmente

peligroso admitir como causas de disolución el mutuo consentimiento o el deseo de uno de los cónyuges “de tranquilizar su conciencia de católico”, que, por otra parte, se prestan al fraude de la ley e incluso al chantage. Y, sobre todo, no podía prosperar porque un remedio de tal naturaleza, como una nueva Ley de divorcio, abriría una profunda brecha al principio de “indisolubilidad del vínculo” mantenido como base de nuestro sistema matrimonial y norma intangible de orden público, “que no puede quedar sin efecto por Leyes o sentencias dictadas ni por disposiciones o convenciones acordadas en país extranjero”, a tenor del artículo 11 del Código Civil.

La solución no puede estar en una Ley de divorcio vincular, que, además, no se explica, dice LEÓN DEL AMO, que se pida por algún católico español, lamentando que la Ley derogatoria haya cerrado las puertas para la disolución de los matrimonios civiles¹⁹. La solución, siempre que fuese aconsejable una liquidación general, sería, como dice GARCÍA CANTERO, una Ley “que anulara con efecto retroactivo las situaciones jurídicas creadas al amparo de una ley inicua, contraria al Derecho natural”²⁰. Aunque, efectivamente, en mi modesta opinión, una Ley que anulara con efecto retroactivo los matrimonios meramente civiles de la legislación de la República, no puede justificarse con calificativos contra la legalidad vigente a la sazón, salvo que declinaran, como en muchos de los casos que se contemplan, en situaciones matrimoniales que constituyan al presente, más que un problema jurídico, un verdadero problema moral y social. Y, en buenos principios jurídicos, si la permanencia de aquellas situaciones matrimoniales está reñida con la moral y política que inspira el Nuevo Estado, y si por consiguiente, han de estimarse lesivas para el orden público vigente, como causa de justificación suficiente para implantar normas de eficacia retroactiva, es cuestión que veremos más adelante.

¹⁹ LEÓN DEL AMO, *O. c.*, p. 51.

²⁰ GARCÍA CANTERO, *Las uniones civiles contraídas al amparo de la Ley de 28 de junio de 1932 ¿deben disolverse?*, en *Anuario de Derecho Civil*, VII, 1954, pp. 1.189-1.196.

DECLARACION DE NULIDAD

En contra de la disolución o anulación del matrimonio civil rompe lanzas LEÓN DEL AMO, quien, en un profundo estudio sobre la materia, estima que los matrimonios celebrados al amparo de la Ley de la República es un problema de matrimonios inválidos ante la Iglesia, por falta de forma canónica, e indisolubles ante el Estado, a semejanza de los matrimonios civiles de la Ley del 70²¹. ELOY MONTERO, otro canonista, pretende resolver de una vez y para siempre el problema jurídico que se plantea en estos matrimonios con una simple fórmula de declaración de nulidad, basada “en que hubo intención por parte de los contrayentes de contraer matrimonio disoluble”²².

Discrepamos del supuesto sustentado por MONSEÑOR DEL AMO, que le lleva a negar toda solución al problema planteado, por considerar que, a semejanza de los matrimonios civiles de la Ley del 70, son también indisolubles, ante el Estado, los matrimonios civiles de la segunda República, sin que por ello tengamos que negar la conclusión, en la que estamos conformes en un todo, de que no debe resolverse el problema planteado con los matrimonios civiles de la segunda República a base de una nueva Ley de divorcio vincular o de una declaración de nulidad fundamentada “en que hubo intención de contraer matrimonio disoluble”.

El que sea indisoluble o no el matrimonio civil, dentro del ordenamiento estatal, depende de la legislación del Estado, que lo regula. Según la Ley del 70, el legislador reconocía expresamente, en el artículo 1.º que “el matrimonio es, por su naturaleza, perpetuo e indisoluble”, mientras que el matrimonio civil, regulado por la Ley de 1932, es “disoluble” por la misma naturaleza del contrato, declarada solemne-

²¹ O. c., p. 56, n. 41 b).

²² ELOY MONTERO GUTIÉRREZ, *El nuevo concordato español*, Madrid, 1954, p. 145: “Estos matrimonios podrían ser declarados nulos a instancia de uno de los contrayentes, siempre que fuese católico. Podía alegarse como causa de nulidad el haber excluido uno o ambos contrayentes la perpetuidad del vínculo, llevando al matrimonio la intención expresa de divorciarse, si el llamado matrimonio civil resultaba desgraciado o por cualquier otra causa razonable”.

mente en norma constitucional con el mayor desprecio a la potestad de la Iglesia y contra la indisolubilidad, precisamente, del matrimonio canónico.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 25 de enero de 1956, considerando que “no son nulos” los matrimonios civiles contraídos por católicos durante la vigencia de la Ley de matrimonio civil de la República, afirma: “Que ni bajo el régimen de la Ley de Matrimonio Civil, ni la del Divorcio, implantados por la segunda República, constituyó la ilegítima disolubilidad del vínculo, supuesto de la celebración del matrimonio civil, sino mera posibilidad, que la inmensa mayoría de los españoles no tuvieron en cuenta”.

Naturalmente, de la simple vigencia de la Ley del Divorcio vincular no puede deducirse que dichos matrimonios se contrajeran bajo condición de que eran disolubles; del mismo modo que de la existencia de un procedimiento que regula las causas de nulidad no podrá deducirse que el matrimonio canónico se celebró bajo condición de que era nulo. Los contrayentes de un matrimonio civil, al amparo de la Ley de la República, no podían tener intención de formalizar otro contrato que el regulado por la legislación republicana, vigente a la sazón, como “contrato disoluble”, según la norma constitucional que así lo establecía, manifestando su voluntad de contraer matrimonio indisoluble con la celebración de matrimonio canónico.

La “indisolubilidad” o “disolubilidad” del matrimonio civil, bajo el punto de vista del ordenamiento estatal, son como “*condiciones iuris*” establecidas por el legislador, que determinan la naturaleza del contrato; según la Ley del 70, repetimos, el matrimonio civil es indisoluble y para la legislación de la segunda República es válido el matrimonio civil con su carácter de “disolubilidad”. No puede decirse en modo alguno, refiriéndose a los matrimonios civiles de la Ley de 1932, “que al pretender constituir los contrayentes una sociedad disoluble no hubo verdadero consentimiento matrimonial”²³; ni cabe, jurídicamente,

²³ MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Los matrimonios civiles contraídos por católicos durante la vigencia de la Ley de Matrimonio Civil, de 28 de junio de 1932. Notas a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1956*, en REDC, T. X, 1957, 252: “La vigencia de la Ley del Divorcio puede ser un

que se pretenda resolver de una vez y para siempre el problema jurídico planteado, con una fórmula de declaración de nulidad basada “en que hubo intención de contraer matrimonio disoluble”, como propugnaba el que fue Catedrático de Derecho Canónico de Madrid, D. ELOY MONTERO.

Con todo, para huir de una Ley de disolución del vínculo con caracteres de divorcio, se ha estudiado la fórmula de una declaración de nulidad, redactándose el correspondiente Anteproyecto, que tampoco podía prosperar, para montar un procedimiento judicial, con todas las graves perturbaciones que implicaría respecto a la situación de los hijos y liquidación de la sociedad conyugal, al solo objeto de tener que probarse y, en último término, presumirse “que uno o ambos cónyuges prestaron su consentimiento condicionándolo implícitamente a una unión conyugal disoluble”.

Por lo demás, la finalidad perseguida no es otra sino que los casados en matrimonio civil disoluble de la Ley de la República, nulo ante la Iglesia y opuesto a la indisolubilidad mantenida en el ordenamiento civil, pudieran legitimar su situación familiar. Y el espíritu de la ley proyectada podría ser burlado por desaprensivos, que intentaran tan solo “divorciarse”, sin ulterior matrimonio canónico, como ha sido muy bien observado por GALLARDO RUEDA, ilustre letrado del Ministerio de Justicia.

DISPENSA DEL VINCULO

También se ha intentado resolver la cuestión acudiendo a la relación de la ley, por la especial situación de los casados civilmente durante la vigencia de la Ley de la República, mediante la dispensa del impedimento del vínculo matrimonial establecido en el número 5.º del artículo 83 del Código Civil. Y, para fundamentar esta dispensa, se ha llegado, incluso, a considerar que podría otorgarse, previo informe favorable de la autoridad eclesiástica y siempre que conste la separación judicial o de hecho existente entre el solicitante y su cónyuge civil, sin posibilidad razonable de que se reanude la convivencia.

dato que, con otras pruebas, hubiera podido concluir que al pretenderse sólo una sociedad disoluble, no hubo verdadero consentimiento matrimonial”.

Mas es de advertir que si la dispensa se otorga pura y simplemente a petición de parte católica, ello supondría la disolución del vínculo establecida *a priori* por el Estado con las mayores facilidades que pudiera conceder la Ley de divorcio más sectaria. Y de seguirse el procedimiento judicial para fundamentar la dispensa en la forma apuntada, se complicaría sin necesidad la competencia exclusiva de la Iglesia sobre el matrimonio de bautizados; se sometería el juicio conocido de la Iglesia sobre nulidad canónica de todo matrimonio civil al superior criterio del Juez civil competente y, en definitiva, la concesión de tal dispensa sería siempre el reconocimiento de la existencia de un vínculo matrimonial, que ha quedado disuelto. Además, contra la concesión de tal dispensa en acto de jurisdicción voluntaria, podría oponerse el cónyuge disconforme, promoviendo cuestiones incidentales sobre si existe o no separación de hecho, o bien sobre si es no posible la reanudación de la convivencia conyugal.

Debe rechazarse de plano esta solución, que, sobre tantas impropiedades, llegaría al absurdo de establecer una excepción a la indisolubilidad del vínculo mantenida en nuestro ordenamiento jurídico matrimonial.

ANULACION CON EFECTOS RETROACTIVOS

Tiene ferviente defensores la solución de que deben anularse por el Estado, con efecto retroactivo, los matrimonios meramente civiles contraídos durante la vigencia de la Ley de la República. El P. MONTSERRAT, O. P., preocupado desde el primer momento de la discrepancia entre el ordenamiento civil y la doctrina de la Iglesia, que condena y considera que son nulos los matrimonios civiles por quebrantamiento de forma canónica en su celebración, aboga con extraordinario celo en pro de la ampliación de la disposición transitoria 2.^a de la Ley derogatoria de la del divorcio, en el sentido de que comprenda, sin excepción, todas las uniones civiles inválidas ante el derecho natural y canónico²⁴. Su hermano en Religión, el P. ALONSO LOBO, abunda

²⁴ FRAY VICENTE MONTSERRAT, O. P., *La forma canónica del matrimonio*

en el mismo criterio e insiste en la solución práctica propuesta por el P. MONTSERRAT y, preocupado únicamente, según dicen, por la salvación de las almas, hasta propone el divorcio vincular en algunos casos en los que éste se hace necesario ²⁵.

Con anterioridad a los citados autores, se ocupó de esta cuestión GARCÍA CANTERO, afirmando: “La solución no está en una ley de divorcio vincular; tampoco en considerar nulos civilmente tales matrimonios por haberse excluído la indisolubilidad...; la clave del problema radica en la necesidad de anular con efecto retroactivo las situaciones jurídicas creadas al amparo de una ley inicua, contraria al Derecho natural”. Y se pregunta a continuación GARCÍA CANTERO: ¿Por qué decretó el legislador la nulidad del matrimonio civil sólo en los casos en que la violación del Derecho Natural y Canónico es flagrante y no la decretó en los demás casos en que la violación de tales leyes no es menos cierta, aunque no tan flagrante? ²⁶.

Ya quedó indicado que el problema de las situaciones matrimoniales derivadas de la legislación de la República, más que jurídico, constituía un problema moral y social. Es opinión unánime que las Leyes de matrimonio civil y del divorcio eran disposiciones sectarias, injustas, inicuas y que su derogación se imponía por un deber de conciencia del legislador y como desagravio a la conciencia católica de los españoles. En términos jurídicos, que tenían que ser derogados, porque atentaban a las normas de orden público restablecidas por el Nuevo Estado.

Ahora bien, la permanencia de estas situaciones matrimoniales anómalas, secuela obligada de leyes derogadas, ¿están reñidas con la moral y política del régimen vigente, hasta el extremo de que sean lesivas para el orden público y tengan que implantarse normas derogatorias con carácter retroactivo?

y los matrimonios civiles celebrados en España durante la República, Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, 1956.

²⁵ FRAY ARTURO ALONSO LOBO, O. P., Catedrático de Derecho de la Facultad Pontificia de San Esteban (Salamanca), *Legislación española sobre el matrimonio civil*, en REDC, 1957, II, mayo-agosto, p. 429 y ss.

²⁶ GARCÍA CANTERO, *Las uniones meramente civiles contraídas al amparo de la Ley de 28 de junio de 1932 ¿deben disolverse?*, cit. pp. 1.195 y 1.196.

La Ley de 12 de marzo de 1938, derogatoria de la del matrimonio civil, confiere efectos civiles retroactivos a los matrimonios puramente canónicos celebrados durante la vigencia de la ley derogada, y anula, con carácter retroactivo, “los matrimonios civiles de los ordenados in sacris y profesos ligados con voto solemne de castidad”, comprendidos en el impedimento indispensable del número 4.º del artículo 83 del Código Civil. La Ley derogatoria de la del divorcio, de 23 de septiembre de 1939, declara la nulidad, también con carácter retroactivo, “de las uniones civiles de divorciados de matrimonio canónico”, contrarias a la indisolubilidad del vínculo, a tenor de la prohibición indispensable del número 5.º del expresado artículo 83 del Código Civil. Pero salta a la vista que los casos citados, a los que se extendió la norma con efecto retroactivo, constituyen situaciones matrimoniales válidas públicamente, como las de los casados en matrimonio canónico; o públicamente nulas, como las uniones perpetradas por incapaces con incapacidad absoluta de contraer matrimonio civil por estar ligados a los impedimentos de orden sagrado, voto solemne o anterior matrimonio, indispensables por el Estado según las prescripciones del Código Civil restablecido. En estos casos era flagrante la infracción que tales uniones implicaban al orden público establecido por la política del Nuevo Estado, que restablecía la legislación tradicional católica y restauraba el concepto cristiano de la familia sobre la base firme de perpetuidad e indisolubilidad del vínculo, tanto de matrimonio canónico, como de matrimonio civil.

