

Matrimonio de españoles celebrado en el extranjero en la forma de la «lex loci»

ENRIQUE LALAGUNA DOMINGUEZ
Profesor del Estudio General de Navarra

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Valoración de la forma local extranjera en los diferentes sistemas matrimoniales.—3. Los preceptos del Código civil.—4. Génesis del sistema codificado.—5. Las dos interpretaciones del sistema codificado y su proyección en tema de forma local extranjera.—6. El principio de libertad formal según la interpretación del sistema en sentido electivo.—7. La opinión de la inadmisibilidad de la forma local extranjera en el sistema de matrimonio civil subsidiario.—8. Admisibilidad de la forma local extranjera con subordinación a los principios del sistema de matrimonio civil subsidiario.—9. Régimen vigente.—10. Estudio especial de la condición del matrimonio de españoles celebrado ante funcionario extranjero mientras no consiste acreditada la acatolicidad de los contrayentes.—11. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN.

Las dificultades con que ha tropezado la ordenación jurídica de la institución matrimonial en los diferentes países, derivadas de una pugna ideológica entre diversas tendencias sociales y políticas y, sobre todo, de la división religiosa provocada por la Reforma, se agravan naturalmente cuando del plano de los ordenamientos nacionales pasamos a la esfera jurídica internacional. Es cierta a este respecto la afirmación de Bellini de que la materia matrimonial se presta bastante menos que muchas otras a una reglamentación resultante de la combinación material y funcional entre normas de distintos ordenamientos en cuanto se halla fuertemente dominada, en cada sistema, por exigencias de carácter político o ético o social enteramente peculiares, hasta el punto de no hallar fácil correspondencia en otros ordenamientos (1).

Es ésta una limitación inicial a tener en cuenta en el estudio de la relevancia, ante un determinado ordenamiento jurídico, del matrimonio celebrado conforme a un régimen extranjero. No parece hoy posible una superación total de los conflictos a que da lugar la tensión de los particularismos nacionales. Ni cabe, en cambio, una reducción de su número y, en este punto, debe esperarse lo mejor de la

(1) BELLINI, P., *Sul conflitto in materia matrimoniale fra ordinamenti laicali e ordinamenti a ispirazione confessionale cattolica*, en "Il Diritto ecclesiastico", LXVII (1956), Parte I, pág. 107.

mutua inteligencia entre los Estados, aunque para ello hayan éstos de renunciar, en sus respectivas concepciones jurídicas sobre el matrimonio, a muchos puntos no constitutivos de principios fundamentales. Respecto a aquellos otros sobre los que no cabe renuncia, por ser informantes de principios básicos en cada sistema, será conveniente una labor de esclarecimiento, pues no siempre los conflictos del orden jurídico privado internacional provienen de radicales diferencias políticas, éticas, sociales o religiosas entre los diversos ordenamientos, sino que a veces se deben a una formulación defectuosa o a un conocimiento insuficiente o a una exégesis errónea de las normas que rigen la materia en el seno de cada uno de los sistemas en pugna.

En esta perspectiva de problemas y de medios posibles de solución, ofrece hoy nuestro sistema jurídico a la disciplina del Derecho internacional privado un doble ejemplo, de simplicidad y de precisión.

En efecto la nueva legislación registral ha dejado sin vigor una suerte de interpretación viciosa de nuestro sistema al admitir la idoneidad del régimen extranjero sobre forma de celebración del matrimonio (2) para los súbditos españoles acatólicos, y, por otra parte, en aquello que no se podía renunciar, ha contribuido a precisar el significado del sistema al considerar la condición de acatolicidad como elemento de capacidad y límite de validez del matrimonio celebrado en forma no canónica (3).

Con la reciente reforma legislativa (4), en el tema que nos ocupa,

(2) Con ello se ha logrado la aproximación a una idea común en la doctrina actual del Derecho internacional privado, *vid.* por ej., la Ponencia oficial sobre "Ley aplicable a la forma y fondo del matrimonio", presentada al Congreso de Quito de 1957, y las conclusiones sobre la misma acordadas en el Pleno del Congreso, recogidas por GARCÍA ARTAS, L., *Crónica del III Congreso Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, en "Temis", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 1957, 2, págs. 128, 129 y 145.

(3) A pesar de que el art. 249, párrafo 2.º, del nuevo Reglamento del Registro civil sólo se refiere al matrimonio civil, puede admitirse también, con una interpretación amplia, la idoneidad de una forma religiosa no canónica para el matrimonio de españoles acatólicos, siempre que se halle reconocida por la legislación del país de celebración. En cualquier caso constituirán un límite de validez, al lado del principio de comisionalidad, los principios de indisolubilidad y monogamia. Sobre la relevancia en España del matrimonio de españoles acatólicos celebrado en país extranjero en forma religiosa no canónica, *vid.* GARCÍA BARRIUSO, P., O. F. M., *Matrimonio civil de españoles dentro y fuera de España*, Tánger, 1958, pág. 75.

