



NULIDAD DE MATRIMONIO CIVIL POR CONFESION CATOLICA DE UNO DE LOS CONTRAYENTES

(COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 21 DE OCTUBRE DE 1959)

ANTECEDENTES

Por escrito fecha 8 septiembre 1952, la actora, doña Ana E. R., dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de Madrid, demanda del juicio ordinario declarativo de mayor cuantía sobre nulidad de matrimonio, contra su esposo don Ceza L. D.

La parte actora solicita la nulidad del matrimonio civil contraído con el demandado, por su condición de católica.

La parte demandada se opuso alegando que la actora en el momento del matrimonio no era católica, pues pertenecía a la doctrina Evangelista.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia declarando: 1. La nulidad absoluta del matrimonio civil contraído por la actora con el demandado en el día 26 de julio de 1946, ante el Juez Municipal número 6 del Distrito del Hospicio de Madrid, mandando anular la inscripción del referido matrimonio obrante en el Registro Civil del expresado Distrito y todas aquellas inscripciones o anotaciones que hubiera del expresado matrimonio en Registros públicos. 2. La buena fe de ambos contrayentes, los demandante y demandado. 3. Plena efectividad civil del matrimonio contraído por la buena fe y por consecuencia la absoluta legitimidad de los dos hijos del matrimonio, Margarita y Oscar L. E., habidos durante aquél. 4. Que sea puesto al cuidado de la actora la hija Margarita y al cuidado del padre el hijo Oscar, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas del juicio. Apelada la sentencia la Audiencia Territorial desestimó la demanda deducida absolviendo al marido, sin hacer especial mención de costas.

Se interpuso recurso de casación por infracción de Ley, por los motivos que se reflejan en los considerandos que se transcriben.

SENTENCIA

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el magistrado D. Antonio de Vicente Tutor, da lugar al recurso interpuesto en base a las siguientes consideraciones:

I. Que el primer motivo del recurso, por el cauce del número séptimo del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se basa en error de hecho en la apreciación de la prueba resultante de documento auténtico, señalando el recurrente como tal la certificación aportada a los autos en diligencias para mejor proveer acordadas por el Juez de Instancia y expedida por el Rector de la Iglesia Española Reformada, acreditativa de que la recu-



rente no figuraba inscrita en los libros registros de tal Iglesia durante el período de 1946 a 1953; y teniendo en cuenta que dicho documento no puede reputarse como auténtico a efectos de casación, sobre todo si se observa que está en abierta contradicción con el expedido el 8 de julio de 1946 por el entonces Rector de la misma Iglesia que certifica que la propia recurrente profesaba entonces la religión cristiana evangélica, aseveración que no puede ser desvirtuada por la declaración del mismo certificante de no ser cierta, sin otra prueba o dato justificativo de tan radical cambio de postura, que tan poco dice en pro de su seriedad; parece clara la procedencia de desestimar el motivo estudiado; pero aún cuando así no fuera siempre resultaría que la certificación aducida como auténtica sólo acreditaría la falta de inscripción en los libros registros, pero no que la señora E. dejara de estar afiliada a la religión de referencia, que sería lo único interesante a los efectos solicitados; y sin olvidar que la Sala sentenciadora en uso de sus prerrogativas deduce la apreciación de las pruebas practicadas del resultado conjunto de todas ellas y no únicamente de las certificaciones en cuestión.

II. Que del estudio de lo actuado se desprende que se ha acreditado documentalmente que la recurrente doña Ana E. R. recibió el sacramento del bautismo, por lo que, conforme al canon 87 del Código Canónico ingresó en la Iglesia Católica formando como persona en la misma y como quiera que dicho sacramento imprime carácter —canon 732— su cualidad de católica le acompaña toda la vida, perdiéndola únicamente o bien por ser arrojada de la Iglesia Católica por excomunión o de abandono voluntario mediante la apostasía formalmente acreditada; y habida cuenta que si bien concurren en dicha recurrente diversas circunstancias que pudieran suponerle incurso en la sanción que señala el canon 2319 y como más genuina la de presentar a su hijo varón a ministros acatólicos para su ingreso en la religión de éstos y en ella ser educado y también ha manifestado públicamente y en documentos y actos oficiales su separación del catolicismo y su ingreso en otra religión, lo cierto y positivo es que no consta que, por las autoridades competentes de la Iglesia católica se haya hecho declaración sobre ninguno de los dos extremos referidos y habrá de considerarse a la recurrente como católica al carecer esta jurisdicción de competencia para determinar la realidad y efectividad de causa suficiente para estimarla fuera de la comunidad de la Iglesia por alguno de los motivos enunciados.

III. Que sentada la anterior doctrina no puede ofrecer la menor duda que tanto conforme al canon 1099, como a lo dispuesto en el artículo 42 del Código Civil en su redacción anterior dada la fecha del matrimonio y Orden de 10 de marzo de 1941, la señora E. venía obligada a celebrar su matrimonio de forma canónica; y como quiera que no lo hizo y, por el contrario lo celebró en forma civil y éste se practicó con todos los requisitos extrínsecos puesto que figuró documentalmente que estaba afiliada a otro credo; es obligado determinar las consecuencias jurídicas de tal ficción, en orden a los efectos producidos por el matrimonio de los litigantes en pugna tanto con los preceptos canónicos como con los civiles enunciados.

IV. Que es principio de derecho que los actos jurídicos como el matrimonio revestido de todas las circunstancias extrínsecas o formales, sólo son susceptibles de anulación en los casos que la Ley lo determine expresamente, sin que quepa en modo alguno su ampliación analógica, ni por similitud con disposiciones, dictadas para relaciones jurídicas diferentes; y teniendo en cuenta que además de estar implícitamente comprendido según la doctrina en el número cuarto del artículo 101 de la Ley sustantiva civil, está integrado en forma inequívoca en el art. 42, sustancial en la materia, que entraña la definición y esencia de la institución; parece evidentemente que conforme al artículo cuarto del mismo Código el matrimonio celebrado por los litigantes es nulo con nulidad radical, como realizado contra la dispuesto en la Ley, por lo que la sentencia impugnada al declarar su validez ha interpretado erróneamente los preceptos referidos, con violación del últimamente citado y debe prosperar el segundo motivo del recurso que, por la



vía del número primero del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se articula basado en dichas infracciones; máxime si se tiene en cuenta la nueva redacción dada al citado artículo 42 por la Ley de 24 de abril de 1958, más taxativa en la obligación que impone a los católicos de contraer matrimonio canónico que la anterior y que aún cuando no sea de aplicación al caso cuestionado por su fecha persiste y refuerza una orientación que no cabe desconocer.

V. A mayor abundamiento, que confirma la anterior doctrina el hecho de que para que pudiera celebrarse el matrimonio civil de los litigantes fue preciso que la recurrente ocultara su condición de bautizada en la Iglesia católica, fingiendo por una certificación que después declaró falsa su propio firmante, que militaba en otra Iglesia; ya que en otro caso el matrimonio no se hubiera podido realizar conforme a lo dispuesto en citada Orden de 1941, llegando en el supuesto de no haber obtenido la referida certificación, a tener que presentar declaración jurada de no estar bautizada, a cuya exactitud estaba ligada la validez y efectos civiles del matrimonio y como hubiera resultado falsa la declaración también habría sido nulo el matrimonio; por todo lo que y cualquiera que sea el concepto que merezca a la Sala la actuación de la recurrente y los móviles que la llevaron tanto a la celebración del matrimonio civil como ahora para pedir su nulidad, procede declarar haber lugar al recurso, casando y anulando la resolución recurrida, sin hacer especial declaración sobre las costas del recurso*.

COMENTARIO

I. INTERÉS DE LA SENTENCIA.

Con la presente sentencia, nuestro Tribunal Supremo aplica por vez primera la Orden de 10 de marzo de 1941, declarando nulo un matrimonio civil a causa de la condición católica de uno de los contrayentes.