También el matrimonio civil es una violación flagrante de la doctrina de la Iglesia y de las normas de Derecho Canónico, que regulan la celebración válida del matrimonio. No puede ponerse en duda que el matrimonio civil de bautizados está condenado por la Iglesia y que es nulo en Derecho Canónico. Tampoco es del caso discutir sobre las discrepancias que realmente existen entre el ordenamiento canónico y civil en materia matrimonial, aun después de la esperada reforma, que se ha llevado a cabo, de común acuerdo con la Autoridad eclesiástica, para acomodar nuestra legislación a las normas del Concordato vigente. Desde el ángulo del Derecho Canónico es certera e indiscutible, sin dejar de ser falaz en el planteamiento, la solución propuesta por el

P. MONTSERRAT, defendida con tanto tesón por el P. ALONSO LOBO, que se concreta: “Los matrimonios civiles son nulos por defecto de forma canónica. Luego el Estado, así como declaró nulos con efecto retroactivo los matrimonios civiles en que uno o ambos cónyuges se hallasen divorciados de matrimonio canónico anterior, del mismo modo procede que declare la nulidad de las demás uniones civiles inválidas ante el Derecho natural o canónico.

El silogismo es ilegítimo, y evidentemente no pueden ser exactas ni la conclusión ni la consecuencia. En buena lógica, no existe relación adecuada entre el hecho de que el Estado haya anulado con efectos retroactivos las uniones civiles de personas incapacitadas, con impedimentos indispensables para contraer matrimonio civil, y el que tenga también que anular todos los matrimonios, siquiera sean los de la República, por defecto de forma canónica en su celebración. El Derecho matrimonial, restablecido con la derogación del matrimonio civil, admitía dos formas, que, después de la reforma del artículo 42 del Código Civil, han quedado en dos clases de matrimonio: el matrimonio canónico y el matrimonio civil. Y, siendo esto así, desde el punto de vista de su ordenamiento jurídico, no puede el Estado anular los matrimonios civiles de la República, con efecto retroactivo, por el defecto de forma canónica, cuando en su propio sistema matrimonial tiene plena eficacia jurídica y son válidos los matrimonios civiles, sin dejar por ello de ser nulos para el Derecho Canónico por defecto de forma de los obligados a observarla.

La solución radical, por simplista, de que el Estado debe anular con efectos retroactivos los matrimonios civiles “por ser nulos, por defecto de forma, para el Derecho Canónico”, debe rechazarse de plano dentro del ordenamiento civil, pues no existe razón jurídica alguna para justificar la retroactividad de una Ley de esta naturaleza con carácter general. Y, a fe de católicos, queremos defender el criterio de la Iglesia, que procede con amor y caridad, en su espíritu de tolerancia, para la solución del conflicto planteado²⁷.

²⁷ MONS. LEÓN DEL AMO, *O. c.*, p. 9: “Anular por medio de una Ley todos los matrimonios civiles que contrajeron los que estaban obligados a la forma

II. — Solución posible.

El problema de la disolución del vínculo en los matrimonios civiles de la República se plantea únicamente en el ordenamiento jurídico del Estado y toca al Estado el resolverlo. Para el Derecho Canónico los matrimonios civiles son nulos y, en términos absolutos, los casados civilmente pueden contraer matrimonio canónico con persona distinta.

Pero toda solución general con efectos retroactivos por parte del Estado, disolviendo o anulando los matrimonios civiles de la República, sería antijurídica y antisocial por haberse constituido dichos matrimonios civiles legalmente, según la legislación establecida en el momento de su celebración. Y sería también improcedente y precursor de mayores males el revivir una Ley de divorcio, que ha sido justamente derogada, o el montar un apartado judicial para anular matrimonios civiles, que vendría a desembocar en un Tribunal para expedir certificados de divorcio. No puede servir de precedente el procedimiento creado por la Ley de 23 de septiembre de 1939, derogatoria de la del divorcio, para disolver el matrimonio civil de divorciados de anterior matrimonio canónico, puesto que en este caso se trata de restaurar la indisolubilidad del vínculo de matrimonio canónico, y en la disolución de matrimonios civiles de personas que pueden legitimar su situación ante la Iglesia, la finalidad no es otra que otorgar la libertad de poder contraer matrimonio canónico con persona distinta, lo que podría ser burlado por los interesados en disolver su matrimonio civil para distintos fines.

Todos, hasta los más opuestos a la disolubilidad de los matrimonios civiles de la República, contemplan situaciones matrimoniales en las que, rota la convivencia conyugal, no existe posibilidad de reanudarla. Y para estos y otros casos de conciencia o de impedimentos que se

canónica. A fin de cuentas se declararían nulos con esa Ley los matrimonios que, en realidad, son inválidos. Pero una Ley así ¿no perjudicaría mil derechos adquiridos de uno y otro orden?, ¿no perturbaría el bien social?, ¿tendría razones para justificar su retroactividad?". (Al tratar de las soluciones que podrían venir por parte del Estado.)

presentan en la vida real, surge una solución legal, en la que, examinado que sea cada caso, se resuelva si procede o no autorizar la celebración del matrimonio canónico que intenta contraer el interesado.

La fórmula adecuada ha de partir de la doble competencia de la Iglesia y del Estado sobre la regulación del matrimonio, como en todas las “materias mixtas”, aunque por títulos y fines diversos. Y con sujeción a las normas concordadas, y teniendo en cuenta las normas clave del matrimonio civil en el ordenamiento estatal —“indisolubilidad del vínculo” y “no profesión de la Religión católica”— interesa parar mientes en el procedimiento seguido por la Iglesia para autorizar el matrimonio canónico de los casados civilmente con persona distinta y, al mismo tiempo, considerar los efectos civiles, que han de ser resueltos por el Estado en el orden familiar y patrimonial, como ocurre en los casos en que se disuelve la sociedad conyugal, sea por sentencia de separación o de nulidad de matrimonio civil o canónico.

Según el Derecho Canónico, en el caso de que alguna persona casada civilmente o ante un ministro acatólico y los apóstatas, obligados a la forma establecida por la Iglesia, pretenda contraer matrimonio canónico, exige primeramente que sea absuelto por el Obispo o Vicario Capitular, previa abjuración hecha ante el Notario eclesiástico y uno o dos testigos. Separados los cónyuges, se instruye el correspondiente expediente de libertad, por el que se aprecia si procede o no, el “nihil obstat” para la celebración del matrimonio canónico. Por otra parte, en la práctica de la Iglesia, no suele autorizarse el matrimonio canónico, cuando no pueden formalizarse los requisitos exigidos por el Estado para que surta plenos efectos civiles²⁸. De ahí que la Sagrada Congregación de Sacramentos advierta a los Obispos de la República de Santo Domingo, donde existe el divorcio vincular, “que no procedan al matrimonio canónico con persona distinta, sin que se haya pronunciado sentencia ejecutiva de divorcio en la unión civil existente”, y, anterior-

²⁸ Art. 231 de la Introducción de la Sagrada Congregación de Sacramentos de 15 de agosto de 1936. S. Oficio, 21 de marzo de 1897. GASPARRI, *De Matrimonio*, II, p. 315.

mente, a los Obispos de Portugal “que deben evitarse los matrimonios carentes de efectos civiles”²⁹.

Y sobre estos supuestos de derecho y de hecho, que dimanar de las normas y modo de proceder de la Iglesia en la autorización del matrimonio canónico de los casados civilmente con persona distinta, y sobre la base jurídica de que el matrimonio civil “es indisoluble” en el ordenamiento del Estado, que ha restablecido el sistema matrimonial con la constante histórica de la “indisolubilidad del matrimonio”, cabe una solución con las debidas garantías de seguridad social, ante el hecho real de que existen en España matrimonios “disolubles” celebrados al amparo de una legislación derogada, y, razón de más, cuando ha sido derogada, como en este caso la Ley del Matrimonio Civil y la del Divorcio impuestas por la segunda República, por atentar a las normas de orden público restablecidas por la concepción política del Nuevo Estado.

Sin pretensiones, y con el mejor deseo de aportar una labor constructiva, articulo una solución que podría ser factible en la práctica:

1. La jurisdicción eclesiástica, a petición de uno de los cónyuges para contraer matrimonio canónico con persona distinta, instruirá el correspondiente expediente, o procedimiento judicial sumario, de libertad matrimonial a tenor de los Sagrados Cánones y, en virtud de lo que resultare del mismo, podrá declarar la nulidad canónica del matrimonio civil anterior.

2. Declarada canónicamente firme y ejecutoria la resolución dictada por la jurisdicción eclesiástica, la parte interesada podrá pedir ante la jurisdicción civil su ejecución en cuanto a la anulación de la inscripción registral de su matrimonio civil y en cuanto a la lógica y consecuente disolución de la sociedad conyugal del mismo y situación procedente de los hijos, si los hubiere.

3. Presentado el oportuno testimonio de haberse practicado por la jurisdicción civil competente los efectos civiles pertinentes, se procederá por la jurisdicción eclesiástica a autorizar la celebración del matrimonio canónico.

²⁹ A. A. S. XLVIII (1955), 637, n. 20 y XXXIII (1941), 38-39.

4. La certificación de haberse celebrado el matrimonio canónico, expedida por la autoridad eclesiástica, se inscribirá en el Registro Civil, con referencia del asiento en el acta del matrimonio civil, que se tendrá por cancelado.

5. En relación con las personas de los cónyuges, la sentencia de nulidad de matrimonio civil carece de efectos retroactivos y, por lo tanto, es constitutiva respecto del cónyuge o cónyuges de buena fe.

6. Los hijos comunes del matrimonio civil anterior conservarán, en todo caso, la consideración de civilmente legítimos y quedarán bajo la patria potestad del padre o la madre, en la forma que ambos cónyuges convinieren. A falta de acuerdo, se estará a lo que dispone el Código Civil.

Esta solución no supone ninguna novedad esencial. Según el artículo 80, reformado, del Código Civil: “El conocimiento de las causas sobre nulidad y separación de los matrimonios canónicos, sobre dispensa del matrimonio rato y no consumado y sobre uso y aplicación del Privilegio Paulino, corresponde exclusivamente a la jurisdicción eclesiástica, conforme al procedimiento canónico, y sus sentencias y resoluciones firmes tendrán eficacia en el orden civil, a tenor del artículo 82”. Así pues, por el Privilegio de San Pablo a favor de la fe, se disuelve el matrimonio entre infieles, verdadero y válido matrimonio civil ante el Estado, en el momento preciso en que la parte bautizada celebra válidamente nuevo matrimonio canónico³⁰. Y, a tenor de lo dispuesto en los artículos 80 y 82 del Código Civil, reproducción exacta de la norma concordada, el artículo 262 del Reglamento del Registro Civil dispone: “Para inscribir la disolución por aplicación del Privilegio Paulino se requiere, especialmente, certificación de inscripción del nuevo matrimonio, si no consta en el mismo Registro, y se hará referencia de este asiento en el de disolución”. Y, a la inversa, a tenor del artículo 263 del Reglamento del Registro Civil, el Estado, por resolución de la jurisdicción eclesiástica, reconoce como matrimonios canónicos, con plenos efectos civiles, a matrimonios que había declarado nulos por no

³⁰ Cáns. 1.120 y 1.126.

haberse celebrado con arreglo a las normas establecidas, como los matrimonios canónicos en forma civil contraídos durante la persecución religiosa en la zona roja de la pasada guerra civil española.

En nuestro caso, si el matrimonio civil es nulo para la Iglesia, y los matrimonios civiles contraídos al amparo de la Ley del Matrimonio Civil de la segunda República son disolubles por su misma naturaleza, al margen del principio tradicional “de la indisolubilidad del matrimonio” restablecido por el Nuevo Estado, no vemos obstáculo legal alguno para que, a petición de parte, examinado cada caso por la jurisdicción de la Iglesia, en virtud de su competencia exclusiva sobre el matrimonio de bautizados, el Estado ejecute la resolución eclesiástica con las garantías sociales que estime pertinentes, a fin de terminar con la antinomia creada en nuestro ordenamiento civil al derogarse las disposiciones sectarias que la originaron.

Doctrina de la Iglesia sobre el matrimonio y su distinción y conexión con el sistema matrimonial español

Fuera de los dos períodos indicados de matrimonio civil obligatorio, como exponentes de una legislación anticlerical y sectaria, el sistema matrimonial español ha sido de tipo confesional y, para la debida referencia a la coordinación que ha existido respecto al ordenamiento canónico, interesa y se impone que nos detengamos a exponer, siquiera en sus principios fundamentales, la doctrina de la Iglesia sobre el matrimonio.

DERECHO MATRIMONIAL CANONICO

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

1. Para el ordenamiento canónico, el matrimonio “in fieri”, es decir, el mismo contrato matrimonial entre bautizados, elevado por Jesucristo a la categoría y dignidad de sacramento, cae bajo la jurisdicción propia y exclusiva de la Iglesia. Principio recogido en los cánones 1.012 y 1.038.

2. Asimismo, es doctrina canónica que el matrimonio de bautizado con persona no bautizada, no siendo sacramento, es “sua vi, sua sponte,

sua natura sacrum”³¹. Además, su regulación corresponde también a la Iglesia, en virtud de la jurisdicción directa sobre el contrayente bautizado, que trasciende indirectamente sobre el infiel, en cuanto contrae con persona bautizada. Principio recogido en los cánones 1.070 y 1.071, en relación con los 1.064, 1.099 y 1.102, referentes al impedimento de disparidad de cultos y requisitos para la dispensa y celebración de estos matrimonios.

3. Otro principio básico, consecuencia obligada de los anteriores, es que el conocimiento y resolución de todas las causas matrimoniales de bautizados, en su triple aspecto de separación conyugal, nulidad y disolución del vínculo matrimonial, son de la competencia propia y exclusiva de los Tribunales y Dicasterios eclesiásticos. Así lo definió el Concilio de Trento, en la Se. 24, c. 12, y se ratifica en los cánones 1.960 y 1.962 del Código de Derecho Canónico³².

4. Constituye no sólo una declaración doctrinal, sino la práctica de la Iglesia durante toda su historia, que la regulación de los efectos meramente civiles del matrimonio corresponden al poder civil. Principio expresamente recogido en los cánones 1.016 y 1.961.