(4) Para el tema de este trabajo deben tenerse en cuenta principalmente la ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro civil (se citará en este estudio con la sigla L. R. c.), el Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro civil (para su cita se utilizará la sigla R. R. c.), la ley de 24 de abril de 1958, por la que se modifican determinados artículos del Código civil, y la Circular de la Dirección de los Registros de 2 de abril de 1957.

El Decreto de 26 de octubre de 1956, por el que se dió nueva redacción a los artículos 37, 38, 40, 41 y 100 del Reglamento de 13 de diciembre de 1870 para la aplicación de la Ley provisional del Registro civil, queda sin vigor con la publicación del de 14 de noviembre de 1958.

se ha venido a perfeccionar el régimen anterior, obra en lo fundamental de una jurisprudencia constructiva hábilmente fundamentada sobre la exigua base legal del Código civil. Ahora bien, si prescindimos de la interpretación jurisprudencial sobre el tema, con la que se halla acorde la opinión científica dominante en estos últimos años, el régimen vigente supone menos novedad de lo que a primera vista pudiera parecer. En orden al matrimonio celebrado en el extranjero, la regulación del Código no ha sido afectada por la Ley de 24 de abril de 1958, y la nueva legislación registral no ha venido a derogarla, sino a completarla, con un régimen ciertamente diverso al defendido por la doctrina y aplicado en la época inmediatamente anterior, pero que antes fué también posible y correcto mantener al amparo exclusivamente de los preceptos del Código (5).

2. VALORACIÓN DE LA FORMA LOCAL EXTRANJERA EN LOS DIFERENTES SISTEMAS MATRIMONIALES.

El tema de la suerte jurídica del matrimonio celebrado en el extranjero no puede ser tratado con independencia del significado del sistema matrimonial acogido por el país en que tal matrimonio pretenda relevancia. Esta consideración resalta con mayor evidencia cuando el país en cuestión posee un sistema de inspiración confesional. A este respecto es de notar que el sistema de reglas de Derecho internacional privado, o acusa en su configuración originaria las exigencias confesionales del sistema matrimonial, y su aplicación está, por tanto, mediatizada en el sentido de tales exigencias (6), o debe contentarse con operar en un segundo plano, entrando en juego con subordinación a los principios y reglas del Derecho confesional acogido en el ordenamiento estatal (7). No cabe, inversamente, que la

(5) Con anterioridad a la reforma legislativa de 1957-58 y en sentido coincidente con la solución que aporta, se mantuvo en un sector de la doctrina la admisibilidad de la forma *loci actus* en el matrimonio de españoles acatólicos. *Vid.* FERNÁNDEZ VILGAS, P., *Los matrimonios de españoles en el extranjero*, en "Revista General de Derecho", XI (1955), págs. 101-105, esp. pág. 103; LUIS Y NAVAS BRUSI, J., *Las nuevas nupcias de extranjeros divorciados y su validez ante nuestro Derecho*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", CIII (1955-1), pág. 136; GARCÍA BARRIUSO, op. cit., pág. 73. Con un alcance limitado, también GOLDSCHMIDT, W., *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*, II, Buenos Aires, 1954, pág. 287. Y al parecer, en términos generales, BRUNELLI, G., *Divorzio e nullità di matrimonio negli Stati d'Europa*, Milano, 1958, pág. 402.

(6) En este sentido *vid.*, por ej., GANNAGÉ, P., *Observations sur les effets des jugements étrangers de divorce dans un système juridique non laïcisé*, en "Revue critique de droit international privé", XLVII-1958, págs. 674-675.

(7) *Cfr.* BELLINI, loc. cit., págs. 120 *in fine* a 123. Con referencia a nuestro Derecho sostiene GOLDSCHMIDT que, como consecuencia de su inspiración confesional, "nos encontramos con un Derecho interpersonal que se halla superpuesto sobre el Derecho internacional privado. Dicho Derecho interpersonal distingue entre católicos y acatólicos. Siempre que se trate de una parte católica, debe aplicarse el Derecho canónico (art. 42, 73 C. c.). El Derecho canónico es universal y, por ello, no existe, en principio, una diferencia entre los diversos

oportunidad y el sentido de la aplicación de las normas matrimoniales se decida por criterios de Derecho internacional privado asépticos de inspiración confesional (8).

Ejemplo de lo dicho es en nuestro Derecho, desde la vigencia del Código civil hasta época reciente, la división doctrinal entre los autores y la falta de uniformidad en la jurisprudencia acerca de la cuestión de si debía admitirse o no la idoneidad de la forma local extranjera para la celebración del matrimonio de españoles, alegándose, unas veces, para la tesis afirmativa, el artículo 11, párrafo 1.º, del C. c., y otras, para la negativa, el artículo 9 en relación con el 11, párrafo 3.º, del mismo cuerpo legal. Tales diferencias de criterio estuvieron determinadas no por el tenor de las reglas consignadas en esos artículos, sino por una radical diversidad de enfoque ante el problema del significado del sistema matrimonial. A partir de una interpretación de éste como sistema electivo se afirmó la libertad de forma, buscando a tal fin un apoyo en el párrafo 1.º del artículo 11 (9). En cambio, desde una concepción del sistema del Código como sistema de matrimonio civil subsidiario se negó la idoneidad de la forma local extranjera para los súbditos españoles, y a tal efecto se invocó el artículo 9 y el párrafo 3.º del 11 (10).