Los únicos casos relacionados con el presente que la jurisprudencia había afrontado hasta ahora son los siguientes: los matrimonios civiles contraídos por españoles ante funcionarios extranjeros, cuya nulidad declaró el T. S. al amparo del art. 101, núm. 4.º, del C. c. (sentencias de 1-V-1919 y 25-IV-1929), y los matrimonios celebrados durante la época republicana o durante la guerra en la llamada «zona roja» (sentencias de 13-VI-1947, 25-I-1956, 26-I-1956 y 7-III-1956), en las que el

* En la segunda sentencia declara el Tribunal Supremo:

I. Que por los propios fundamentos de la sentencia de esta misma fecha dictada en el recurso de casación y los que sirven de fundamento a la que en primera instancia pronunció el Juzgado número cinco de los de Madrid con fecha 13 de octubre de 1953, que expresamente se aceptan; procede confirmar el fallo que contiene, sin hacer especial declaración sobre costas de ninguna de las instancias.

II. Que por lo expuesto en los fundamentos de la sentencia de casación, se desprende claramente la mala fe con que procedió la recurrente al contraer matrimonio civil aportando un documento de contenido falso; y como quiera que el marido no pudo desconocer tales hechos debe concluirse que ambos contrayentes obraron de mala fe y que ésta se compensa a efectos ulteriores.



T. S. con criterio uniforme desestimó —correctamente, en mi opinión— el recurso de nulidad.

El caso presente se distingue claramente de los anteriores. Para resolverlo se requería, no precisamente cambiar la orientación hasta ahora mantenida, puesto que se trata de una legislación diferente, sino elaborar una nueva doctrina. La cuestión de la validez o nulidad del vínculo depende del contenido y alcance que se dé al concepto de acatolicidad en la Orden de 1941, aplicable al caso. En este punto nuestro primer órgano jurisdiccional contaba como base para la motivación de su primera sentencia sobre el tema con los resultados, nada despreciables, a que había llegado la doctrina científica. Sin embargo, se ha apartado de ellos y, en cambio, ha formulado una doctrina general sobre el concepto de acatolicidad, contemplando supuestos innecesarios para el fallo, de evidente inexactitud. Esta nueva doctrina puede conducir por una vía errónea la futura interpretación, no sólo de la Orden de 1941, sino también de la legislación actualmente en vigor.

II. LA ACATOLICIDAD DE LOS CONTRAYENTES COMO ELEMENTO DE VALIDEZ DEL MATRIMONIO CIVIL

El art. 42 del C. c. impone a los que profesan la religión católica la obligación de observar en su matrimonio la forma canónica de celebración. La sentencia da por supuesta esta exigencia al referirse a «la nueva redacción dada al citado art. 42 por la ley de 24 de abril de 1958, más taxativa en la obligación que impone a los católicos de contraer matrimonio canónico que la anterior». Sin duda no se ha detenido sobre este punto, por ser claro y pacíficamente admitido que tal deber, en el texto reformado —aplicable al caso— no constituye una mera «recomendación de orden moral», como en alguna ocasión se dijo tergiversando el sentido de la norma¹, sino una obligación jurídicamente coactiva².

Esta obligación lleva lógicamente a considerar la acatolicidad de

1. Real Orden de 27 de agosto de 1906, dictada por el Conde de Romanones, a la sazón Ministro de Gracia y Justicia. Ante reclamaciones del Nuncio Apostólico en España, el Conde de Romanones trata de justificar la disposición ante el Congreso. Cfr. *Antología de las Cortes de 1903 a 1907, arreglada por Rafael Mesa de la Peña, según encargo del Excmo. Sr. Presidente del Congreso de los Diputados*, Madrid, 1912. págs. 961-962. Vid., en contra, el discurso del Marqués de Vadillo (*Antología cit.*, pág. 950), que califica la disposición como «un abuso de poder en el Ministerio de Gracia y Justicia». La Real Orden de 28 de febrero de 1907 deroga la de 1906, estimando que «excede del límite de las facultades ministeriales, por cuanto la aplicación e interpretación de los preceptos del Código en la materia están reservados a los Tribunales de Justicia, y su modificación o aclaración a las Cortes con el Rey».

2. Así lo reconoce Romero Girón, Presidente de la Comisión defensora del Proyecto de Código civil en el Senado: «Punto fundamental de la base 3.^a [de la ley de 11 de mayo de 1888]: el reconocimiento por concordia de dos formas de matrimonio en España, a saber: el canónico y el civil; el canónico que, según el párrafo



los contrayentes como presupuesto de celebración y límite de validez del matrimonio civil³. Si bien el Código no contenía —en su redacción anterior a la reforma de 1958— declaración específica en este sentido, se fijó esa doble exigencia por vía administrativa, aunque con desarrollo insuficiente y muchas imperfecciones técnicas⁴.

En la evolución de la exégesis gubernativa del art. 42, desde la promulgación del Código hasta la reciente reforma, la Orden de 10 de marzo de 1941 marca el momento de mayor aproximación de nuestro sistema matrimonial a la disciplina de la Iglesia. Dada por el Ministerio de Justicia, previa deliberación del Consejo de Ministros, alude en su Preámbulo a las dificultades que provocó la redacción defectuosa del art. 42 del Código, aumentadas por la diversidad de disposiciones administrativas, «tantas veces contradictorias en su propia esencia», que vinieron después a interpretarlo. Dice la Orden en su parte dispositiva:

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

principal de la base 3.ª, deberán contraer todos los españoles que profesen la religión católica, y el civil que, excusado es decirlo, podrán contraerlo aquellos que, siendo españoles, no profesen la religión católica. Me parece que la cosa es bien clara. Yo no creo que la altero desde el momento en que reconozco toda, toda la eficacia gramatical y jurídicamente, hablando en términos jurídicos, de la palabra *deber*. Yo no puedo sin violentar mi razón, yo no puedo sin violentar mi inteligencia y sin violentar á la vez mi conciencia (que conciencia también se necesita para interpretar las leyes jurídicamente), hacer decir á la base lo contrario de lo que creo que dice, cuando dice deberán contraer matrimonio. Entiendo yo que en esta frase hay ya un contenido de coacción, en la forma y en el modo que puede determinarse una coacción civil; porque si al Código civil trajésemos pura y simplemente la consagración de meros preceptos morales, para la consagración de meros preceptos morales no hay más sanción que la de la propia conciencia y la última sanción, la sanción de Dios». *El Código civil. Discusión parlamentaria en la legislatura de 1888 a 1889*. Madrid, 1889, pág. 70. Vid. también págs. 73 y 273. Estos pasajes parlamentarios no se citan por los primeros comentaristas del Código. De otro modo, difícilmente puede explicarse la interpretación del art. 42 en el sentido de considerar facultativo el sistema codificado. En la doctrina más reciente, con referencia al texto derogado del art. 42, se acoge sin controversia lo afirmado en el texto.

3. Para configurar el matrimonio civil como subsidiario del canónico no basta con prohibir su celebración a los obligados a observar la forma canónica, sino que es necesario además establecer una sanción de nulidad para los casos en que se burle la prohibición. De otro modo, se llegaría —en tales casos— a un resultado típico del sistema electivo. Esta construcción se acepta generalmente en la doctrina. Vid., por ej., el discurso del Conde de Romanones en el Congreso, *Antología*, cit., págs. 961-962.

4. Sobre este punto vid. FUENMAYOR, A., *El sistema matrimonial español*, Madrid, 1959, págs. 15 ss.



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

A tres puntos de esta disposición se ha referido la sentencia comentada: 1) la noción de acatolicidad; 2) la prueba de acatolicidad como presupuesto de celebración; 3) la condición de acatolicidad como elemento de validez.

1) *La noción de acatolicidad.*

Para referirse a la condición confesional de los sujetos no obligados a observar la forma canónica según el art. 42 del C. c., emplea la Orden de 1941 tres expresiones que aisladamente tienen significado gramatical y jurídico muy diverso, pero que en el contexto de la disposición se usan como sinónimas: «no pertenecer a la religión católica», «acatolicidad», «no haber sido bautizados».