5. Merece especial consideración, para los matrimonios celebrados durante la guerra de liberación en la llamada zona roja, la distinción de la forma de celebración del matrimonio canónico en ordinaria y extraordinaria. *Forma Ordinaria* de celebración del matrimonio “ante el párroco o ante el Ordinario del lugar, o ante sacerdote delegado por cualquiera de los dos” (can. 1.094). *Forma Extraordinaria*, por la que se consideran matrimonios canónicos los celebrados ante testigos “en peligro de muerte”, cuando no se puede tener o no se puede acudir, sin incomodidad grave, a ningún párroco u ordinario o sacerdote delegado, que asista al matrimonio y, también “fuera de peligro de muerte”, si prudentemente se prevé que aquel estado de cosas habrá de durar por un mes” (can. 1.098).

³¹ LEÓN XIII, en sus Encíclicas *Arcanum* y *Humanum genus*, Pfo XII, en *Casti connubi*.

³² En la práctica la Iglesia consiente y tolera que los Tribunales civiles conozcan las causas de separación conyugal, como en Italia.

6. Las personas sujetas a la forma canónica del matrimonio se enumeran en el canon 1.099, que transcribimos por su trascendencia frente al matrimonio civil.

“CAN. 1.099. PÁRRAFO PRIMERO.—Están obligados a guardar la forma determinada en los casos anteriores (forma ordinaria, can. 1.094, y forma extraordinaria, can. 1.098):

1. Todos los que sido bautizados en la Iglesia Católica y todos los que se han convertido a ella de la herejía y del cisma, aunque tanto éstos como aquéllos la hayan después abandonado, si es que contraen matrimonio entre sí.

2. Estos mismos, si contraen matrimonio con acatólicos, estén bautizados o no, aunque hayan obtenido dispensa del impedimento de mixta religión o del de disparidad de cultos.

3. Los orientales, si contraen matrimonio con latinos obligados a guardar esta forma.

PÁRRAFO SEGUNDO.—Quedando firme lo que se prescribe en el párrafo primero, número 1, los acatólicos, tanto los bautizados como los no bautizados, si contraen entre sí, en ninguna parte están obligados a observar la forma católica del matrimonio ³³”.

Por lo tanto, quedan obligados a observar la forma canónica de celebración del matrimonio todos los bautizados en la Iglesia católica, sin excepción, y los convertidos a ella de la herejía o del cisma.

7. Los acatólicos, en sentido escrito, es decir, los no bautizados, no son súbditos de la Iglesia y por lo general no les obligan las leyes meramente eclesiásticas ³⁴. Pero el matrimonio es una institución de derecho natural y la Iglesia admite el matrimonio de infieles como ma-

³³ El párrafo segundo constaba de una cláusula final por la que se excluía de la forma de celebración del matrimonio: “A los hijos de acatólicos, aunque hayan sido bautizados en la Iglesia Católica, si desde la infancia fueron educados en la herejía, en el cisma, en la infidelidad o sin ninguna religión, siempre que contraigan matrimonio con parte acatólica”. Pfo XII, por Motu Proprio de 1 de agosto de 1948, que entró en vigor el 1 de enero de 1949, modificó por vez primera el Código suprimiendo dicha excepción.

³⁴ Can. 12.

rimonio válidamente contraído conforme su propia legislación, siempre que ésta no se oponga a la ley natural. Principio reconocido en el canon 1.015, que denomina matrimonio “legítimo” el matrimonio civil celebrado entre no bautizados. También, a tenor del canon 1.099, pueden contraer matrimonio civil los bautizados fuera de la Iglesia católica y no convertidos a ella de la herejía o del cisma, cuando contraen entre sí o con persona no bautizada, por no estar sujetos a la forma de celebración del matrimonio canónico.

CONSIDERACIONES SOBRE EL ORDENAMIENTO CANONICO COMO DERECHO EXTRA-ESTATAL Y SU CONEXION CON EL ORDENAMIENTO CIVIL

La realidad social de la Iglesia, organizada jurídicamente con plena autonomía e independencia del Estado, nos obliga a percibir la existencia de un ordenamiento jurídico extra-estatal, cuya razón de ser y fundamento radican en la misma Ley funcional por la que Jesucristo, con la expresión metafórica “et tibi dabo claves regni coelorum”, confiere a San Pedro la suprema potestad legislativa, ejecutiva y judicial en el régimen de la Iglesia, instituída bajo su autoridad, que permanece viva y se ejerce por la potestad Vicaria del Papa, sucesor de Pedro, cabeza visible de la Iglesia y supremo criterio de validez de toda norma canónica. Y la misión jurídica de la Iglesia queda patente en la triple potestad mesiánica de enseñar, regir y de santificar conferida por Jesucristo a los Apóstoles y a los Obispos sus sucesores en orden al fin espiritual y sobrenatural de la “salus animarum”³⁵.

En este diverso origen inmediato del poder y en la actuación

³⁵ San Mateo, XV, 18-19; XXVIII, 18-20. El Código de Derecho Canónico recoge y plasma en fórmulas jurídicas la inmutable estructura constitucional de la Iglesia como sociedad organizada con una doble jerarquía de potestades distintas, la de Orden y la de Jurisdicción, en perfecta armonía con el ejercicio de sus diversas funciones sobre la distinción entre clérigos y laicos. Cans. 107; 118; 948; 108; 3; 218, 329, etc.

distinta de la potestad, en relación con el objeto y fines propios de la Iglesia y del Estado, radica la distinción específica del ordenamiento canónico respecto al estatal. Puestos en parangón, no son susceptibles de idéntica valoración jurídica. El Estado, específicamente uno y múltiple en número, responde a la necesidad natural del hombre que vive en sociedad, y su ordenamiento jurídico se inspira en una dogmática política diversa y mutable para la realización de los fines temporales, desarrollando su actividad según una normatividad establecida en Constituciones o Leyes Fundamentales, cuya juridicidad depende, en último término, de la formal estructura de la Ley, a tenor de las normas constitucionales en vigor. Tanto es así que en el ordenamiento político no existiría problema alguno, como dice PERGOLESI, si el Estado fuera el creador único e independiente de la norma ética y jurídica³⁶. La Iglesia, específica y numéricamente una, pretende, por misión divina, transformar el mundo en sociedad cristiana, y, sobre bases inmutables de derecho divino revelado, se organiza y se ordena como sociedad voluntaria y libre para que todos los hombres puedan alcanzar los fines sobrenaturales de la redención.

No obstante estos contrastes y otros muchos que no son del caso enumerar, debe existir y se impone cierta conexión en la vida de ambos ordenamientos. Las esferas en que actúan la Iglesia y el Estado son excéntricas, pero no exteriores, sino en contacto obligado por actuar ambas potestades sobre los mismos hombres, en el mismo territorio y muchas veces sobre los mismos asuntos, como sucede en el matrimonio y en las llamadas cosas “mixtas”, que implican un doble aspecto, espiritual y temporal; esferas que determinan la competencia de la Iglesia y el Estado en el ejercicio de sus respectivas actividades³⁷. El que no siempre exista la debida conexión y coordinación entre el ordenamiento canónico y civil; el que surjan a diario mil dificultades y rozamientos entre la jurisdicción eclesiástica y civil por yuxtaposición de materias

³⁶ FERRUCCIO PERGOLESI, *Orientamenti Sociali delle Costituzioni Contemporanee*, ed. 11.ª, 1946.

³⁷ Véase Pío XII, *Discurso al X Congreso Internacional de Ciencias Históricas, en Ecclesia*, 1955, II, p. 315.

mixtas diversamente reguladas, y, hasta incluso, el que la Iglesia sea despreciada o perseguida por el Estado, son cuestiones de hecho, que no borran la distinta naturaleza intrínseca de uno y otro ordenamiento en su respectiva organización jurídica, ni prejuzgan tan solo la necesidad de una política de coordinación puramente externa en las relaciones de la Iglesia y el Estado, pues, como dice MONSEÑOR TABERA, la distinta naturaleza de la Iglesia y el Estado exige, en el plano doctrinal, que las relaciones sociológicamente externas entre ambas sociedades dimanen de relaciones vitalmente internas en la línea de sus respectivos fines³⁸.

Pfo XII, en su memorable Discurso al X Congreso Internacional de Ciencias Históricas, evoca esta colaboración “que mira como ideal la unidad del pueblo en la verdadera religión y la unanimidad de acción entre la Iglesia y el Estado”, dentro de una plena comprensión en la educación de las mismas personas. Pero esta colaboración que en principio debe existir en las relaciones entre la Iglesia y el Estado, va tomando en la práctica formas y métodos no requeridos por la naturaleza de las cosas, sino que encuentran su explicación a la luz de las particulares circunstancias históricas “que evolucionan más bien en otro sentido, es decir, hacia la multiplicidad de confesiones religiosas y de concepciones de vida dentro de la misma comunidad nacional en que los católicos constituyen una minoría más o menos fuerte”, o también por el principio político de tolerancia religiosa, al que se ven obligados Estados confesionalmente católicos y que la Iglesia aprueba o tolera, según la coyuntura de cada país, “ad maiora mala vitanda”, para prevenir los conflictos que en el orden práctico se le plantearían al Gobierno de un Estado que impusiera, por ejemplo, el matrimonio canónico a los apóstatas, herejes o cismáticos, que, siendo súbditos de la Iglesia, no pertenecen al alma de la misma.

La concepción teológica de que el Derecho de la Iglesia es una manifestación más de la divinidad para la consecución de los fines sobrenaturales, se pone de manifiesto en los Concordatos, que ocupan el primer lugar, en cuanto a su aplicación, en la jerarquía de las normas

³⁸ ARTURO TABERA, C. M. F., Obispo de Albacete, *Tolerancia e intolerancia*, en XIV Semana de Teología, Madrid, 1955.

de Derecho humano. En los Concordatos, dice Pío XII, busca la Iglesia la seguridad jurídica y la independencia necesaria para su misión. “Es posible —continúa diciendo Pío XII— que la Iglesia y el Estado proclamen en un Concordato su común convicción religiosa; pero puede suceder también que el Concordato tenga por finalidad, entre otras, prevenir querellas en torno a cuestiones de principios y descartar, desde el comienzo, las posibles ocasiones de conflicto. Cuando la Iglesia ha suscrito un Concordato, éste vale en todo su contenido. Pero en sentido profundo, puede implicar matices de los que las partes contratantes tiene conocimiento; puede significar una aprobación expresa, pero puede indicar también una simple tolerancia, según los principios que sirven de norma para la coexistencia de la Iglesia y de sus fieles con los poderes y los hombres de otras creencias”³⁹.

La cuestión es interesante, pero su desarrollo no ha de desviarnos del tema propuesto. Nos remitimos al documentado artículo de PÉREZ MIER, *Matrimonio canónico y Matrimonio Civil según el Concordato*⁴⁰, en el que este eminente canonista hace un profundo estudio sobre la materia tan delicada de las relaciones de la Iglesia y el Estado, poniendo luz, con la doctrina pontificia, a la confusión bien intencionada de los que perciben el problema con un solo ojo, sin tomar en consideración, como dice Pío XII, que “cuando la Iglesia ha suscrito un Concordato, éste vale en todo su contenido”. Y decimos esto, porque son muchos los que propugnaban y critican ahora la reforma por no haberse aplicado íntegramente la “forma canónica” en el sistema matrimonial español.

³⁹ Pío XII, *Alocución de 6 de diciembre de 1953 a los jurista de Italia*, A. A. S. 45 (1953), 802, recordada en cuanto a la función de los Concordatos, en el Discurso al X Congreso Internacional de Ciencias Históricas.

⁴⁰ LAUREANO PÉREZ MIER, Auditor de la Rota Española, *Matrimonio Canónico y Matrimonio Civil según el Concordato*, en REDC, 1959, pp. 131-214.

LA CONFESIONALIDAD CATOLICA DEL ESTADO Y EL PRINCIPIO DE TOLERANCIA RELIGIOSA RECONOCIDOS EN EL CONCORDATO VIGENTE Y SU REPERCUSION EN LA REFORMA DEL SISTEMA MATRIMONIAL ESPAÑOL

La postura firme en defensa de una colaboración normal de un Estado confesionalmente católico, que está obligado a adoptar una actitud positiva respecto a la doctrina de la Iglesia y práctica de la Religión católica, encuentra su fundamento jurídico en las normas concordadas. Y a este respecto, el artículo 1 del Concordato vigente proclama: “La Religión católica, apostólica, romana sigue siendo la única de la Nación española, y gozará de los derechos y de las prerrogativas que le corresponden en conformidad con la Ley Divina y el Derecho Canónico”, estableciendo en materia matrimonial las siguientes normas concordadas:

“ARTÍCULO 23.—“El Estado español reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico”. Y en relación con este artículo, en el Protocolo Final, letra A) se determina, en cuanto a los efectos civiles del matrimonio canónico, que “será suficiente que el acta de matrimonio sea transcrita en el Registro Civil correspondiente, convenidos los siguientes extremos: 1.º En ningún caso la presencia del funcionario del Estado en la celebración del matrimonio canónico será considerada condición necesaria para el reconocimiento de sus efectos civiles. 2.º La inscripción de un matrimonio canónico que no haya sido anotado en el Registro inmediatamente después de su celebración, podrá siempre efectuarse a requerimiento de cualquiera de las partes o de quien tenga un interés legítimo en ella. A tal fin, será suficiente la presentación en las oficinas del Registro Civil de una copia auténtica del acta de matrimonio extendida por el párroco en cuya parroquia aquél se haya celebrado. La citada inscripción será comunicada al párroco competente por el encargado del

Registro Civil. 3.º La muerte de uno o de ambos cónyuges no será obstáculo para efectuar dicha inscripción. 4.º Se entiende que los efectos civiles de un matrimonio debidamente transcrito regirán a partir de la fecha de la celebración canónica de dicho matrimonio. Sin embargo, cuando la inscripción del matrimonio sea solicitada una vez transcurridos los cinco días de su celebración, dicha inscripción no perjudicará los derechos adquiridos legítimamente por terceras personas”.

La norma concordada, en cuanto a la constitución del matrimonio canónico y efectos civiles dimanantes de su celebración, está integrada en los artículos 75 y 76, reformados, del Código Civil y su desarrollo se realiza en los artículos 77 a 79 del mismo cuerpo legal y normas complementarias de la Ley del Registro Civil, artículo 70 y siguientes, que desarrolla, a su vez, el Reglamento del Registro Civil, en la Sección de Matrimonios, artículos 238 a 242.

“ARTÍCULO 24.—“1.º El Estado español reconoce la competencia exclusiva de los Tribunales y Dicasterios eclesiásticos en las causas referentes a la nulidad del matrimonio canónico y a la separación de los cónyuges, en la dispensa del matrimonio rato y no consumado y en el procedimiento relativo al Privilegio Paulino. 2.º Incoada y admitida ante el Tribunal eclesiástico una demanda de separación o de nulidad, corresponde al Tribunal civil dictar, a instancia de la parte interesada, las normas y medidas precautorias que regulen los efectos civiles relacionados con el procedimiento pendiente. 3.º Las sentencias y resoluciones de que se trate, cuando sean firmes y ejecutivas, serán comunicadas por el Tribunal eclesiástico al Tribunal civil competente, el cual decretará lo necesario para su ejecución en cuanto a efectos civiles y ordenará —cuando se trate de nulidad, de dispensa “super rato” o aplicación del Privilegio Paulino— que sean anotadas en el Registro del Estado Civil al margen del acta de matrimonio. 4.º En general, todas las sentencias, decisiones en vía administrativa y decretos emanados de las Autoridades eclesiásticas, en cualquiera materia dentro del ámbito de su competencia, tendrán también efecto en el orden civil cuando hubie-

ren sido comunicados a las competentes Autoridades del Estado, las cuales prestarán, además, el apoyo necesario para su ejecución”.

Estas normas concordadas integran los artículos 80 a 82, reformados, del Código Civil, quedando clara y terminantemente “que las sentencias y resoluciones firmes de la jurisdicción ecles.ástica, conforme al procedimiento canónico, tendrán que ser ejecutadas en la jurisdicción civil, en cuanto a su inscripción y demás efectos civiles, cuya competencia corresponde al Estado, quien, en cumplimiento de lo acordado, ha dictado las disposiciones complementarias que regulan su inscripción, según el artículo 76 de la Ley del Registro Civil, en los artículos 260 a 263 de su Reglamento.

La polémica surge sobre la interpretación de la cláusula derogatoria contenida en el artículo 36, 2.º: “Con la entrada en vigor de este Concordato se entienden derogadas todas las disposiciones contenidas en leyes, decretos, órdenes y reglamentos, que, en cualquier forma, se opongan a lo que en él se establece”. Y, en cuanto a la trascendencia de la futura reforma, en relación con las exigencias del Concordato que, en el Protocolo final, consigna que el Estado se compromete a poner su propia legislación en armonía con el Derecho Canónico: en la referente al matrimonio de los hijos, tanto menores como mayores de edad (Protocolo final, letra B); en materia de matrimonio mixto entre personas católicas y no católicas (Protocolo final, letra C), y en no establecer impedimentos opuestos a la ley natural en el matrimonio de no bautizados.

En dos trabajos magistrales, que se completan y constituyen un tratado de Derecho Matrimonial español, expone FUENMAYOR el sistema matrimonial español y el espíritu que ha informado la amplia reforma llevada a cabo para acomodar la legislación civil a las exigencias del Concordato ⁴¹.

GARCÍA CANTERO, en su obra *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, imprescindible para el estudio del sistema matrimo-

⁴¹ FUENMAYOR, en sus citadas obras *El sistema matrimonial español y El Matrimonio y el Concordato Español*,

nial vigente en España, va siguiendo paso a paso la reforma denunciando que no ha plasmado el deseo del Concordato, en su espíritu y su letra, de armonizar las discrepancias entre la legislación civil y la canónica. Pero, en general, se considera satisfactoria la reforma respecto al matrimonio de los hijos menores o mayores de edad, en cuanto se ha suprimido enteramente la institución del consejo; y, en cuanto la licencia paterna, no afecta a la validez del matrimonio de los hijos, advirtiendo certeramente GARCÍA CANTERO que en el artículo 44, no reformado, se hace referencia al consentimiento para la celebración del matrimonio del menor. Tampoco se hace objeción alguna en lo referente al cumplimiento por parte del Estado de no establecer impedimentos opuestos a la ley natural, en el matrimonio de los no bautizados⁴².

La cuestión batallona está en la regulación de los “matrimonios mixtos”, pues se comprometió el Estado a reformar su legislación conforme al Derecho canónico. Para LEÓN DEL AMO, matrimonio mixto, según el Concordato, “es el contraído por católicos (bautizados en la glesia católica o convertidos a ella de la herejía o del cisma) con los acatólicos, estén bautizados o no”⁴³. MIGUÉLEZ se pregunta si en el Concordato se pretendió que el Estado diera una redacción más clara al artículo 42 del Código Civil, de tal forma que no se autorizara el matrimonio civil, cuando uno de los contrayentes fuese acatólico y el otro no⁴⁴. PÉREZ MIER arranca en interesante exposición histórica de la Base 3.ª de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, aceptada por la Santa Sede según la fórmula negociada en 1887 por Alonso Martínez, Ministro de Gracia y Justicia, y Rampolla, Nuncio a la sazón en España, distinguiendo entre el matrimonio canónico que deberán contraer todos los que profesen la Religión católica y el matrimonio civil, “que se verificará con arreglo a las disposiciones del Código civil y *en armonía con lo prescrito en la Constitución del Estado*”, para deducir, a tenor de la interpretación gubernativa de los Concordatos de Italia, Portugal, Colombia y República de Santo Domingo, que “matrimonio mixto”,

⁴² Véase GARCÍA CANTERO, *O. c.*, aportación valiosa con abundante bibliografía extranjera y de cuantos en España han tratado del tema.

⁴³ *Los Matrimonios Civiles durante la República*, cit., pp. 136 y 137.

⁴⁴ *Los Matrimonios Civiles durante la República*, en R.E.D.C., 1954, p. 512.

según el Concordato vigente en España, “es el celebrado por una persona “actu católica” y otra persona “actu acatólica”⁴⁵.

EL PRINCIPIO DE TOLERANCIA RELIGIOSA RECONOCIDO EN EL CONCORDATO VIGENTE

La interpretación objetiva de PÉREZ MIER sobre el significado de “matrimonio mixto”, en términos del Concordato, supone el reconocimiento expreso del principio de tolerancia religiosa, juntamente con el principio de confesionalidad católica del Estado.

Este principio de tolerancia religiosa en España: a) consta expresamente en la fórmula arbitrada en el Decreto de 9 de febrero de 1875, al que nos hemos referido, que derogó la Ley del Matrimonio Civil obligatorio de 1870, dejando subsistente el matrimonio civil “para los que no profesan la Religión católica o se separan del gremio de ella”; b) se contiene en la fórmula de 1887, negociada por Alonso Martínez y el Nuncio Rampolla, con referencia expresa al matrimonio civil “en armonía con lo prescrito en la Constitución de 1876”, que en el artículo 11 reconocía: “La Religión católica, apostólica, romana, es la del Estado. Nadie será molestado en el territorio español por sus opiniones religiosas ni por el ejercicio de su respectivo culto, salvo el respeto debido a la moral cristiana”; c) se refleja, asimismo, en la Base 3.^a de la Ley de Bases del Código Civil, de 11 de mayo de 1888, aprobada por la Santa Sede, “al tolerar” que el Gobierno dicte las disposiciones oportunas acerca del matrimonio de los heterodoxos (los que no profesan la religión católica).

Actualmente, es Ley Fundamental del Estado el Fuero de los Españoles, que, en su artículo 6 dice: “La profesión y práctica de la Religión católica, que es la del Estado español, gozará de la protección oficial. Nadie será molestado por sus creencias religiosas ni el ejercicio privado

⁴⁵ Véase interpretación expuesta con más amplitud en PÉREZ MIER, *O. c.*

de su culto. No se permitirán otras ceremonias ni manifestaciones externas que las de la Religión católica”. Y el Concordato vigente, en el Protocolo final, en relación con el artículo 1, reconoce expresamente: “En el territorio nacional seguirá en vigor lo establecido en el Fuero de los Españoles”⁴⁶.

La interpretación que nos ofrece PÉREZ MIER sobre el criterio de tolerancia religiosa en los Concordatos, ha sido también objeto de estudio por parte de FUENMAYOR, quien, a la luz del magisterio de la Iglesia, contesta, sin ánimo polémico, a los que esperaban, y con razón, después de la interpretación del artículo 42 del Código Civil dada por la Orden de 10 de marzo de 1941, la reforma del Código Civil, en plena armonía con el Derecho canónico, en el sentido “que no se autorizaría la celebración del matrimonio, sino a las personas que no estén obligadas a la forma canónica”. Claro es que, con la recepción de la norma canónica del canon 1.099, o de la que esté en vigor en cada momento en el Derecho canónico para determinar las personas que pueden contraer matrimonio civil, según la legislación de la Iglesia, terminaría de una vez y para siempre la situación contradictoria del artículo 51 del Código Civil, en orden a un matrimonio canónico válido y sin efectos civiles, que al mismo tiempo es “ilegal” en relación con el delito de bigamia.

Pero una solución de esta naturaleza, propugnada antes de la reforma, era como cortar el nudo gordiano de la dificultad con una fórmula de “intolerancia”, cuando, precisamente, la antinomia existe y debe resolverse por el cauce legal de la tolerancia que ha hecho posible el conflicto.

⁴⁶ A continuación se reconoce el *statu quo* observado sobre la tolerancia de los cultos no católicos en los territorios de la soberanía española en Africa. Véase la interesante publicación del P. PATROCINIO GARCÍA BARRIUSO, O. F. M., *Matrimonio civil de españoles dentro y fuera de España*.

El matrimonio civil a través del artículo 42 del Código Civil

El sistema matrimonial español ha girado en torno a la intervención circunstancial del artículo 42 del Código Civil, marchando a la deriva de lo administrativamente regulado.

Según el criterio dominante, se ha exigido para contraer matrimonio civil la declaración expresa “de uno o de ambos contrayentes de no profesar la religión católica”. Así ha transcurrido la mayor parte de la vida jurídica del matrimonio civil, a través de las Reales Ordenes de 28 de diciembre de 1900; 26 de febrero de 1907 y 28 de junio de 1913. Después del paréntesis de la República, derogada la Ley del Matrimonio Civil obligatorio, se restableció el sistema matrimonial del Código Civil y, en su consecuencia, las Ordenes del Nuevo Estado, de 22 de marzo de 1938 y 8 de marzo de 1939, imponen el mismo criterio de que “debe exigirse para autorizar la celebración del matrimonio civil, la declaración expresa de no profesar la Religión católica *por ambos o al menos por uno de ellos*”.

Como excepción, se señalan dos períodos efímeros: la Real Orden de 27 de agosto de 1906, derogada por la de 28 de febrero de 1907, que resuelve radicalmente “no se exija a los que pretenden contraer matrimonio civil, conforme a las disposiciones de los artículos 86 y 89 y siguientes del Código Civil, declaración alguna relativa a la religión que profesan, ni más requisitos que los que la ley taxativamente esta-

blece”. Y, en la época de la segunda República, la Orden de 10 de febrero de 1932, que reproduce la prohibición “de que no se exija a los que soliciten la celebración del matrimonio civil declaración alguna respecto a sus creencias, ni de la religión que profesen”. Dicha disposición quedó sin efecto al promulgarse la Ley de Matrimonio Civil obligatorio, de 28 de junio del mismo año.

De la casuística que ofrece el matrimonio civil en la legislación positiva del Estado frente al matrimonio canónico, se han clasificado los sistemas matrimoniales, en *sistemas de matrimonio civil obligatorio*, cuando el Estado solamente reconoce y otorga efecto jurídicos al matrimonio regulado por la legislación civil; *sistema de matrimonio civil facultativo o libre*, cuando el Estado otorga los mismos efectos jurídicos al matrimonio civil que al religioso, dejando en libertad a los contrayentes para que elijan la clase de matrimonio que deseen contraer; *sistema de matrimonio civil subsidiario o supletorio*, para los ciudadanos que no están sujetos a la forma canónica en la celebración de su matrimonio, o a la forma establecida por la Religión reconocida por el Estado, recibiendo, en este caso, la denominación de matrimonio civil subsidiario relativo, *para distinguirlo del matrimonio civil subsidiario absoluto*, cuando se permite a las personas que, según la Iglesia o su Religión, no pueden contraer matrimonio por existir algún impedimento no reconocido por el Estado.

Conforme a esta clasificación clásica, el matrimonio civil en España aparece claramente como “facultativo o libre”, según la interpretación dada por la Real Orden de 27 de agosto de 1906 y la Orden de 10 de febrero de 1932; bastaba la voluntad de querer contraer matrimonio civil, sin necesidad de que por los contrayentes se hiciese manifestación alguna respecto a sus creencias religiosas. La Real Orden de 28 de diciembre de 1900, a la que hacen referencia las demás resoluciones ministeriales, exige que los católicos obligados a la forma y requisitos establecidos por la legislación canónica “aseguren bajo su palabra” que no profesan la Religión católica, y para tales católicos el matrimonio civil continúa prácticamente “facultativo”, pues, como dice ROMERO VIEITEZ,

quedaba a expensas de una declaración incontrolada, que ni siquiera se tenía en cuenta a los efectos de nulidad del matrimonio ⁴⁷.

La transcendencia de la Orden del Ministerio de Justicia, de 10 de marzo de 1941, marca una segunda etapa, al pretender establecer la recta interpretación del artículo 42 del Código Civil, en el sentido restrictivo de que sólo podían contraer matrimonio civil “los no bautizados en la Iglesia católica”. Con este criterio, la Orden de 10 de marzo de 1941 se halla sustancialmente de acuerdo y hasta se excede respecto al Derecho Canónico. Pero, entre el texto de la Orden y el artículo 42 del Código Civil, se advierten diferencias esenciales: El Código, para indicar quiénes han de contraer matrimonio canónico, hace referencia a los que “profesan la Religión católica”; la Orden de 10 de marzo de 1941, para determinar quienes pueden contraer matrimonio civil, se refiere a los que “no pertenezcan a la Religión católica”. Para el Código Civil, la inexactitud de la declaración de los contrayentes no afecta a la nulidad del matrimonio, mientras que para la Orden de 10 de marzo de 1941 “la exactitud de la prueba o declaración de acatolicidad”, cifrada prácticamente en no haber sido bautizados en la Iglesia católica, estaba ligada a la validez y efectos civiles de los referidos matrimonios, estableciendo una nueva causa de nulidad no prevista en el artículo 101 del Código Civil.