Al señalar como supletoria de la prueba de *acatolicidad* la declaración jurada de *no haber sido bautizados*, sin distinguir entre bautismo dentro de la Iglesia católica y fuera de ella, se implica a los bautizados acatólicos en la obligación de observar la forma canónica de celebración, de la que expresamente les exime el Derecho de la Iglesia (c. 1099, § 2). La Orden, en su tenor literal, va más allá de los términos de la propia norma canónica⁵, pero es claro su propósito de interpretar nuestro Derecho en sentido plenamente acorde con el canon 1099 del C. i. c.⁶. La Dirección de los Registros, en su resolución de 28 de junio de 1951, aclaró que la alusión a la declaración jurada de no haber sido bautizados «se refiere indudablemente, aunque no lo dice, a no ser bautizados en la Iglesia católica»⁷, lo que sin inconveniente puede admitirse siempre que de este concepto se excluya a los convertidos de la herejía o del cisma, ya que de otro modo quedarían fuera del alcance de la norma de vinculación los convertidos que posteriormente se hubieren apartado de la fe (cfr. canon 1099, § 1, 2.º)⁸.

5. GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, M., *La institución matrimonial según el Derecho de la Iglesia católica*, Madrid, 1947, págs. 104-105; GARCÍA BARBERENA, T., *Matrimonios mixtos*, «Anuario de Derecho civil», VII (1954), pág. 14; DEL AMO, L., *Los matrimonios civiles durante la República*, Madrid, 1954, pág. 83; FERNÁNDEZ RUIZ, D., *Los matrimonios mixtos en la legislación civil española*, «Ecclesia», XVII (1957-I), pág. 185.

6. Estima LEITE, A., *Competência da Igreja e do Estado sobre o Matrimonio*, Porto, 1946, pág. 152, nota 72, que de la expresión «declaración jurada de no haber sido bautizados» parece deducirse que el matrimonio civil sólo está permitido a los infieles, pero señala el contraste que esto supondría en el canon 1099, § 2, y entiende en definitiva que la Orden se refiere con tal expresión a las personas no obligadas a la forma canónica.

7. En igual sentido PORTERO SÁNCHEZ, L., *La Orden de 10 de marzo de 1941 y la obligatoriedad civil del matrimonio canónico para los católicos*, «Revista española de Derecho Canónico», XV (1960), pág. 143.

8. Con esta inteligencia de la Orden, que considero conforme al propósito de su autor, se supera la dificultad señalada por GARCÍA BARRIUSO, P., *Matrimonio de españoles dentro y fuera de España*, Tánger 1958, págs. 25-26, y DEL AMO, *Los matrimonios civiles durante la República*, cit., págs. 86-87.

Salvando estos defectos de expresión, la doctrina científica, excepto alguna opinión aislada, consideró el concepto de acatolicidad de la Orden de 1941 en todo coincidente con el criterio canónico⁹.

La sentencia liga al hecho del bautismo, invocando oportunamente a este respecto el canon 87 del C. i. c., el ingreso en la Iglesia católica «formando como persona en la misma». Luego añade: «como quiera que dicho sacramento imprime carácter —canon 732—, su cualidad de católica la acompaña toda la vida, *perdiéndola únicamente o bien por ser arrojada de la Iglesia católica por excomunión, o de abandono voluntario mediante la apostasía formalmente acreditada*».

Si bien esta doctrina es inoperante en el caso enjuiciado por estimar que no se ha producido ninguno de los hechos —excomunión¹⁰, declaración formal de la apostasía— causativos —según el Tribunal de Casación— de una liberación del régimen canónico de forma, cabe el temor de que se aplique en el futuro a los matrimonios celebrados bajo la vigencia de la Orden de 1941 cuando se aprecie la concurrencia de alguno de los hechos referidos. Ante esta posibilidad es oportuno denunciar el doble equívoco que pudiera provocar la doctrina sentada por el Supremo: 1.º suponer que en el Derecho de la Iglesia la apostasía o la excomunión comporta exención del régimen de forma¹¹; 2.º entender —aún en la hipótesis de una correcta inteligencia del Derecho eclesiástico— que la Orden de 1941 se aparta del concepto de acatolicidad del canon 1099 del C. i. c.¹².

Existe, por otra parte, el riesgo de que el primer equívoco se inserte en la exégesis del Derecho vigente que, por imperativos de tolerancia¹³, ha venido a apoyar la noción de acatolicidad en una actitud

9. FERNÁNDEZ VIVANCOS, G., *Algunos de los problemas que plantea el doble matrimonio*, «Boletín informativo del Ministerio de Justicia», V (1951), núm. 166 (5 de agosto de 1951), pág. 4; PERÉ RALY, J., *Concepto de acatolicidad a efectos de la celebración del matrimonio civil*, «Boletín informativo del Ministerio de Justicia», VII (1953), núm. 233 (15 de junio de 1953), págs. 3-5; GARCÍA CANTERO, G., *Matrimonio civil de acatólicos*, «Anuario de Derecho civil», VII (1954), pág. 141; MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, J., *La exigencia del matrimonio canónico en nuestra legislación civil*, «Anuario de Derecho civil», VII (1954), págs. 154-155, 159 y 161; CASTILLO SANTOS, S., *Los acatólicos y la forma canónica del matrimonio*, «Razón y fe», CL (1954-II), pág. 21; MONTERO Y GUTIÉRREZ, E., *El Concordato y la legislación matrimonial*, en el volumen «El Concordato de 1953», Madrid 1956, pág. 300; AGÚNDEZ, A., *Contribución al estudio de los matrimonios civiles de católicos*, «Revista general de Derecho», XII (1956), pág. 672; SANCHO REBULLIDA, F. de A., *El art. 42 del Código civil y el Decreto de 26 de octubre de 1956*, «Pretor», VI (1957), págs. 88-89.

10. Al parecer, la recurrente, incurrió en excomunión, si no conforme al c. 2314, § 1, 1.º, conforme al 2319, § 1, 1.º.

11. Así, LÓPEZ ALARCÓN, M., *La demostración de acatolicidad en los matrimonios civiles*, «Boletín informativo del Ministerio de Justicia», VII (1953), núm. 230 (15 de mayo de 1953), pág. 4.

12. Así, resolución de la Dirección de los Registros de 17 de diciembre de 1954; resolución de la Sala 3.ª de la Audiencia Territorial de Madrid notificada el 6 de junio de 1955. Cfr. SANCHO REBULLIDA, F. de A., *El artículo 42 del Código Civil y el Decreto de 26 de octubre de 1956*, «Pretor», VI (1957), págs. 5 y 6.

13. Cfr. FUENMAYOR, *El sistema*, cit., esp. págs. 143-147; PÉREZ MIER, L., *Matrimonio canónico y matrimonio civil según el Concordato*, «Revista española de Derecho Ca-

subjetiva, de apartamiento de la fe, difícil de ponderar. La ley de 24 de abril de 1958 y disposiciones concordantes (arts. 42 y 86 del C. c., y 243 a 250 del Reglamento del Registro civil), desviándose del criterio objetivista eclesiástico de acatolicidad, permite el matrimonio civil de súbditos de la Iglesia obligados a observar la forma canónica cuando hayan incurrido en «apostasía material y formalmente evidente»¹⁴. El sentido claro de esta norma, que en todo caso debe ser objeto de interpretación restrictiva según la orientación marcada por la Orden Circular de 2 de abril de 1957¹⁵, de ningún modo permite considerar la excomunión como manifestación inequívoca de acatolicidad, que es lo que sin ambages se afirma en la sentencia para una legalidad más rigurosa —menos propia a una tal exégesis— que la vigente.

Con toda probabilidad ha influido en la sentencia comentada, la de la Sala 1.^a de la Audiencia Territorial de Madrid de 2 de mayo de 1959, que vierte en el concepto de acatolicidad, a efectos de autorización del matrimonio civil, la separación de la Iglesia por excomunión¹⁶.

nónico». XIV (1959), págs. 187 ss., 193; MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, J., *Otros tres años de vigencia del Concordato de 1953*, «Revista española de Derecho Canónico», XV (1960), págs. 274-275.

14. En cuanto la apostasía implica una actitud voluntaria, existe el riesgo de que el matrimonio civil se convierta en facultativo. A evitar este riesgo se dirige la Orden Circular de 2 de abril de 1957. El conjunto de reglas que en esta disposición se ofrecen al funcionario autorizante para valorar la apostasía en cada caso, se inspira en el principio de que el acto de voluntad se especifica por el objeto querido, afirmándose la posibilidad de autorizar el matrimonio civil cuando la apostasía aparece como situación previa e independiente de la pretensión de celebrarlo. No se debe confundir la libertad implícita en la situación de apostasía con la libertad de ejercicio del *ius connubii* en forma canónica o civil. Esta se reconoce en el sistema de libre elección, y se rechaza en el sistema de matrimonio civil subsidiario. Cuando nuestro legislador configura la apostasía como presupuesto de legitimación del matrimonio civil contempla un acto de voluntad que se agota en el fenómeno de apartamiento de la fe. La duda fundada de que la actitud apóstata es provocada por la intención final de celebrar el matrimonio civil, excluye moralmente la posibilidad de autorizar el acto. Por ello la Orden Circular advierte: «Es cierto que se puede apostatar en un momento determinado; pero el carácter imperativo del art. 42 del Código civil, que impone el matrimonio canónico a los que profesen la Religión católica, exige que se desconfie de las apostasías que tienen lugar al tiempo que se pretende contraer matrimonio civil, pues bien pudieran ser motivadas, más que por un cambio de la fe, por el deseo de eludir la disciplina canónica del matrimonio».

15. «El supuesto de apostasía es excepcional y, por tanto, debe ser objeto, siempre, de interpretación y aplicación restrictiva» (I, pár. último).

16. Publicada en «Revista general de Derecho», XV (1959), págs. 434-454: se afirma en el primer considerando que «estando bautizados ambos demandantes, los que pretenden obtener sentencia favorable en el orden civil que les autorice a contraer matrimonio civil, no existen preceptos hábiles, en la actual legislación española, que autorice a acceder a sus pretensiones *interin la Iglesia católica no les excomulgue públicamente y arroje de su seno*, ya que por el hecho de haber recibido el sacramento del bautismo católico pertenecen de derecho y de hecho a la religión católica apostólica y romana, sin que una desviación temporal de ella, meramente subjetiva y unilateral, pueda autorizarles a prescindir de la vinculación que con ella tienen; ...entiende este tribunal que, en el caso presente, siendo los demandantes súbditos y miembros de la Iglesia católica por su carácter de bautizados,



En ambas sentencias se enfoca la cuestión de acatolicidad desde el ángulo del Derecho canónico, a mi entender, indebidamente, porque la acatolicidad ha de valorarse —ya que se trata de autorizar el matrimonio civil— conforme a la ley española¹⁷, e inexactamente, porque en la ley eclesiástica —en cuya perspectiva una y otra sentencia se sitúan— la acatolicidad no puede inferirse ni de la apostasía ni de la excomunión¹⁸.

Es claro que en el Derecho de la Iglesia la condición de católico no se pierde —al menos, en lo que concierne a la sujeción a la forma canónica— por la apostasía. El Codex expresamente incluye entre los obligados a la forma canónica a los católicos apóstatas, a los católicos que *a fide defecerunt*, aunque para mayor exactitud convendría hablar de apóstatas *a fide catholica* con el fin de marcar la diferencia que existe entre esta acepción del c. 1099 y el concepto de apóstatas definido en el c. 1325, § 2.

Como la terminología en esta materia es muy insegura, conviene precisar la noción de apostasía de la fe católica, en relación con los varios supuestos posibles de acatolicidad.

En la clasificación de los sujetos afectados directa o indirectamente por la disciplina del c. 1099 se distinguen, junto a los católicos —bautizados en la Iglesia católica o convertidos a ella de la herejía o el cisma¹⁹—, dos clases de acatólicos: los no bautizados o infieles, y los

mientras por la misma Iglesia no se les declara acatólicos, carece de potestad civil jurisdiccional para emitir la declaración judicial que se le pide de que se les autorice el matrimonio civil». En el considerando segundo se afirma que «éste es el sentido de la Orden de 10 de marzo de 1941 y de la doctrina de la Dirección General de los Registros en sus resoluciones de 8 de marzo, 17 abril y 5 de mayo de 1950, 28 de junio de 1951 y 7 de julio de 1952, y del artículo 42 del Código Civil, reformado por la Ley de 24 de abril de 1958, y del artículo 244 del Nuevo Reglamento del Registro Civil, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958, todas cuyas disposiciones reiteran la doctrina sostenida en el considerando anterior en virtud del carácter de confesional católico que reviste nuestro Derecho matrimonial para los que han sido bautizados como católicos, sacramento que imprime carácter y huella de hijos de la Iglesia católica y que únicamente ésta puede borrar por medio de un acto contrario, como es la declaración solemne de acatolicidad».

17. Sobre este punto he tratado en mi artículo *Matrimonio de españoles celebrado en el extranjero en la forma de la «Lex loci»*, «Anuario de Derecho civil», XIII (1960), págs. 920-931.

18. Hay que tener en cuenta que según el n. 4 del Decreto de la S. C. del S. Oficio de 1 de julio de 1949 «qui communistarum doctrinam materialisticam et antichristianam profitentur, et in primis qui eam defendunt vel propagant, ipso facto, tamquam apostatae a fide catholicae, incurrunt in excommunicationem speciali modo Sedi Apostolicae reservatam» (A. A. S., XLI, pág. 334). Sin embargo, a tenor de la «Declaratio» de la misma S. Congregación de 11 de Agosto de 1949, los que se encuentran en este supuesto pueden y deben contraer matrimonio canónico, observándose lo dispuesto en los cánones 1061, 1102 y 1109 § 3 (Ibid., págs. 427-428).

19. El c. 1099, § 2, llama «acatólicos» a los no obligados a observar la forma canónica. A los vinculados (c. 1099, § 1: bautizados en la Iglesia católica o convertidos a ella de la herejía o el cisma, aunque tanto éstos como aquellos la hayan después abandonado) se les puede designar concisamente «católicos», aunque el c. 1099 no utilice esta expresión y se aconseje a veces no hacer uso de ella (VLAMING, TH. M.-BENDER, L., *Praelectiones iuris matrimonii ad normam codicis iuris canonici*, 4.^a ed.,



bautizados fuera de la Iglesia católica. Desde este punto de vista, los apóstatas *a fide catholica* son católicos (por contraste con el significado del término acatólico en el c. 1099).

En una clasificación menos amplia, integrada sólo por súbditos de la Iglesia, se distinguen, junto a los católicos, los acatólicos «natos», nacidos y educados en la herejía o el cisma, y los acatólicos «vitandos», separados de la fe católica por un acto de herejía, cisma o apostasía en sentido estricto (c. 1325, § 2)²⁰. En el marco de esta distinción los apóstatas de la fe católica, cualquiera que sea el grado y la forma de apartamiento de la fe²¹, han de incluirse en el grupo de los acatólicos «vitandos».

Claramente se advierte el diferente significado del término «acatólico» en una y otra clasificación.

En la primera, la acatolicidad supone una exención de la disciplina sobre la forma de celebración del matrimonio. En la segunda, la acatolicidad se refiere a un acto delictivo que comporta la excomunión «ipso facto» (c. 2314, § 1, 1.º)²².

Utilizado el término «acatolicidad» sin la debida precisión, resulta equívoco. A causa de una confusión de los dos puntos de vista referidos²³, ha llegado nuestro Tribunal Supremo a identificar la noción genérica de acatolicidad con una de sus acepciones específicas: apostasía.