Con este criterio, teniendo en cuenta el contexto de la Orden y las interpretaciones restrictivas de la Dirección General de los Registros, en las Resoluciones de 17 de abril de 1950 y 28 de junio de 1951, nos encontramos un buen día con un sistema de matrimonio civil puramente subsidiario relativo respecto al matrimonio canónico, pues, en rigor, el matrimonio canónico obliga a todos los bautizados en la Iglesia católica. Y si hace falta un ejemplo, ahí está la Resolución comunicada, de 28 de junio de 1951, que declara “no ser prueba suficiente de la acatolicidad de los contrayentes la certificación acreditativa de que los mismos fueron bautizados en la fe evangélica, pues constaba que antes habían recibido el bautismo en la Iglesia católica y, demostrado este

⁴⁷ M. A. ROMERO VIEITEZ, *Las Normas de Derecho Matrimonial promulgadas por el Nuevo Estado*, en RDP, 1941, p. 69, nota 10,

hecho, se impone la denegación del matrimonio civil solicitado, con independencia de las restantes pruebas que aporten, salvo la de la dispensa concedida por la Iglesia católica de la forma matrimonial canónica, a cuyo caso ya se podría probar “acatolicidad” documentalmente a estos efectos”.

La mayor parte de los comentaristas creyeron en la transcendencia de la citada Orden de 10 de marzo de 1941, como paso decisivo que, a través del Concordato de 1953, nos llevaría en la legislación civil a una remisión al Derecho canónico. Pero la crítica ha sido demoledora en todos los aspectos. Los animados en su buen deseo de encajar la legislación civil en la canónica van señalando defectos, que son muchos, en orden a la imprecisión y oscuridad del concepto de “acatólicos” y las dificultades de la prueba documental de “acatolicidad” creadas en la misma disposición ministerial. En el plano jurídico, se discute sobre la legalidad de la misma Orden y, en particular, sobre la legalidad establecida por una Orden ministerial, que deroga prácticamente el espíritu y la letra del artículo 42 del Código Civil. Y, al mismo tiempo, surgen por doquier protestas y reclamaciones oficiales de minorías religiosas disidentes de la Iglesia católica que, apoyándose en el artículo 6 del Fuero de los Españoles, se manifiestan en contra de la interpretación ministerial, que hace imposible en la práctica administrativa el matrimonio civil para aquellas personas que, habiendo recibido el bautismo católico, no profesen o nunca han profesado la Religión católica. En fin, del lado opuesto se considera “la Orden de 10 de marzo de 1941 como un ataque a la libertad de conciencia en abierta contradicción con el texto y el espíritu del Código Civil, que representa el fruto de un genuino deseo de conciliación y de una concepción de armonía y de mutuo respeto entre los poderes civil y eclesiástico”.

He querido reproducir uno de los alegatos del proselitismo de algunas sectas religiosas para explicarme el criterio de tolerancia en la reforma del artículo 42 del Código Civil. “El Estado —dice FUENMAYOR— se ha visto precisado, a pesar de su confesionalidad católica, a tolerar el matrimonio civil, dentro de ciertos límites, a los súbditos rebeldes de la Iglesia, a quienes alcanza, a pesar de su rebeldía, en

todo su rigor, la norma imperativa del canon 1.099, que exige —bajo pena de nulidad ante la Iglesia— la celebración del matrimonio canónicamente”⁴⁸.

El artículo 42 del Código Civil, en su primitivo texto, no trató de instaurar el sistema de matrimonio civil subsidiario relativo o de necesidad, puesto que contiene, a través de la Base 3.^a, la fórmula de transacción arbitrada en el Decreto de 9 de febrero de 1875 para que pudieran contraer matrimonio civil “los que no profesen la Religión católica o se separen ostensiblemente de ella”; fórmula práctica de tolerancia recibida con satisfacción por los católicos españoles porque, en aquel entonces, suponía un paso adelante, en cuanto se veían libres de la Ley del Matrimonio Civil obligatorio de 1870. Y esta “fórmula de tolerancia política” vuelve, después de la Orden de 10 de marzo de 1941, mediante otro Decreto. Nos referimos al Decreto del Ministerio de Justicia de 26 de octubre de 1956, que, so pretexto de armonizar ciertas disposiciones del Reglamento del Registro Civil con el Código, sobre la forma civil del matrimonio, reproduce la “fórmula de no profesar la Religión católica”, arbitrada por el Decreto de Alonso Martínez de 9 de febrero de 1875, y negociada y después por éste con el Nuncio Rampolla, si bien más concreta en cuanto se exige que “ambos contrayentes prueben que no profesan la religión católica”. Y, tratándose de bautizados en la Iglesia católica, no se permite el matrimonio civil sin previo control de la prueba presentada por la Autoridad eclesiástica, que será informada previamente por el Juez en comunicación circunstanciada, no pudiéndose celebrar el matrimonio civil antes de que haya transcurrido por completo un mes, a partir de la fecha en la cual haya sido informada la autoridad diocesana.

Por la Nunciatura apostólica en España se remitió a todos los Obispos de las diócesis la Carta Circular, de fecha de 25 de marzo de 1957, fijando las Normas Prácticas “para que todos los excelentísimos ordinarios sigan, en los casos que se presentaren, una misma línea de conducta”, que transcribimos a continuación:

⁴⁸ FUENMAYOR, *El Matrimonio y el Concordato Español*, cit., p. 62.

“1. Con sujeción al texto del susodicho Decreto gubernativo (Decreto de 26 de octubre de 1956), se pueden fijar estos puntos:

a) La admisión a la estipulación del acto civil solamente puede tener lugar en el caso en que ambos interesados hayan apostatado de la fe católica o cuando una persona que se halle en tal desdichada condición intente unirse con una acatólica.

b) La norma no puede, por tanto, ser extendida a otras condiciones de personas, aun cuando sean indiferentes u hostiles a la práctica de los deberes religiosos.

c) Aquellos que, habiendo sido bautizados en la Iglesia católica o a ella convertidos de la herejía o del cisma, hayan apostatado con posterioridad, si pretendieren ser admitidos al “acto civil”, deberán formular petición, por escrito, a la autoridad civil, especificando el motivo y aduciendo las pruebas de su defección.

d) La autoridad civil deberá esmerarse en informar, cuanto antes, sobre la petición que le ha sido hecha, a la autoridad diocesana interesada.

e) Y no se podrá proceder a la estipulación del “acto civil” antes de que haya transcurrido por completo un mes, a partir de la fecha en la cual haya sido informada la autoridad diocesana.

f) Continuará manteniéndose en pleno vigor todo lo dispuesto en el artículo 83, número 4, del Código Civil, respecto a la imposibilidad de contraer matrimonio cuantos hayan recibido las órdenes sagradas o se hallen ligados por voto solemne de castidad.

2. Teniendo presente cuanto precede, al ocurrir los casos indicados las autoridades eclesiásticas procederán de la siguiente forma:

a) Tan pronto sea recibida la notificación de las autoridades civiles, el ordinario u ordinarios interesados tendrán esmerada diligencia en comprobar si resulta efectivo el abandono de la fe católica por parte de los desdichados de quienes se trate, y, sobre todo, si ello había ocurrido “tempore non suspecto”, y en evitar que realmente alguno se lance a declararse con ligereza “no católico” al exclusivo fin de sustraerse a la legislación canónica del matrimonio: lo que equivaldría

a abrir un portillo a la multiplicación de uniones civiles, con las funestas consecuencias fácilmente adivinables.

b) Será bien que los reverendísimos ordinarios pidan siempre a las autoridades civiles —si no va adjunta ya al acto de la notificación— la documentación presentada por los interesados para probar el verificado abandono de la fe católica.

c) Cuando esto no resulte conforme a verdad, sino que se compruebe tan sólo el caso de indiferencia o incluso de hostilidad a la práctica de la fe, será de ello informada la autoridad civil. En caso de particular importancia, los ordinarios podrán dirigirse directamente al excelentísimo señor ministro de Justicia, exponiéndole el resultado de las propias indagaciones.

d) Al mismo tiempo, los excelentísimos señores Obispos, por medio de los párrocos u otras personas que consideren idóneas, procurarán disuadir, con toda claridad y prudencia, a los interesados de su deplorable propósito, haciéndoles comprender las consecuencias de orden espiritual y moral a que se encaminan, y conminándoles con las penas que se citan en el siguiente número 3.

e) Cuando tales gestiones resultasen infructuosas al fin deseado, no se hará notificación alguna a la autoridad civil. Esta, sin embargo, no podrá autorizar la estipulación sin que primeramente haya transcurrido un mes completo desde la fecha en que haya recibido el aviso la autoridad eclesiástica.

3. Cuando, por fin, haya tenido lugar la estipulación del acto civil, el ordinario competente procederá a la declaración de las penas canónicas incurridas, que serán las siguientes:

a) Para los contrayentes ya católicos, que han abandonado la fe, las señaladas en el canon 2.314 del C. I. C. Tal declaración será hecha “per modum praecepti”, esto es: con un breve decreto razonado, dada la certeza del delito, a tenor de los cánones 2.223, párrafo 4, y 1.933, párrafo 4.

b) Para los fieles católicos que eventualmente tomaren parte en la estipulación del acto civil actuando de testigos, el entredicho “ab ingressu Ecclesiae” de que trata el canon 2.277, por el escándalo que

su comportamiento produce entre los fieles en una nación católica como España. También esta declaración deberá ser hecha en la forma arriba indicada.

4. Tratándose de censuras, éstas no cesan sino con la absolución (can. 2.248, párr. 1), la cual supone como condición el “recessus a contumacia”, que para los contrayentes consistirá en retornar a la fe, y, por consiguiente, legalizar canónicamente su posición matrimonial, o separarse; y para los testigos, la retractación pública del mal causado”⁴⁹.

Con el Decreto de 26 de octubre de 1956, complementado por la Carta Circular de la Nunciatura a los Obispos españoles, se fijaba el criterio a seguir en la reforma de nuestra legislación civil. Pero el camino iniciado y puesto en práctica con la modificación de los correspondientes artículos del Reglamento del Registro Civil, no era “el buen camino” con que era saludado el Decreto por los que esperaban que el matrimonio civil se reservaría para los no obligados a la forma canónica⁵⁰.

EL ARTICULO 42, REFORMADO, DEL CÓDIGO CIVIL. TRASCENDENCIA DE LA REFORMA

La reforma del artículo 42 del Código Civil se ha llevado a cabo en consecuencia lógica del supuesto de tolerancia política del Decreto

⁴⁹ Según el cán. 2.314: “Todos los apóstatas de la fe cristiana y todos y cada uno de los herejes o cismáticos incurren, ipso facto, en excomunión y si dieren su nombre a alguna secta acatólica o se adhiriesen públicamente a ella, son ipso facto infames.

⁵⁰ “Ecclesia”, órgano de la Dirección Central de la Acción Católica Española, n.º 814, Madrid, 1957, año XVII. Sábado 16 de febrero. Editoriales *Por buen camino*: “El decreto ministerial señala laudablemente el buen camino, por el que es preciso seguir adelante, ya que ha quedado solamente iniciado, sin que se haya llegado al término satisfactorio que anhelamos... con la realización de lo que se estipuló en el protocolo final, letra C, del Concordato de 1953, donde se dice: El Estado pondrá en armonía su propia legislación con el Derecho canónico. Es decir, que en España ninguno de los obligados a la forma canónica, según la letra revisada del canon 1.099, debe ser admitido al matrimonio civil, que, en cambio, se reserva ea los no obligados a la forma canónica”.

de 26 de octubre de 1956, llamado “disposición puente”, sobre la que va tomando cuerpo la reforma de nuestro sistema matrimonial durante el año 1957 mediante normas reglamentarias. En 25 de marzo de 1957 se comunica por la Nunciatura a los Ordinarios diocesanos la Carta Circular con las Normas Prácticas a seguir en los expedientes que se instruyan por la autoridad civil sobre “el acto civil” de los que han abandonado la fe católica; en 2 de abril, la Dirección General de los Registros remite a los Presidentes de las Audiencias Territoriales la correspondiente Circular sobre aplicación del referido Decreto, insistiendo en que “la forma civil del matrimonio sólo será aplicable en el caso de que ambos contrayentes hayan evidentemente apostado de la fe católica”; la Ley del Registro Civil de 8 de junio regula en el artículo 71 la inscripción del matrimonio canónico en la forma establecida en el Concordato vigente. Y, siguiendo el proceso de reforma, se llega a la Ley de 24 de abril de 1958, por la que se establece el sistema matrimonial vigente mediante la reforma de determinados artículos del Código Civil, promulgándose en la misma fecha otras Leyes por las que se suprimen o se modifican artículos del Código Penal en pugna con las nuevas disposiciones en materia matrimonial y se regula el procedimiento a seguir en la adopción de medidas provisionales de nulidad, separación matrimonial o querrela en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El artículo 42 del Código Civil, reformado, distingue “dos clases de matrimonio, el canónico y el civil”, en vez de “dos formas de matrimonio” que se dice en el texto primitivo. La nueva terminología es acertada gramatical y conceptualmente, con transcendencia práctica, como pone de relieve FUENMAYOR, en cuanto nuestro ordenamiento civil reconoce, como canónicos, matrimonios celebrados en forma civil, tales como el contraído por acatólicos bautizados, exentos de la forma canónica cuando contraen entre sí (can. 1.099, 2.º); los celebrados por bautizados en peligro de muerte, o, fuera de peligro de muerte, en las circunstancias que determina el canon 1.098, y contempla también la naturaleza canónica sobrevinida al matrimonio entre infieles en virtud del Privilegio Paulino o por legitimación del matrimonio civil por

subsiguiente matrimonio canónico celebrado entre sí por los civilmente casados.

No obstante, quiérase o no, el problema es de “forma de celebración”; terminología que conserva el Código Civil en su artículo 86, reformado, al tratar de la “celebración en forma civil” del matrimonio, y sobre “la forma canónica” se producen las antinomias que subsisten en el sistema matrimonial español.