En cuanto a la excomunión, es obvio que en el ordenamiento jurídico de la Iglesia no exime de la obligación de observar la forma canónica. Así resulta del simple cotejo de los cc. 1099, § 1, y 2314, § 1,

Bussum in Holanda, pág. 434). No hay peligro de equivocidad al emplear este término si se toma la cautela de precisarlo, ni es incorrecto su uso. El Decreto *Ne temere*, inmediato precedente del Codex en este punto, empleaba la expresión «católicos» para aludir precisamente a las personas a que hoy se refiere el c. 1099, § 1, número 1.

20. Cfr. GISMONDI, P., *Gli acattolici nel diritto della Chiesa*, «Ephemerides iuris canonici», IV (1948), pág. 68.

21. El concepto genérico de apostasía de la fe católica, que el Codex emplea en algunos pasajes —c. 1099, § 1, 1.º; c. 1065, § 1—, comprende las varias formas de separación definidas en el c. 1325, § 2. Así se afirma que en la fórmula del c. 1065, § 1 —«qui notorie ...catholicam fidem abiecerunt»— entran tanto los herejes como los apóstatas (GISMONDI, P., *Apostasia*, «Enciclopedia del diritto», II, Milano 1958, pág. 626). También los cismáticos son apóstatas en un sentido amplio. Cfr. BOUCHÉ, J., *Apostasie*, «Dictionnaire de droit canonique», I, París 1935, col. 642.

22. La acatolicidad como delito supone la previa confesión de la fe católica, por el bautismo en la misma Iglesia católica o la conversión a ella desde la herejía o el cisma. Así se infiere del c. 2314, que tras sancionar con la excomunión a los apóstatas, herejes y cismáticos (§ 1), los declara por añadidura infames si dan su nombre a *sectas acatólicas* (§ 2). Sobre la posibilidad de que la apostasía se produzca desde el terreno de la herejía material o del cisma material en que se hallan los acatólicos «natos», cfr., en sentido negativo, BOUCHÉ, *Apostasie*, cit., cols. 642-643.

23. LÓPEZ ALARCÓN, M., *La demostración de acatolicidad en los matrimonios civiles*, «Boletín informativo del Ministerio de Justicia», VII (1953), núm. 230, págs. 3 ss.; LUNA, A. M., *La prueba del hecho negativo de la acatolicidad en el matrimonio civil*, «Pretor», I (1952), pág. 31; FERNÁNDEZ RUIZ, D., *Los matrimonios mixtos en la legislación civil española*, «Ecclesia», XVII (1957-I), pág. 185.



1.º El Tribunal Supremo al considerar la excomunión como signo inequívoco de acatolicidad, confunde el vínculo jurídico del *súbdito* con el Derecho de la Iglesia y el vínculo teológico de pertenencia del *miembro* a la comunidad de fieles²⁴. Por la excomunión puede perderse la condición de miembro, pero no la condición de súbdito de la Iglesia, o, en otro aspecto, la de persona «in Ecclesia Christi» (c. 87)²⁵. Los súbditos, tanto católicos como acatólicos, están sujetos a las leyes eclesiásticas²⁶ y esta vinculación subsiste aunque apostaten y sean excomulgados, lo que se justifica en razón de que *ex sua defectione non debent reportare commodum exemptionis a legibus ecclesiasticis*²⁷.

Por lo demás, es claro que la excomunión no es por sí sola exponente claro de una situación de acatolicidad²⁸. En este concepto nuestro Derecho vigente incluye (aparte de los infieles y de los bautizados fuera de la Iglesia y nunca a ella convertidos) a los católicos en situación de apostasía «material y formalmente evidente»²⁹. La prueba de esta situación sólo podrá apoyarse en la excomunión cuando ésta sancione precisamente un acto de herejía, apostasía o cisma. En los demás casos, de la excomunión no podrá inferirse la condición de acatolicidad.

2) La prueba de acatolicidad como presupuesto de celebración del matrimonio

La prueba de acatolicidad como exigencia previa a la celebración del matrimonio civil se justifica en razón de la norma de vinculación de los católicos a la forma canónica de celebración. La confesión católica y, con ella, la obligación de observar la forma canónica, constituye en nuestro sistema la regla general: por esto se presume. La acatolicidad, a la que el referido precepto no alcanza, constituye la excepción: por esto ha de probarse.

24. Cfr. MICHIELS, G., *Principia generalia de personis in Ecclesia*, Parisiis-Tornaci-Romae 1955, pág. 22, nota 1. En general, sobre la diferencia entre súbditos y miembros, vid. BENDER, L., *Persona in Ecclesia-Membrum Ecclesiae*, «Apollinaris», XXXII (1959), págs. 105-119, esp. 115-116.

25. Sobre la diferencia entre persona «in Ecclesia Christi» y persona «in iure canonico», vid. LOMBARDÍA, P., *Derecho divino y persona física en el ordenamiento canónico*, «Temis», ed. por la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, núm. 7 (1960), págs. 187-203.

26. Cfr. MICHIELS, op. cit., pág. 28; GISMONDI, *Apostasia*, cit., pág. 626; BOUCHÉ, *Apostasie*, cit., col. 649.

27. Cfr. BOUCHÉ, *Apostasie*, cit., col. 649.

28. Sobre la diferencia entre acatólicos en el sentido del c. 1325, § 2 y excomulgados, vid. GISMONDI, P., *Acattolici*, «Enciclopedia del diritto», I, Milano 1958, págs. 194-195.

29. La Orden Circular de 2 de abril de 1957 precisa que «la forma civil del matrimonio sólo será aplicable en el caso de que ambos contrayentes *hayan evidentemente apostatado de la fe católica* o si una persona que se halla en tales condiciones intenta contraer con una acatólica, *sin que, por lo tanto, la posibilidad de proceder al acto civil pueda extenderse a otra condición de personas, aunque sean indiferentes u hostiles a la práctica de la Religión*».



Un examen retrospectivo de las cuestiones suscitadas en torno al requisito de la prueba bajo la vigencia de la Orden de 1941, ofrece hoy escaso interés, ya que este requisito —orientado exclusivamente a la celebración del matrimonio— importa sólo de cara al futuro —para los nuevos matrimonios que se celebren—, debiendo por tanto plantearse toda cuestión con él relacionada conforme al régimen actual. Por otra parte, dado que el régimen vigente no guarda paralelismo con el régimen anterior en lo que concierne a la noción de acatolicidad —de la que en definitiva depende el problema de la prueba—, tampoco desde el punto de vista de posibles analogías entre uno y otro vale la pena dedicar atención a las cuestiones referidas³⁰.

Sí interesa, en cambio, dejar claro —y esta consideración vale para el régimen derogado y el vigente—, que la prueba de acatolicidad, no es, como alguna vez se ha pretendido, requisito formal constitutivo, sino mera formalidad, previa a la celebración del matrimonio. En otro lugar he tratado de precisar este punto, haciendo ver que la validez del matrimonio se hace depender, en la Orden de 1941, de la *exactitud* de la prueba o declaración jurada, no de su observancia³¹. La prueba de acatolicidad no afecta, ni positiva ni negativamente, al valor del matrimonio. Ni su observancia es necesaria para la validez del vínculo ni su inobservancia basta para declarar la nulidad. Lo que convendrá tener en cuenta para la aplicación de la Orden de 1941 en los litigios sobre validez de los matrimonios celebrados bajo su vigencia.

3) *La condición de acatolicidad como elemento de validez.*

Desde la promulgación del Código hasta fecha reciente, nuestra doctrina científica, influida quizá excesivamente por el enfoque dado al art. 42 del C. c. en las disposiciones gubernativas que lo interpretan, centra su atención en el requisito de la declaración de acatolicidad como exigencia previa a la celebración del matrimonio, sin precisar las consecuencias de la inobservancia o falsedad de la declaración.

Esta visión incompleta venía en cierto modo determinada por la propia ambigüedad e insuficiencia de la regulación del Código, que no imponía expresamente la formalidad de la declaración ni configuraba la condición de acatolicidad como elemento de validez del matrimonio, si bien esta doble exigencia se desprendía claramente de la interpretación de los preceptos del Código en relación con los precedentes del sistema codificado, la negociación oficiosa con la Santa Sede sobre la base 3.ª de la ley de 11 de mayo de 1888, y el debate parlamentario de la legislatura de 1888-89.

En la Orden de 1941 se precisa por vez primera el significado de la condición de acatolicidad como elemento de capacidad del matri-

30. Sobre el tema vid. FUENMAYOR, *El sistema*, cit., págs. 29-31.

31. Cfr. *Matrimonio de españoles*, cit., págs. 914-916.

32. Cfr. FERNÁNDEZ VIAGAS, P., *Los matrimonios de españoles en el extranjero*, «Revista general de Derechos», XI (1955), pág. 105; GARCÍA BARRIUSO, P., *Matrimonio civil de españoles dentro y fuera de España*, Tánger, 1958, pág. 72. Después de la

monio civil³², al hacer depender de la *exactitud* de la prueba o declaración jurada la validez del vínculo³³. Con referencia al matrimonio contraído por españoles en país extranjero en la forma de la *lex loci*, bajo la vigencia del régimen anterior a la reforma de 1956-58, se llegó a declarar la nulidad del vínculo en fuerza de la inspiración confesional de nuestro sistema, a base de configurar la prueba de acatolicidad como requisito formal constitutivo³⁴, o de convertir en exclusiva la competencia que en orden a la autorización del matrimonio civil reconoce a nuestros funcionarios consulares el art. 100 del Código³⁵.

Ambas soluciones, operantes en un reducido campo de actuación —la primera, en supuestos de inobservancia de la prueba de acatolicidad; la segunda, en casos de celebración ante funcionario extranjero—, se mantuvieron a costa de una interpretación forzada de los preceptos aplicables. Ni la Orden de 1941 permite sancionar con la invalidez la falta de prueba, ni los preceptos del Código, que la reforma de 1958 ha dejado intactos, imponen *ad validitatem* la celebración ante funcionario consular español del matrimonio civil de nuestros nacionales acatólicos³⁶.

III. CAUSA, FUNDAMENTO LEGAL Y ALCANCE DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD.

La sentencia plantea y resuelve con acierto, modificando en parte el sentido de la jurisprudencia precedente, dos cuestiones íntimamente relacionadas entre sí: base legal para impugnar el matrimonio civil contraído con infracción del art. 42 del C. c., y grado de ineficacia —nulidad o inexistencia— en que se traduce la invalidez.

reforma de 1958: GARCÍA CANTERO, G., *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid 1959, pág. 97. Vid. también las sentencias de la «Cour d'appel» de Rabat de 13 de julio de 1955 —«Revue juridique et politique de l'Union Française», IX (1955), págs. 843-845, con nota de P. DECROUX— y de la «Cour d'appel» de Bruselas de 14 de diciembre de 1955 —«Revue critique de droit international privé», XLVI (1957), págs. 68-72—.

33. Cfr. LALAGUNA, *Matrimonio de españoles*, cit., págs. 909-912 y 915-916.

34. Parece seguir este enfoque la sentencia del Tribunal de Casablanca de 21 de noviembre de 1953, en «Revista española de Derecho canónico», IX (1954), págs. 931-933.

35. Antes de la reforma del Código por la ley de 24 de abril de 1958, se mantuvo esta opinión por la generalidad de los autores y la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. Cfr. LALAGUNA, *Matrimonio de españoles*, cit., págs. 902-906.

36. Tan arraigada se halla en la doctrina la idea de que el art. 100 del Código establece la competencia exclusiva de nuestros funcionarios consulares en el matrimonio civil de españoles en el extranjero, que cuando la ley del Registro civil y poco más tarde el Reglamento dictado para su ejecución han admitido la relevancia de la forma de la «*lex loci*» en el matrimonio de españoles, se ha pensado por los autores que el régimen registral es una innovación y que con él se hace problemática la subsistencia del régimen codificado. Cfr. GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil*, cit., pág. 220; PORTERO SÁNCHEZ, L., *Matrimonio de españoles en el extranjero y de extranjeros en España*, «Anuario de Derecho civil», XIII (1960), págs. 512-513. A mi entender, no hay oposición entre los preceptos del Código y los de la nueva legislación registral. Cfr. *Matrimonio de españoles*, cit., págs. 931 ss.



Para fundamentar el fallo hubiera bastado seguramente con invocar la Orden de 1941, pero el Tribunal Supremo, sirviéndose de los mismos términos de la sentencia dictada en primera instancia, que expresamente acepta, se sitúa en la perspectiva más amplia del régimen codificado y alega en relación al caso los arts. 101, núm. 4.º, y 4 en conexión con el 42 del C. c. También considera aplicable la Orden de 1941, pero esta disposición se pone en juego para reforzar la doctrina previamente elaborada sobre los preceptos del Código (Cfr. Considerando V), que, a la vez que es fundamento de la declaración de nulidad, proporciona un criterio para resolver la cuestión referente al grado de ineficacia. Por otra parte —y aquí radica el más vivo interés de la sentencia de casación—, al basar la declaración de nulidad en la disciplina del Código, con separación del fundamento que al caso presta la Orden de 1941 (Considerando IV), se abre un camino para la sanción de invalidez en el campo de aplicación del sistema vigente con referencia a futuras infracciones del art. 42.

1) *Presupuesto de la declaración de nulidad.*

La posibilidad de invalidar el matrimonio civil por infracción del art. 42 del Código fue admitida en términos muy genéricos por las R. R. O. O. de 28 de diciembre de 1900, 28 de febrero de 1907 y 28 de julio de 1913. Sin embargo, esa posibilidad, apuntada en la primera de estas disposiciones³⁷, se rechazó explícita o implícitamente por un sector de la doctrina³⁸. La ausencia en el Código de una norma expresa sobre el alcance de la infracción del art. 42 se tomó a veces como un dato revelador del carácter electivo del matrimonio civil en nuestro Derecho. El deber establecido en el art. 42, decía Covián, «como carece de toda sanción, claro que no tiene eficacia»³⁹. De un silencio, que era la propia dificultad de la cuestión, se hacía así fácil argumento para la tesis, no probada por otro camino, de que el precepto del art. 42 carecía de fuerza jurídica.

Cierto que el Código ni establecía ni establece explícitamente la nulidad del matrimonio por infracción del art. 42. Pero cierto también que no elimina la posibilidad de invalidación con una norma expresa,

37. «...los funcionarios del Estado no pueden acceder a las pretensiones de los que solicitan la celebración del matrimonio en la forma meramente civil que ordena el código sin que los futuros contrayentes aseguren bajo su palabra que no profesan aquella Religión, y que por este motivo no vienen tampoco obligados a observar la forma canónica, a fin de evitar la responsabilidad que en caso contrario pudiera exigírseles autorizando actos de tanta trascendencia que adoleciesen del vicio de nulidad, con estricta sujeción al art. 4.º del C. c.» (Considerando III).

38. Tal posibilidad fue admitida por la doctrina extranjera. Cfr. AUDINET, E., *Le droit international privé dans le nouveau Code civil espagnol*, «Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée», 18 (1891), págs. 1121-1122. En el mismo sentido, el comentarista de la sentencia del Tribunal del Sena de 17 de junio de 1927, «Revue de droit international privé», 1928-XXIII, pág. 337.