La posibilidad de que los casados civilmente pudieran contraer matrimonio canónico con distinta persona ya fue prevista por el legislador al establecer el artículo 51 del Código Civil: “No producirán efectos civiles el matrimonio canónico o civil cuando cualquiera de los cónyuges estuviese ya casado legítimamente”. Pero, como dice CASTÁN y observa FUENMAYOR, “la fórmula velada del artículo 51, más que la consagración del principio de monogamia, trata de evitar civilmente el supuesto peligro de bigamia del que, casado en matrimonio civil, celebre otro canónico con tercera persona”⁵¹.

Los restantes casos de bigamia, dice CASTÁN, se hallan suficientemente cubiertos por otras normas civiles, pues en el caso de bigamia de dos matrimonios canónicos, el segundo será nulo por el impedimento canónico de ligamen, y, si se trata de ulterior matrimonio civil, también será nulo el segundo matrimonio por el impedimento de vínculo matrimonial establecido en el n.º 5 del artículo 83, en relación con el número 1 del artículo 101 del Código Civil. De ahí que FUENMAYOR haga hincapié en que por el artículo 51 el matrimonio canónico del civilmente casado no producirá efectos civiles. Por lo tanto, habrá que concluir que en nuestro sistema matrimonial se contempla el caso peculiar de un matrimonio canónico válido para el Estado que carece de efectos civiles y que, a su vez, siendo válido y sin efectos civiles, es productor del delito de bigamia.

Y el artículo 51 del Código Civil se mantiene después de la reforma. El criterio autorizado de uno de los miembros de las Comisiones que elaboraron los anteproyectos de la reforma, nos dice: “Dada la posibi-

⁵¹ CASTÁN y FUENMAYOR, *O. c.*

lidad de futuros conflictos, era obligado mantener el artículo 51, como norma básica del sistema matrimonial”⁵². Luego, la permanencia del artículo 51 del Código Civil en su redacción primitiva, después de la reforma operada, demuestra por sí mismo que persiste la antinomia o contradicción en un sistema matrimonial que teme futuros conflictos en orden de las normas que tienen su repercusión en el estado de las personas que pueden contraer matrimonio canónico autorizado por la autoridad eclesiástica y verse, al mismo tiempo, perseguidas como vulgares delincuentes desapresivos.

Pese al espíritu que anima la reforma en el desarrollo interno de nuestro sistema matrimonial, en relación con las normas concordadas, el problema continúa. Los penalistas extranjeros se refieren al delito de bigamia como de un “delito raro”, que suele perpetrarse únicamente por individuos que utilizan un nombre falso para celebrar nuevas nupcias. En España hemos tenido que lamentar la bigamia como “delito endémico”, que va creando un sinnúmero de problemas de índole moral y jurídico, que el católico ha tenido que afrontar en su conciencia sometiéndose al magisterio y jurisdicción de la Iglesia en el cumplimiento de su deber.

⁵² FUENMAYOR, *El Matrimonio y el Concordato Español*, p. 95.

El matrimonio canónico de casado civilmente con distinta persona

Después de la Reforma, subsiste latente el problema jurídico de los matrimonios civiles, válidos para el Estado e inválidos para la Iglesia y, por consiguiente, la posibilidad de matrimonios canónicos válidos, sin efectos civiles y que, cual queda dicho, siendo también válidos para el Estado, son conceptuados al mismo tiempo como matrimonios ilegales.

El artículo 75, reformado, del Código Civil “reconoce la competencia legislativa de la Iglesia, comprensiva tanto del Derecho Canónico actualmente en vigor como del que pueda dictarse en el futuro”. Por otra parte, el artículo 51 del Código Civil niega efectos civiles al matrimonio canónico, “cuando cualquiera de los cónyuges estuviese casado legítimamente, es decir, con arreglo a la ley”, en contradicción con el artículo 76, que confiere efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico desde su celebración. Y, por contera, el artículo 471 del Código Penal comprende como delito de matrimonio ilegal o de bigamia “el que contrajere segundo o ulterior matrimonio (canónico en nuestro caso), sin hallarse legítimamente (con arreglo a la ley) disuelto el anterior matrimonio” (civil, en el supuesto a que nos referimos).

En las Normas Prácticas de la Nunciatura Apostólica en España a los Ordinarios diocesanos parece, a simple vista, que se sale al paso de este problema crónico, advirtiendo a los contrayentes católicos, que han abandonado la fe, que las censuras en que han incurrido “no cesan sino

por la absolución, la cual consiste en retornar a la fe y en legalizar canónicamente su posición matrimonial, o separarse”. Pero por mucho que la práctica de la Iglesia quiera evitar la celebración de matrimonios canónicos de los casados civilmente con tercera persona, es lo cierto que el matrimonio civil no constituye impedimento canónico de ligamen, y se han dado y podrán darse en España estos matrimonios canónicos válidos, sin efectos civiles y productores del delito de bigamia, que han sido autorizados por la autoridad eclesiástica competente, según el propio ordenamiento civil.

Este dualismo de los dos clases de matrimonio establecidas en el artículo 42 del Código Civil, el canónico y el civil, que pueden darse a la par, explica perfectamente que el artículo 75 se refiera a la validez del matrimonio canónico y el artículo 51 a su ineficacia civil, en el supuesto que exista otro matrimonio civil anterior legítimamente constituido. Pero la estructura legal del delito de bigamia es sumamente simplista. El artículo 471 del Código Penal castiga “al que contrajera segundo o ulterior matrimonio, sin hallarse legítimamente disuelto el anterior”. Es decir, el delito de bigamia radica en un simple hecho, que surge al tiempo de celebrarse un segundo o ulterior matrimonio a sabiendas de que no ha sido disuelto o anulado legítimamente el anterior. La Sala Segunda del Tribunal Supremo, en los casos típicos en España de celebrarse un matrimonio canónico existiendo otro civil anterior, iba soslayando la sanción penal con la doctrina de la “ausencia de dolo en el contrayente”, apreciando la autorización de la autoridad eclesiástica cuando el contrayente católico le hizo presente la realidad de su matrimonio civil anterior, o bien invocando el error esencial, que excluye la culpabilidad, cuando el contrayente creía firmemente que no perpetraba un delito, sino que estaba ejerciendo un deber ⁵³.

No es el momento de ponderar la transcendencia de la orientación dada por el Tribunal Supremo, a partir de la sentencia de 14 de enero de 1955, que, en buena doctrina penal, sostiene “que el elemento intención o dolo específico en el delito de bigamia consiste en contraer un

⁵³ Sentencias de 29 de noviembre de 1944; 22 de marzo y 6 de junio de 1945 y 24 de septiembre de 1954.

segundo matrimonio sabiendo que el anterior no ha sido previamente disuelto o anulado en forma legítima”. Pero tenemos que lamentar que, reconocidas en el Código Civil dos clases de matrimonios, el canónico y el civil, regulados por ordenamientos distintos, no son raros y pueden reproducirse los casos de españoles casados civilmente, quienes, debidamente autorizados por la autoridad eclesiástica, han contraído o contraigan en el futuro matrimonio canónico con tercera persona. Este segundo matrimonio canónico es válido para la jurisdicción eclesiástica y ante el Estado, que ha reconocido en su ordenamiento la competencia de la Iglesia para regular la constitución y validez del matrimonio canónico, en el artículo 75 del Código Civil. Y, según las normas de la Iglesia, sabido es que son verdaderos y válidos matrimonios canónicos los que afectan a los que, estando sujetos a la forma canónica, celebran matrimonio civil, válido para el Estado, pero “inexistente” para la Iglesia, que tiene establecido el procedimiento a seguir en el expediente matrimonial previo a la celebración de estos matrimonios canónicos⁵⁴.

Podrá el Estado, en distinción recordada al efecto, declarar que el matrimonio canónico es civilmente ineficaz para producir efectos jurídicos —caso del matrimonio civil obligatorio—. Pero se ha de partir de la base que el artículo 76 del Código Civil reconoce “que el matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico produce desde su celebración plenos efectos civiles, a partir de su inscripción en el Registro Civil, la cual, según el artículo 77, podrá hacerse en cualquier momento, aun fallecidos los contrayentes, a petición de cualquier interesado y mediante copia auténtica del acta sacramental o de certificación eclesiástica acreditativa del matrimonio”, y, sobre este supuesto real de nuestro ordenamiento jurídico, es clara la antinomia del artículo 51

⁵⁴ Art. 231 de la Instrucción de la Congregación de Sacramentos de 15 de agosto de 1936: “Si alguien que estaba ciertamente obligado a observar la forma canónica de celebración de matrimonio, contrajo solamente matrimonio civil o celebró el matrimonio ante un ministro acatólico, o si los apóstatas de la fe católica se unieron en la apostasía civilmente o en rito extraño, no se requieren trámites judiciales ni intervención del defensor del vínculo, a los efectos de comprobar el estado libre de los mismos, sino que estos casos ha de resolverlos el ordinario mismo o el párroco, consultando al ordinario, en la investigación que precede a la celebración del matrimonio, de que tratan los cánones 1.019 y siguientes. Párrafo 2. Si queda alguna duda acerca de las condiciones expresadas en el párrafo 1, se resolverá la cuestión por los trámites del proceso ordinario”.

negando efectos civiles a un matrimonio canónico al que ha reconocido previamente como válido, según ha sido señalado por las mayor parte de los comentaristas⁵⁵.

Para resolver esta antinomia existente en nuestro ordenamiento civil, defiende LALAGUNA la tesis de la ineficacia relativa, llegando al resultado “de que el matrimonio canónico goce de los efectos civiles, que no sean incompatibles con la eficacia de la primera unión, cuya limitación desaparecerá una vez disuelto el vínculo civil”⁵⁶. Y, recogiendo la tesis de la ineficacia temporal, se vale FUENMAYOR del símil del eclipse total que origina el artículo 51 del Código Civil, en cuanto a la privación de efectos civiles al matrimonio canónico, mientras subsista el vínculo del primer matrimonio civil, llegando a la conclusión de que, disuelto el primer matrimonio civil por la muerte, o anulado por alguna de las causas del artículo 101 o por aplicación del artículo 87 del Código Civil, surgen los efectos civiles que habían quedado eclipsados para evitar el peligro de bigamia⁵⁷.

Mas este carácter de temporal ineficacia con que se pretende desvirtuar la antinomia que plantea el artículo 51 del Código Civil, se halla en pugna con la aplicación del artículo 471 del Código Penal, que tipifica y castiga como constitutivo de delito de matrimonio ilegal o de bigamia “el matrimonio canónico, válido y legalmente constituido” según el ordenamiento civil, que, al reconocer la potestad de la Iglesia para regular el matrimonio canónico, reconoce implícitamente la validez y forma legal del matrimonio canónico autorizado por la Iglesia a los civilmente casados, en concurrencia con otro matrimonio civil con persona distinta. Los penalistas se detienen a subrayar que el delito de bigamia en nuestro Código Penal se basa en hechos probados y no en

⁵⁵ GARCÍA CANTERO, *El vínculo del Matrimonio Civil en el Derecho Español*, cit., pp. 26 y 27. FRANCISCO LODOS, S. J., *Los matrimonios civiles en España durante la República*, en *Sal Terrae*, XLIV, 1956, p. 489. JUAN OCA A. CILLÁN, *Matrimonio y Registro Civil*, en *REDC*, 1956, p. 545. AGUSTÍN TOBALINA, Vicario General de la Diócesis de Santander, *El Matrimonio Canónico de los casados civilmente*, en *REDC*, 1956, p. 65 y ss. SANCHO REBULLIDA, *Las formalidades civiles del matrimonio canónico*, Madrid, 1955, p. 314.

⁵⁶ ENRIQUE LALAGUNA, Profesor del Estudio General de Navarra, *El artículo 51 del Código Civil y los conflictos del doble matrimonio*, en *ADC*, 1956, pp. 427 y 428.

⁵⁷ FUENMAYOR, *El Matrimonio y el Concordato Español*, cit. p. 97.

apreciaciones jurídicas sobre la validez o nulidad de los dos matrimonios, señalando la diferencia existente respecto al Código italiano, en que el presupuesto de la bigamia descansa en un primer matrimonio válido. Y con este criterio, el legislador, al describir el tipo de bigamia, no habla de matrimonio legal o ilegal, ni de su validez o nulidad intrínseca, sino de matrimonio como hecho, que no ha sido disuelto legítimamente, es decir, por los cauces legales, antes de proceder a la celebración del segundo o ulterior matrimonio.

Por otra parte, con motivo de la reforma del sistema matrimonial, se han suprimido algunos artículos del Código Penal y, por lo que interesa a la cuestión, se ha modificado el artículo 478 en el sentido de suprimir la sanción al eclesiástico que autorice un matrimonio prohibido por la ley⁵⁸. Se justifica esta supresión porque el eclesiástico que asiste a la celebración de un matrimonio canónico no es funcionario público y “por razones prácticas de evitar un conflicto insuperable entre el ordenamiento canónico y el secular”. Luego razón de más para considerar que el sacerdote que asiste a la celebración de un matrimonio canónico de casado civilmente con persona distinta y la superior autoridad eclesiástica que lo ha autorizado, obraron dentro de sus facultades y de acuerdo con el ordenamiento reconocido por el Estado. FUENMAYOR, que ha planteado el problema en toda su realidad y trascendencia, se pregunta: “¿Sería justo castigar al sacerdote autorizante, según la ley del Estado, como copartícipe del delito de bigamia? No lo sería, en absoluto, porque al sacerdote le alcanzan las leyes canónicas, en cuanto es ministro de la Iglesia y de ningún modo funcionario del Estado”⁵⁹. Y, a este tenor, cabe también preguntarse: ¿Sería justo castigar a los contrayentes de matrimonio canónico, autorizado por la autoridad ecle-

⁵⁸ Ley de 24 de abril de 1958 por la que se suprimen en el Código Penal los artículos 473 y 477 y se modifica el artículo 478, que antes de su reforma decía: “El eclesiástico o el Juez que autorizase matrimonio prohibido por la ley o para el cual haya impedimento no dispensable, será castigado con las penas de suspensión y multa de 1.000 a 5.000 pesetas. Si el impedimento fuera indispensable, la pena de multa será de 1.000 a 2.500 pesetas”. La reforma ha consistido en suprimir “el eclesiástico”, quedando tipificado únicamente el caso del Juez.