39. COVIÁN, V., *Matrimonio civil*, «Enciclopedia jurídica española», XXII, pág. 6.



como ocurría en la redacción originaria del Código portugués⁴⁰. La cuestión, entonces, consiste en determinar si la declaración básica del art. 42, de que los que profesan la religión católica deben contraer su matrimonio en forma canónica, está dotada de suficiente fuerza imperativa para negar la validez del matrimonio celebrado vulnerando tal norma. A tal respecto, bastará recordar que el carácter jurídico de ese deber se reconoce por los defensores del dictamen del Código en las Cámaras colegisladoras⁴¹, por la interpretación gubernativa, por la opinión dominante en la doctrina científica⁴². Que el art. 42, en su redacción anterior a la reforma de 1958, establecía una obligación jurídica, lo afirmó —al derogarlo— la legislación republicana⁴³. Es de esta obligación de donde deriva como natural consecuencia no ya la posibilidad sino la necesidad de una declaración de nulidad cuantas veces se infrinja el citado precepto. Con buena lógica invierte Fuenmayor la proposición enunciada por Covián, afirmando que «por ser un deber de carácter jurídico, su inobservancia acarrea una sanción»⁴⁴. Luego, precisa que la «nulidad resulta del carácter imperativo —no meramente dispositivo— del art. 42 del Código»⁴⁵. Esta solución «viene exigida por la necesidad de evitar todo posible fraude, que no lograría eliminarse sin la sanción de la invalidez»⁴⁶. Fuenmayor hace estas observaciones después de la reforma de 1958, pero valen también, por lo expuesto anteriormente, para el régimen derogado. La única diferencia estriba en que la redacción actual del art. 42, como dice la

40. El art. 1057 establecía: «Os católicos celebrarao os casamentos pela forma estabelecida na igreja católica. Os que nao professarem a religiao católica celebrarao o casamento perante o official do registro civil, com as condições, e pela forma estabelecida na lei civil». Pero esta declaración de principio venía a resultar superflua ante las prohibiciones de las arts. 1081, que al prescribir la forma solemne de celebración, veda al oficial del Registro civil hacer inquisición acerca de la religión de los contrayentes —«sem que possa haver inquérito previo acerca da religiao dos contraentes»—, y 1090, que rechaza expresamente la consideración de la cualidad confesional como causa de invalidación del matrimonio civil —«este casamento nao pode ser anulado por motivo da religiao dos contraentes»—.

41. Aparte de los pasajes parlamentarios citados en nota 2, cfr. *Diario de Sesiones de Cortes*, Congreso, 30 de marzo de 1889, pág. 16, y 17 de abril de 1889, pág. 18.

42. MIGUEL IBARGÜEN, L. M., *El proyecto de Código civil*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», LXXIII (1888-II), págs. 574 ss.; RODRÍGUEZ Y PORRERO, Z., *Obstáculos que la práctica opone al desenvolvimiento de alguna de las más importantes modificaciones introducidas por el Código civil*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», LXXIX (1891-II), págs. 542-543; CONRROTTE, M., *Las formas del matrimonio*, «Revista de los Tribunales», XL (1906), págs. 640-641; SCAEVOLA, Q. M., *Código civil comentado y concordado extensamente*, II, Madrid 1907, págs. 117-118; etc. A partir de 1940, esta doctrina es unánime.

43. Se afirma en la Exposición de Motivos de la Ley de 28 de junio de 1932: «En el artículo 42, el Código divide a los españoles en dos clases por razón de sus creencias, e impone a los católicos, como deber legal, el matrimonio canónico, único que pueden contraer».

44. FUENMAYOR, *El sistema*, cit., pág. 69.

45. FUENMAYOR, *El sistema*, cit., pág. 72.

46. FUENMAYOR, *El sistema*, cit., pág. 75.



sentencia comentada, es «más taxativa en la obligación que impone a los católicos de contraer matrimonio canónico que la anterior».

2) *Cauce legal para invalidar el matrimonio.*

El Tribunal Supremo acoge este planteamiento en el caso cuestionado al declarar fundada la nulidad en el art. 4, en relación con el 42, del C. c.: el matrimonio de los litigantes «integrado en forma inequívoca en el art. 42, substancial en la materia, es nulo con nulidad radical, como realizado contra lo dispuesto en la ley».

Hasta ahora, la jurisprudencia fue reacia a aplicar el art. 4 al matrimonio, por existir para esta materia, dentro del mismo Código, una disciplina particular de invalidez. El argumento resultaba poco convincente, dado que también hay un régimen especial de nulidad en materia de contratos, y en ellos se aplica el art. 4.

Por lo demás, la exigencia de que la norma infringida ha de tener carácter prohibitivo, requerida para la aplicación del art. 4⁴⁷, se reconoce claramente en el art. 42, resultando la prohibición del matrimonio civil a los que profesan la religión católica de la redacción de la norma en tono preceptivo (obligación de observar la forma canónica).

Llama la atención que, para fundamentar la nulidad, haya invocado la sentencia comentada, además del art. 4, el art. 101, núm. 4.º, en relación con el 42, del C. c.: el matrimonio celebrado por los litigantes está «implícitamente comprendido según la doctrina en el número cuarto del artículo 101 de la Ley sustantiva civil».

En la referencia a este precepto hay una discreta rectificación del criterio mantenido en anteriores fallos, en los que incidentalmente se consideró dicha norma no sólo inaplicable en sí misma a casos como

47. Según DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, Parte general, I, Madrid 1955, pág. 598, el art. 4 del C. c. «a diferencia del Proyecto de 1851, no se refiere exclusivamente a las disposiciones prohibitivas». Precisamente en la extensión a toda clase de leyes, con la prudencia necesaria, debe cifrarse, de acuerdo con este autor, la novedad del art. 4 del C. c. respecto al Derecho anterior. En este sentido son muy expresivas las palabras de RODRÍGUEZ DE SAN PEDRO durante la discusión parlamentaria del Código: «...habéis abandonado aquí un principio perfectamente claro, sentando con la aquiescencia de todo el mundo y que consiste precisamente en lo contrario de lo que habéis dicho en el art. 4.º, es a saber: *que todo acto realizado sin vicio de nulidad*, aun cuando no se amolde estrictamente a las leyes, es un acto válido, y únicamente es nulo cuando va contra leyes prohibitivas; porque todos sabéis que existen leyes preceptivas, leyes permisivas y leyes prohibitivas, cada una de las cuales determina ciertos requisitos, a los que se puede faltar consciente o inconscientemente, y nadie entiende que la falta a las leyes permisivas, ni aun siquiera a las preceptivas, en cuestión de requisitos, en cuestión accidental, sea un acto nulo, mientras ese acto no implique contravención a leyes prohibitivas. Pero en lo demás, en lo que no tiene este vicio de nulidad, ¿cómo es posible aplicar este precepto, que seguramente habéis traído de una manera inopinada a este título preliminar del Código? (*Diario de Sesiones de Cortes*, Congreso, núm. 95, 15 de abril de 1889, pág. 23).



el de la sentencia comentada⁴⁸, sino también como obstáculo para la aplicación del art. 4, por entender que en el art. 101 se enuncian con carácter exhaustivo las causas de nulidad de matrimonio⁴⁹.

Por no romper abiertamente con la orientación hasta hoy mantenida, ha recordado en esta ocasión el Tribunal Supremo la exigencia de que la nulidad venga expresamente contemplada por la ley, pero sin condicionarla a los términos de un texto legal determinado: «los actos jurídicos como el matrimonio, revestidos de todas las circunstancias extrínsecas o formales, sólo son susceptibles de anulación en los casos que la ley lo determine expresamente, sin que quepa en modo alguno su ampliación analógica, ni por similitud con disposiciones dictadas para relaciones jurídicas diferentes».

Esta amplia formulación permitirá mayor agilidad en la aplicación del principio de que la nulidad no es posible cuando no aparece definida legalmente su causa.

El art. 101, núm. 4.º, en relación con el 42, del C. c., se propone por Fuenmayor, como norma adecuada para fundamentar la nulidad en el supuesto analizado: «la nulidad resulta del carácter imperativo —no meramente dispositivo— del art. 42 del Código, y tiene cabida holgada en el art. 101, ap. 4.º, del mismo Cuerpo legal»⁵⁰. Señala el autor el contraste entre los apartados 2.º y 3.º del nuevo texto del art. 42, en los que se delimita con trazo enérgico —a diferencia del texto derogado— el ámbito de poder de los jueces en la autorización del matrimonio civil, traduciéndose la extralimitación de ese ámbito en la falta de competencia a que el art. 101, núm. 4.º, enlaza la sanción de nulidad⁵¹.

Frente a esta interpretación, acogida en la sentencia comentada y confirmada por la de 12 de noviembre de 1959, opone Portero que: «a) El art. 101 está dentro del Capítulo del Código dedicado al 'matrimonio civil'; b) En todo caso no se presenta aquí conflicto de competencias, sino de jurisdicciones»⁵².

A mi modo de ver, hay en el caso cuestionado un defecto de jurisdicción, que se traduce en defecto de competencia.

El art. 101, incluido en el Capítulo III, Título IV, Libro I, del Código, dedicado al matrimonio civil, no podía lógicamente contener la

48. Sentencias de 25 y 26 de enero y 7 de marzo de 1956. Al parecer, acepta esta doctrina AGAPITO GARCÍA, A., *Nulidad del matrimonio civil*, «Revista española de Derecho canónico», III (1948), pág. 201. En contra, con razones convincentes, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Los matrimonios civiles contraídos por católicos durante la vigencia de la Ley de Matrimonio civil de 28 de junio de 1932*, «Anuario de Derecho civil», X (1957), pág. 262. Vid. también GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil*, cit., págs. 227-228.

49. Sentencias de 13 de junio de 1947, 26 de enero y 7 de marzo de 1956.

50. FUENMAYOR, *El sistema*, cit., pág. 72.

51. FUENMAYOR, *El sistema*, cit., pág. 73.

52. PORTERO, L., *La Orden de 10 de marzo de 1941 y la obligatoriedad civil del matrimonio canónico para los católicos*, «Revista española de Derecho canónico», XV (1960), pág. 143.



delimitación entre la potestad de la Iglesia y del Estado sobre el matrimonio. La delimitación se encuentra como explica Fuenmayor, en el art. 42, dentro del Capítulo I del mismo título y libro —«Disposiciones generales»— y en la sección primera —«Disposiciones comunes a las dos clases de matrimonio»—. Pero si el defecto de jurisdicción ha de apreciarse sobre la delimitación del art. 42, la falta de competencia en que aquel defecto se traduce ha de buscarse, puesto que se produce al autorizar indebidamente el matrimonio civil, en el Capítulo donde éste se regula. El art. 101 establece la nulidad del matrimonio civil que se celebre «sin la intervención del juez municipal competente», pero no define esta competencia ni especifica los casos en que su falta determina la nulidad del matrimonio.

Parece obvio que al definir la esfera de poder del funcionario autorizante (fuera de cuyos límites sería nulo el matrimonio autorizado) haya que contar no sólo con un criterio territorial⁵³ sino también con un criterio personal de competencia, dado que precisamente a partir de una condición subjetiva —la confesión de los contrayentes— se delimita el ámbito de validez de las dos clases de matrimonio admitidas en nuestro Derecho.

El cauce legal que para la nulidad en casos como el presente ofrece el art. 101, núm. 4.º, presenta de cara al futuro —contando siempre, como exigencia indeclinable, con la necesidad de una sanción de invalidez por infracción del art. 42— mayor seguridad que el art. 4. Una posible regresión del Tribunal Supremo al criterio restrictivo del que ahora se aleja, podría acaso escudarse en que la doctrina del art. 4, por su carácter general, no es aplicable a un supuesto para el que hay previsto un régimen especial de invalidez, pero no justificarse, en cambio, cuando a la nulidad, impuesta por exigencias del sistema, se llega a través del propio régimen de invalidez del matrimonio.

Por otra parte, el art. 101, núm. 4.º, ofrece un criterio claro para resolver la cuestión del grado de ineficacia en sentido idéntico al de los demás supuestos normales de nulidad⁵⁴.

3) Grado de ineficacia del matrimonio declarado nulo.

Una aplicación literal de la Orden de 10 de marzo de 1941 lleva a calificar de inexistente⁵⁵ el matrimonio civil celebrado con infracción

53. Cfr. Sentencia del T. S. de 26 de noviembre de 1957.

54. En los supuestos *normales*, el matrimonio —nulo— goza de efectos jurídicos típicos hasta el momento de la declaración de nulidad, conforme a la disciplina del art. 69 del C. c. En supuestos *excepcionales* o *irregulares* el matrimonio es inicialmente ineficaz, por lo que si se declara su nulidad no será aplicable el art. 69. En estos casos el matrimonio es inexistente. He tratado el tema en *Matrimonio de españoles*, cit., págs. 937 ss.

55. La distinción práctica entre nulidad e inexistencia se emplea aquí en sentido coincidente con PÉREZ GONZÁLEZ, B.-CASTÁN TOBEÑAS, J., *Notas al Tratado de Derecho civil de Ennecerus, Kipp, Wolff*, IV, I, Barcelona 1947, págs. 162-163 y FUENMAYOR



del art. 42 del Código civil. En contraste con el régimen del Código, que reconoce y respeta los efectos producidos por el matrimonio declarado nulo (artículo 69), la Orden de 1941 hace depender de la condición de acatolicidad de los contrayentes no sólo la *validez* sino también los *efectos* del matrimonio civil⁵⁶.

La doctrina ha rechazado esta interpretación, bien por entender que en la colisión de normas prevalece por su rango legislativo el art. 69 del C. c.⁵⁷, bien por estimar que una calificación tan grave como la inexistencia no puede inferirse de una mera expresión literal, y menos todavía «cuando otras expresiones del mismo texto legal permiten dudar fundadamente del acierto y rigor terminológico de las palabras empleadas»⁵⁸.

En el presente caso, el Tribunal Supremo no se plantea el problema de interpretación que en punto a la cuestión del grado de ineficacia ofrece la Orden de 1941, pero rechaza implícitamente la posible calificación de inexistencia al acoger el fallo del Juez de Primera Instancia, que declara, en base del art. 69 del C. c., la legitimidad de los hijos habidos durante el matrimonio.

Esta solución, sin embargo, no queda lógicamente bien articulada con la doctrina que sirve de fundamento al fallo de casación. A este propósito, cita el Tribunal Supremo dos preceptos del Código que, aunque indistintamente conducen a la solución de invalidez, resuelven de modo diferente la cuestión del grado de ineficacia.

La aplicación del art. 101, núm. 4.º, en relación con el 69, permite reconocer al matrimonio nulo los efectos del matrimonio válido hasta el momento de la declaración de nulidad.

La aplicación del art. 4, en cambio, suscita la duda de si, siendo radical la nulidad que en él se establece⁵⁹, y, por tanto, con efectos retroactivos, ha de mantenerse una calificación de inexistencia, frente a la disciplina del art. 69. De considerar compatible la aplicación de ambos preceptos, por estimar que la norma del art. 69 tiene carácter especial, habría que rectificar en parte una orientación hasta hoy mantenida en la doctrina y en la jurisprudencia sobre el alcance de la nulidad del art. 4.

ENRIQUE LALAGUNA

CHAMPÍN, A., *El derecho sucesorio del cónyuge putativo*, «Revista general de Legislación y Jurisprudencia», LXXXVI (1941-II), pág. 469.

56. Cfr. BERNÁRDEZ CANTÓN, *Declaración de nulidad de un matrimonio civil*, cit., págs. 941-942.

57. RODRÍGUEZ VALCARCE, F., *Matrimonio de españoles en el extranjero*, «Revista de Derecho procesal», IX (1953), pág. 200.

58. LALAGUNA, *Matrimonio de españoles*, cit., pág. 930. Vid. también, ROMERO VIEITEZ, M. A., *Las normas del Derecho matrimonial promulgadas por el Nuevo Estado español*, «Revista de Derecho privado», XXV (1941), pág. 193.

59. Cfr. Sentencias del T. S. de 27 de mayo y 29 de octubre de 1949.