⁵⁹ Véase FUENMAYOR, *El Matrimonio y el Concordato Español*, p. 154 a 157, inclusive.

siástica conforme a un ordenamiento jurídico reconocido por el Estado? CONDE-PUMPIDO ha percibido muy bien, en el plano del Derecho Penal, el resultado imprevisto de suprimir en el artículo 478 toda referencia al eclesiástico “que autorizara matrimonio prohibido, porque, en buena doctrina penal, de persistir el delito de bigamia en el caso de que los casados civilmente celebren ulterior matrimonio canónico, sin haber quedado disuelto legítimamente su primer matrimonio civil, habrá de calificarse al sacerdote y autoridad superior eclesiástica que lo autorizara, como coautores de este delito, castigado con pena superior a la sancionada en el citado artículo 478 del Código Penal”⁶⁰.

La antinomia existe. La dificultad está en querer armonizar situaciones matrimoniales contradictorias que el propio ordenamiento civil hace posibles en la práctica con carácter de legalidad, a la vez para sancionarlas en el ordenamiento penal, como ilegales. En los países que funciona el divorcio vincular, con esta válvula de escape se pone término a estos casos de bigamia que lamentamos en España: En Portugal, al proclamarse la República, se estableció el divorcio por Decreto de 3 de noviembre de 1910, y seguidamente, por Decreto de 25 de diciembre del mismo año, el matrimonio civil obligatorio. Hoy, en régimen de Concordato, se reconocen efectos civiles al matrimonio canónico y se admite el matrimonio civil libre o facultativo, subsistiendo el divorcio para las uniones civiles, con reconocimiento expreso de la indisolubilidad del matrimonio canónico, según el artículo 24 del Concordato de 7 de mayo de 1940, que dice: “En armonía con las propiedades esenciales del matrimonio canónico, entiéndese que, por el propio hecho de celebrar matrimonio canónico, los cónyuges renuncian a su derecho civil de pedir el divorcio, que por esto mismo nunca podrá ser aplicado por los Tribunales civiles a los matrimonios canónicos”⁶¹.

No vamos a proponer el divorcio vincular, condenado por la Iglesia, para resolver el problema de la bigamia creado por el propio orde-

⁶⁰ CONDE PUMPIDO FERREIRO, *Estudio crítico de la reforma de 24 de abril de 1958, en materia de matrimonios ilegales*, en ADP, 1959, pp. 96 y 98.

⁶¹ ANTONIO LEITE, S. J., *Competencia da Igreja e do Estado sobre o matrimonio*, Tese de doutoramento, em Direito Canónico, Porto, 1946. MONTERO, *El Concordato Portugués*, en Revista de la Universidad de Madrid, Derecho, I, Fascículo V, Madrid, 1941.

namiento estatal, y menos en España, donde se da carácter de indisolubilidad al matrimonio civil. Lo ortodoxo sería reconocer la competencia de la Iglesia en el matrimonio de bautizados y, si los súbditos de la Iglesia se someten a las normas del Derecho canónico, ejecutar las sentencias y resoluciones de la jurisdicción eclesiástica, a tenor de lo dispuesto en el artículo 82 del Código Civil. Después de todo, en el sistema matrimonial español se permite el matrimonio civil, cuando ambos contrayentes prueben que “no profesan la Religión católica”. Pero no por eso el Estado ha de condenarles a que vivan siempre apartados de la Iglesia.

El artículo 262 del Reglamento del Registro Civil prevee el caso de la inscripción del matrimonio canónico por disolución del matrimonio civil, por aplicación del Privilegio de San Pablo. Y en el artículo 263 contempla el caso de un matrimonio civil que, por resolución eclesiástica, ha pasado a ser verdadero matrimonio canónico. Un paso más y, sin divorcio vincular, reconocer la competencia de la Iglesia para juzgar, a petición de los que voluntariamente dejaron de profesar la Religión católica, la situación matrimonial de los que retornan a la fe y desean legalizarla canónicamente, cuya apreciación debe quedar a criterio de la autoridad eclesiástica, mediante resolución con efectos civiles ante la jurisdicción del Estado. Esta es la postura canónica y consecuente con el criterio de tolerancia religiosa de un sistema matrimonial de tipo confesional, sin perjuicio de mantener la indisolubilidad del vínculo civil, concepto muy distinto al de la nulidad del matrimonio.

La innovación de la regla «Locus regit actum» en la celebración del matrimonio civil de españoles en el extranjero

La institución del matrimonio está bajo la tutela del Estado, que lo regula, y constituye materia de orden público, que debe ser apreciada por los tribunales españoles, del mismo modo que los tribunales extranjeros aplican su legislación. Esta doctrina, comúnmente aceptada, ha sido reiterada por el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, insistiendo que “en España no puede reconocerse validez al matrimonio de españoles celebrado en el extranjero, sin las condiciones y formalidades que las leyes españolas exigen”⁶².

Pero, como de una cuestión accidental ya superada en nuestro derecho sustantivo, se desliza, a través del artículo 73 de la Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957, la posibilidad de que los españoles puedan celebrar matrimonio civil con sujeción a la forma establecida en cada país y de que se inscriba éste mediante expediente, disponiendo a dicho efecto el artículo 38, 3.º que “a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado, se anotará el hecho de este matrimonio con valor simplemente informativo”. Posteriormente, en el Reglamento de la Ley del Registro Civil, se recoge la trascendencia de esta innovación:

⁶² Sentencias de 1 de mayo de 1919; 26 de abril de 1929; 12 de marzo de 1942; y 12 de marzo de 1944.

“Según el artículo 272 en relación con el 152 del Reglamento del Registro Civil, el matrimonio civil contraído sin que se acredite debidamente que ambos cónyuges no profesan la Religión católica o la libertad de los mismos por inexistencia de impedimento, será objeto de anotación, con expresión de esas circunstancias, en virtud del título acreditativo de la celebración”.

Y en el artículo 249 de dicho Reglamento del Registro Civil se establece:

“El matrimonio civil sólo puede inscribirse en virtud de expediente en el que se acreditará debidamente que ambos contrayentes no profesaban la Religión católica, su libertad por inexistencia de impedimentos y, cuando no conste auténticamente, la celebración; en el expediente se publicarán edictos o proclamas, si se hubieren omitido, y se practicarán las debidas diligencias probatorias de la religión y libertad de los contrayentes”.

Por lo tanto, actualmente y por legislación registral se ha resuelto la espinosa cuestión del matrimonio civil de los españoles en el extranjero a favor de la “lex loci”, admitiéndose la “anotación del hecho de este matrimonio en el extranjero según la norma de cada país”, aunque posteriormente tenga que ser anulado, si no reúne los requisitos exigidos en el artículo 86 del Código Civil. Así pues, y por legislación registral, queda virtualmente derogado el último párrafo del artículo 100, en cuanto a que “los Cónsules y Vicecónsules ejercerán las funciones de Jueces Municipales en los matrimonios de españoles en el extranjero”.

Se pretende justificar esta innovación del “locus regit actum”, en relación con la reforma del artículo 42 del Código Civil, que distingue “dos clases de matrimonio: el canónico y el civil”, en vez de la distinción en “dos formas” establecida en la redacción primitiva⁶³. Pero una vez más tenemos que insistir, e importa quede bien sentado, que la distinción en “dos clases” de matrimonio, pese a su trascendencia

⁶³ Véase FUENMAYOR, *El Matrimonio y el Concordato Español*, p. 107 y ss.

práctica, no priva de valor constitutivo a la “forma” con que ha de celebrarse el matrimonio para su clasificación de canónico o civil. En nada contradice el valor constitutivo de la forma el que existan matrimonios canónicos en forma civil, como los celebrados ante testigos en peligro de muerte o en las circunstancias expuestas de los matrimonios que fuera de peligro de muerte se celebraron en la llamada zona roja durante la pasada guerra civil. Precisamente estos matrimonios son canónicos por haberse celebrado en la forma extraordinaria establecida por la Iglesia en el canon 1.098 y porque el Estado los exceptúa de su legislación, al reconocer la competencia de la Iglesia, en el artículo 75, para regular la constitución y validez del matrimonio canónico.

En nuestro Derecho matrimonial, distingue el artículo 42 del Código Civil dos clases de matrimonio: el canónico y el civil; el matrimonio canónico, regulado por las disposiciones de la Iglesia, es obligatorio para los católicos “cuando al menos uno de los contrayentes profese la Religión católica”; el matrimonio civil es de carácter subsidiario y sólo se autoriza, “cuando se pruebe que ninguno de los contrayentes profesa la Religión católica”.

Ahora bien, las normas que regulan la celebración del matrimonio civil, nos llevan a considerar que el sistema matrimonial español es de tipo confesional. Se dispone en el artículo 100 del Código Civil que el matrimonio se celebre ante el Juez Municipal o ante los Cónsules y Vicecónsules, que ejercerán las funciones de jueces municipales en el extranjero. Pero los encargados del Registro Civil han de cerciorarse de que no existe obstáculo legal para la celebración del matrimonio civil y, a dicho fin, exige el artículo 86 del Código Civil que los contrayentes presenten, entre otros documentos, la prueba de que no profesan la Religión católica, instruyéndose el oportuno expediente según las normas del artículo 243 y siguientes del Reglamento de la Ley del Registro Civil, con notificación previa a la autoridad diocesana, si se trata de personas bautizadas en la Iglesia católica; todo ello encaminado a comprobar, además del estado, domicilio o cualquier otro extremo, la realidad del “hecho de que ambos contrayentes no profesan la Religión católica”, denegándose la autorización, cuando la declaración de

no profesar la Religión fuere sólo un pretexto para sustraerse a la legislación de la Iglesia ⁶⁴.

Por consiguiente, la celebración del matrimonio civil en nuestro ordenamiento jurídico no es una cuestión de forma, que habrá de dejarse al estatuto formal de la “lex loci”, sino que constituye una cuestión de fondo, que afecta al estado y capacidad de la persona, según el estatuto personal, que obliga a los españoles en el extranjero, a tenor de lo dispuesto en el artículo 9 del Código Civil. Son normas de carácter “interpersonal”, que han sido superpuestas por la soberanía del Estado sobre el Derecho Internacional Privado, en materia que afecta al orden público y a las buenas costumbres, “que no pueden quedar sin efecto por leyes o sentencias dictadas, ni disposiciones o convenciones acordadas en países extranjeros”, conforme a lo prescrito en el artículo 11 del Código Civil ⁶⁵.

La cuestión es interesante. La legislación registral, advierte GARCÍA CANTERO, nada altera en lo relativo a los requisitos de capacidad e impedimentos, los cuales obligan a los españoles en el extranjero, a tenor del artículo 9 del Código Civil, y, por otra parte, “se llega —dice GARCÍA CANTERO— al resultado paradójico de que tendrán acceso al Registro Consular unos matrimonios civiles, que los Tribunales españoles declararán nulos por no haber sido celebrados ante funcionario competente” ⁶⁶.

No obstante, se comprende que nuestro Derecho Matrimonial ha vivido al margen del estatuto formal del “locus regit actum”, aceptado generalmente por todos los países para la celebración del matrimonio. A diario surgían las consultas elevadas por nuestros Cónsules al Ministerio de Asuntos Exteriores sobre los diversos problemas que planteaban los españoles casados en el extranjero, con arreglo a la “lex loci”, que

⁶⁴ Véanse las Normas Prácticas de la Nunciatura apostólica en España dirigida a los Ordinarios diocesanos, con motivo del Decreto de 26 de octubre de 1956, que ha sido derogado por la legislación registral.

⁶⁵ MALDONADO FERNÁNDEZ DEL TORCO, *Sobre los matrimonios civiles de españoles en el extranjero*, en REEDC, 1949, pp. 641 a 647. BERNÁNDEZ CANTÓN, *Declaración de nulidad de un matrimonio civil entre españoles contraído en el extranjero*, en REEDC, 1954, pp. 931-942. SANCHO REBULLIDA, *Las formalidades civiles del matrimonio canónico*, pp. 265 y ss., etc.

⁶⁶ G. CANTERO, *O. c.*, pp. 220 y 221. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *Matrimonio de españoles celebrado en el extranjero en la forma de la “lex loci”*, en ADC, 1960, pp. 881-941.

trascendían hasta la pérdida de nacionalidad de los interesados y de sus descendientes.

Por otra parte, los matrimonios de españoles celebrados en el extranjero según la “lex loci”, son nulos, como dice GARCÍA CANTERO, por no haber sido celebrados ante el funcionario competente. Pero es de advertir que la “anotación” del hecho de este matrimonio en el Registro Civil “tiene un valor simplemente informativo y en ningún modo constituye la prueba que proporciona la inscripción”, según consta del artículo 145 del Reglamento del Registro Civil y, posteriormente, en virtud del expediente instruido al efecto podrá o no practicarse la inscripción, siempre que se acrediten los extremos necesarios para la autorización del matrimonio civil, a tenor del artículo 249 del Reglamento del Registro Civil⁶⁷.

Con la anotación registral de un matrimonio civil de españoles celebrado en el extranjero según la “lex loci”, se ha creado, a mi entender, otro problema de mayor importancia. Me refiero a la anotación de matrimonios inexistentes.

El problema de la inexistencia del matrimonio ha sido expuesto por GARCÍA CANTERO, aportando en ésta, como en todas las cuestiones referentes al matrimonio, valiosas observaciones, que me complazco en destacar. Señala este autor el origen de la teoría en Francia para eludir las consecuencias de una rigurosa aplicación de la regla “pas de nullite sans texte” y el estado actual de la doctrina en franca regresión, pues son muchos los autores que niegan la diferencia entre la nulidad absoluta y la inexistencia del negocio jurídico, afirmando que constituyen una idéntica categoría dogmática, y los civilistas españoles limitan su alcance, por lo general, a la debatida cuestión sobre la aplicación del artículo 51 del Código Civil, que se considera como inexistente por impedimento de ligamen, en relación con el artículo 69 sobre el matri-

⁶⁷ PORTERO SÁNCHEZ, *Matrimonios de españoles en el extranjero y de extranjeros en España*, en ADC, 1960, p. 514: “No parece muy acertada esta innovación introducida ahora, pues nos conduce a resultados un tanto contradictorios, cual el de que un hecho nulo, como el matrimonio civil de españoles católicos en el extranjero, produzca, a pesar de ello, algún efecto civil, aunque sea tan pequeño como, en este caso, la anotación del mismo”.

monio putativo, que, siendo nulo, produce efectos jurídicos, si hubiese sido contraído de buena fe por uno o por ambos cónyuges⁶⁸.

Sin embargo, existen diferencias esenciales entre el matrimonio inexistente y el matrimonio nulo, e interesa a nuestro objeto subrayar, como dice CASTÁN, que en el matrimonio inexistente no es necesaria la declaración judicial de nulidad y los cónyuges pueden proceder, sin más, a la celebración de nuevo matrimonio con tercera persona⁶⁹.

Dentro del marco del sistema de nulidades del Código Civil cabe ejercer la acción de nulidad, como dice GARCÍA CANTERO, “en el supuesto matrimonio inexistente; en el contraído por el que no se halla en pleno uso de razón o ha sido violentado por fuerza irresistible; así como también en el caso de identidad de sexos, simulación total de consentimiento matrimonial y ausencia total de forma de celebración, como el matrimonio contraído ante el Notario (válido en algún país hispano americano), ante el Alcalde (válido en Francia) o ante cualquier funcionario distinto del Juez o de los que ejercen sus funciones, a tenor de lo dispuesto en el artículo 100 del Código Civil.

No obstante, precisa insistir en el término “inexistencia” referido al matrimonio.

En el lenguaje jurídico se usan con bastante imprecisión los términos negativos “invalidéz”, “nulidad”, “ilegalidad”, “inexistencia”, “absolutamente nulo”, para expresar la idea de ineficacia jurídica de los actos o contratos, que exteriormente tienen la figura o apariencia jurídica reconocida por la Ley. Así, cuando decimos que un contrato es inválido, nulo o inexistente en el sentido del artículo 1.261 del Código Civil, nos referimos a un contrato aparente, celebrado exteriormente con las formalidades exigidas por la ley, al que falta alguno o los tres requisitos de consentimiento, objeto y causa, exigidos para su validez. Pero dicho contrato, en su figura externa, produce efectos jurídicos, como el contrato de un loco, mientras no sea declarada judicialmente su nulidad. Mas la palabra “inexistencia” tiene, en rigor, una significación que trasciende al orden ontológico, en su misma esencia. El Tribunal Supremo, en

⁶⁸ Véase GARCÍA CANTERO, *O. c.*, pp. 230 a 233.

⁶⁹ CASTÁN, *O. c.*, cit., I, p. 450.

sentencia de 11 de enero de 1892, precisaba en una frase la teoría de la inexistencia de los actos jurídicos: “La inexistencia de los contratos consiste en su falta de realidad jurídica”.

Lo mismo ocurre con el término “nulidad”, que en el lenguaje jurídico se emplea en un doble significado: para indicar la nulidad del acto, en el sentido de los artículos 4 y 101 del Código Civil: “Son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, salvo que la misma ley ordene su validez”. Pero el término “ilegal”, aplicado a actos contrarios a las normas de orden público, indica que dichos actos son inexistentes. Así es de recordar que el Tribunal Supremo, en sentencia de 8 de marzo de 1929, considera “que la palabra nulidad en el lenguaje jurídico *comprende actos que deben darse como no sucedidos, que adolecen de vicios esenciales, que les privan radicalmente de toda validez y que no pueden ser objeto de ratificación por referirse al orden público*”.

La hipótesis de la “inexistencia”, dice GARRIDO FALLA, o está pensando en supuestos en que realmente no hay acto administrativo, en cuyo caso resulta absurdo hablar de “acto vicioso”, o presupone, al menos, de existencia material de un aparente acto administrativo, en cuyo caso el tratamiento jurídico del mismo no tiene por qué diferenciarse de la nulidad absoluta⁷⁰. Por lo tanto, importa distinguir y precisar el significado de los términos “inexistente”, “inválido”, “nulo”, “ilegal”, como fenómeno patológico del acto jurídico, a diferencia de cuando se usan para negar la existencia real del acto o contrato jurídico, en sentido ontológico.

La realidad consta de existencia y esencia; la existencia como hecho de ser; la esencia como modo de ser o su estructura. Y, cuando se dice que el matrimonio civil es “inexistente”, o que es “ilegal”, queremos expresar la idea negativa de que no existe en el campo del Derecho español. En un aspecto filosófico, podremos precisar que el término “inexistencia” niega la realidad del matrimonio como hecho, y el término “ilegal” niega su esencia, es decir, su modo de ser, su estructura. Pero, en definitiva, es lo mismo, porque la realidad consta y se usa como exis-

⁷⁰ FERNANDO GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, I, Parte General, p. 417.

tencia y como esencia; la existencia sin esencia carece de realidad jurídica en nuestro caso, y la esencia sin existencia es un ente ideal.

Todas estas consideraciones vienen al caso porque los conflictos entre los Estados en materia matrimonial no se presentan en el plano de validez o nulidad del acto, *sino en el plano de la absoluta irrelevancia* que tiene en un ordenamiento el hecho, acto o contrato, que para el otro Estado es jurídicamente perfecto. Y, dentro de este aspecto, cabe afirmar que el matrimonio civil de españoles en el extranjero con arreglo a la “lex loci”, es inexistente para nuestro ordenamiento civil, porque se ha celebrado con fraude de las normas establecidas, que constituyen materia de orden público.

Tampoco faltan casos de españoles que contraen matrimonio civil en el extranjero conforme a la “lex loci” y que, posteriormente, se unen en matrimonio canónico con tercera persona, y, en este supuesto, consideramos que es de suma transcendencia la “anotación registral, de un matrimonio que estimamos inexistente, en relación con la doctrina penal del delito de bigamia”⁷¹.

Por una parte, partimos del hecho de que el matrimonio civil de españoles en el extranjero, según la forma del país en que se encuentren, es inexistente en Derecho matrimonial español.

La tesis queda demostrada recordando que el matrimonio es un negocio jurídico formal, cuya figura o apariencia de tal matrimonio depende, en cada Estado, como en la Iglesia, de que se hayan observado en su celebración las formalidades extrínsecas establecidas. La razón es obvia: “forma dat esse rei”. Y no puede hablarse, jurídicamente, de la existencia de un matrimonio, si en su celebración no se ha observado la forma externa establecida por la ley. Y sobre el principio ya expuesto de que las normas de celebración del matrimonio son materia de orden público en nuestro ordenamiento jurídico, y por su carácter interpersonal obligan a los españoles en el extranjero, no cabe que un funcio-

⁷¹ REYES MONTERREAL, *Problemas matrimoniales*, en RGLJ, julio-agosto, 1957, p. 47, considera el matrimonio de los susodichos cónyuges inexistente en España, tanto ante la legislación de la Iglesia como frente a la civil del Estado, sin perjuicio de determinados efectos penales, referentes al delito de bigamia, aunque ello parezca paradójico.

nario extranjero, al aplicar el estatuto personal de cada contrayente, respete las normas de orden público de otro Estado, cuando éstas son contrarias a las normas de orden público de su propio país. En España, nuestro ordenamiento jurídico impone, como materia de orden público, la condición de católico del contrayente español, que le inhabilita para contraer matrimonio civil, mientras no se demuestre el hecho de que “ambos contrayentes” no profesan la Religión católica. Por el contrario, en Francia, Bélgica y demás países de legislación fundamentalmente laica, se desconoce el matrimonio canónico y constituye materia de orden público la libertad religiosa de los contrayentes, por lo que dichos Estados son consecuentes en admitir el estatuto formal del “locus regit actum” en la celebración del matrimonio. Ya hemos dicho que la noción del orden público es un concepto esencialmente político, que depende en cada momento histórico de la voluntad soberana de cada Estado. En España mismo, durante la segunda República, la concepción laica del Estado impuso el matrimonio civil obligatorio y, en su consecuencia, se admitió el estatuto formal en la celebración del matrimonio, citándose como excepción la sentencia de 9 de febrero de 1934, que declara válidos los matrimonios de españoles contraídos en el extranjero conforme a la “lex loci” e inscritos en el Consulado.

Por otra parte, según el artículo 100 del Código Civil, que no ha sido reformado, el único órgano para autorizar los matrimonios civiles en el extranjero son los Cónsules y Vicecónsules, que ejercen funciones de jueces municipales. Luego habrá que concluir que el matrimonio de españoles en el extranjero, conforme a la forma de cada país, no solamente es nulo sino que ha de considerarse como inexistente para el ordenamiento civil español, como sucede con el matrimonio civil respecto a la Iglesia, que lo desconoce y ni siquiera le denomina “matrimonio”, porque no se ha observado la forma establecida, para que aparezca la figura jurídica o apariencia de la celebración de un matrimonio, independientemente de su validez o nulidad intrínseca.

Ahora bien, la anotación registral de este matrimonio civil de españoles en el extranjero conforme a la “lex loci”, considerado inexistente para nuestro ordenamiento civil, trasciende a la esfera penal como un

caso más de bigamia, en el supuesto de que uno de ellos contraiga matrimonio canónico con tercera persona. Según la teoría del matrimonio inexistente, no se precisa una declaración previa de nulidad, pudiendo pasar los seudocónyuges sin más a la celebración de nuevo matrimonio con persona distinta. Y, en este sentido, la doctrina penal sentada en la sentencia de 14 de enero de 1955 contempla el delito de bigamia apreciando el matrimonio como “hecho”, en su apariencia externa de legitimidad, sin entrar a considerar su validez o nulidad intrínseca. Así QUINTANO RIPOLLÉS dice “que no cabría hablar de bigamia en quien precedentemente se ligó por vínculos exóticos o no admitidos en nuestras leyes, como los mormónicos, los gitanos o simplemente los matrimonios fácticos propugnados por las doctrinas libertarias”. De ahí que la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de marzo de 1945, denegó que existiese delito de bigamia en un caso de matrimonio canónico porque el anterior matrimonio civil se celebró con arreglo a disposiciones distintas a las vigentes antes del 18 de julio de 1936, y, por lo tanto, la Sala a quo juzgó que, en la celebración de ese primer matrimonio, no se habían observado los requisitos legales exigidos para su validez”⁷².

Y, en cuanto al defecto de forma, bastará recordar la Orden ministerial de 8 de marzo de 1939, que declaró nulas las actas de matrimonios celebrados ante funcionarios distintos de los que preceptúa la ley del Registro Civil, estimándose que tales matrimonios son inexistentes, incluso a la luz de la legislación de la República, siquiera los celebrados en la llamada zona roja sean verdaderos matrimonios canónicos para la Iglesia, porque están comprendidos dentro de la forma establecida con carácter extraordinario en el canon 1.098.

Luego el matrimonio civil de españoles en el extranjero conforme a la “*lex loci*”, que cabría considerar como inexistente a efectos de un posible matrimonio canónico subsiguiente con persona distinta, con la anotación registral, aunque tenga ésta valor simplemente informativo, hará prueba de la existencia “de hecho” de un matrimonio suficiente

⁷² QUINTANO RIPOLLÉS, *La bigamia en lo penal*, en Información Jurídica, n.º 1.

para que el ulterior matrimonio canónico sea considerado como constitutivo de bigamia, aunque posteriormente no se autorice la inscripción de este matrimonio civil por no reunir los requisitos exigidos para su celebración, según la legislación española.

* * *

La conclusión escueta y desnuda de mi discurso en este solemne acto, no es más que la afirmación de un intento de superar, a la luz del Derecho Canónico, las antinomias o contradicciones latentes en el sistema matrimonial español, dentro del cauce jurídico del superior criterio de tolerancia, de prudencia y de concordia, que ha inspirado la reforma, con la mayor comprensión por parte de la Iglesia; comprensión que descarta todas las actitudes de coacción, para elegir los caminos del amor y de la caridad, como enseña PABLO VI en su primera Encíclica "*Ecclesiam suam*".

HE DICHO

INDICE

Págs.

INTRODUCCION	5
SISTEMA DE MATRIMONIO CIVIL OBLIGATORIO EN ESPAÑA DURANTE DOS PERIODOS EFIMEROS DE SU HISTORIA ...	9
EL MATRIMONIO CIVIL DURANTE LA VIGENCIA DE LA LEY DE 1870. Problemas que plantea	11
MATRIMONIOS CIVILES CELEBRADOS DURANTE LA VIGENCIA DE LA LEY DEL MATRIMONIO CIVIL DE LA SEGUNDA REPÚBLICA	16
Distintas situaciones matrimoniales	16
I.—En el plano del Derecho civil	16
II.—En el plano del Derecho canónico	18
Matrimonios canónicos en forma civil y matrimonios declarados nulos por el Estado. Solución del problema	18
El problema de los matrimonios civiles disolubles	20
I.—Soluciones inadmisibles	23
El divorcio vincular	24
Declaración de nulidad	27
Dispensa del vínculo	29
Anulación con efectos retroactivos	30
II.—Solución posible	34
DOCTRINA DE LA IGLESIA SOBRE EL MATRIMONIO Y SU DISTINCION Y CONEXION CON EL SISTEMA MATRIMONIAL ESPAÑOL	39
Derecho matrimonial canónico. Principios fundamentales	39
Consideraciones sobre el ordenamiento canónico como derecho extra-estatal y su conexión con el ordenamiento civil	42
La confesionalidad católica del Estado y el principio de tolerancia religiosa reconocidos en el Concordato vigente, y su repercusión en la reforma del sistema matrimonial español	46
El principio de tolerancia religiosa reconocido en el Concordato vigente	50

	Págs.
EL MATRIMONIO CIVIL A TRAVES DEL ARTICULO 42 DEL CODIGO CIVIL	53
El artículo 42, reformado, del Código civil. Trascendencia de la reforma	60
EL MATRIMONIO CANONICO DEL CASADO CIVILMENTE CON DISTINTA PERSONA	65
LA INNOVACION DE LA REGLA "LOCUS REGIT ACTUM" EN LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO CIVIL DE ESPAÑOLES EN EL EXTRANJERO	73
CONCLUSION	83
INDICE	85

ACABOSE DE IMPRIMIR ESTE DISCURSO DE APERTURA
DEL CURSO ACADÉMICO 1964-65, DE LA UNI-
VERSIDAD DE VALLADOLID, EL 6 DE
OCTUBRE DE 1964, EN LOS TA-
LLERES DE LA EDITORIAL
"SEVER-CUESTA", DE
VALLADOLID