La proyección del sistema matrimonial en el tratamiento del matrimonio de españoles en el extranjero se advierte de modo manifiesto en diferentes disposiciones y proyectos de ley del pasado siglo.

casos con arreglo a la nacionalidad de las partes. El Derecho internacional privado ordinario entra sólo en juego si ambas partes no pertenecen a la Religión católica" (op. cit., II, pág. 280). Consecuentemente con esta idea, considera que en la calificación de catolicidad o acatolicidad "el Derecho canónico debe primar sobre el Derecho estatal, que a lo sumo puede pasar por una interpretación auténtica del primero" (op. cit., II, pág. 281). En términos más ponderados, *vid.*, MATA DE LA MUELA, A., *Derecho internacional privado*, II, Madrid 1955, págs. 249-250. Sobre el discutible valor de esta opinión en el tiempo en que se formula y la imposibilidad de ser referida al Derecho actual después de la reforma, *vid. infra*, núm. 8, C.

(8) Sobre esta idea pueden verse las atinadas consideraciones de SAVIGNY, *Sistema del Derecho romano actual*, trad. castellana, de la versión francesa de GUENOUX, por MESA, J., y POLOS, M., VI, Madrid 1879, págs. 335 y 337. Con más precisión y rigor, FROEY, P., *Derecho internacional privado*, versión castellana de GARCÍA MORENO, 2.ª ed., II, Madrid 1888, pág. 254. En nuestra doctrina, GUTIÉRREZ PERNÁNDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, 5.ª ed., I, Madrid 1881, pág. 321.

(9) *Cfr.* por ej., NAVARRO AMADOR, M., *Cuestionario del Código civil reformado*, Madrid 1889, I, págs. 82-84 y 172.

(10) Así, entre otros, MALDONADO Y PERNÁNDEZ DEL TORCO, J., *Sobre los matrimonios civiles de españoles en el extranjero*, en "Revista española de Derecho canónico", IV (1949), pág. 647, escribe que "las normas del Derecho internacional privado no se oponen a este modo de enfocar la cuestión. La regla *locus regit actum* puede ser cambiada por razones de orden público, y la forma y requisitos de constitución del matrimonio civil, por la necesidad de evitar que intenten celebrarlo los que están obligados a acudir al matrimonio canónico, que para el Derecho civil español dentro de esta noción internacional de orden público, que ha de respetarse conforme al párrafo tercero del art. 11 del Código civil".

La Ley de matrimonio civil de 1870, que implanta en España un sistema de *matrimonio civil obligatorio* (11), reconocía la validez del matrimonio contraído en el extranjero entre súbditos españoles o entre súbdito español y súbdito extranjero (12).

Posteriormente, el Proyecto de bases para el Código civil presentado al Senado por Alonso Martínez en 22 de octubre de 1881, en el que se establece un sistema de *matrimonio civil electivo*, vino a establecer una disposición semejante (13), y el Proyecto de texto articulado del Libro I del Código, presentado al Senado en 24 de abril de 1882, sentaba, bajo la misma inspiración del Proyecto, del que era desarrollo y casi con las mismas palabras, idéntica solución (14).

En cambio, el Proyecto de Ley de bases de Silveira, publicado por

(11) La obligatoriedad característica de este sistema, es un concepto relativo, fraguado históricamente por el antagonismo hacia la institución matrimonial canónica. No comporta, al menos en el aspecto formal, una exclusividad del propio régimen matrimonial frente al de otros ordenamientos seculares, sino sólo el desconocimiento de regímenes jurídicos confesionales, y, más concretamente, el desconocimiento del régimen jurídico canónico. Por ello no es extraño encontrar en las legislaciones que siguen el sistema de matrimonio civil obligatorio el reconocimiento de la validez del matrimonio celebrado por los nacionales en el extranjero.

(12) La Ley de matrimonio civil de 1870 establecía en su artículo 41 que "el matrimonio contraído en el extranjero por dos españoles o por un español y un extranjero, será válido en España siempre que se hayan observado en su celebración las leyes establecidas en el país en que tuvo efecto para regular la forma externa de aquel contrato y los contrayentes tuvieren aptitud para celebrarlo con arreglo a las leyes españolas". El art. 42 ordena la inscripción del matrimonio así celebrado en el Registro consular español.

(13) La base 3.ª de este Proyecto, publicado por Real Decreto de 20 de octubre de 1881, disponía:

"Será válido:

a) El matrimonio celebrado con arreglo a las disposiciones del Concilio de Trento.

b) El matrimonio civil celebrado en España con arreglo a las disposiciones del nuevo Código.

c) *El matrimonio contraído por españoles en el extranjero en la forma establecida por las leyes del país donde tuviere lugar su celebración.* Este matrimonio no producirá, sin embargo, efectos civiles en España, si no hubiese sido contraído en conformidad con la ley española en cuanto a la capacidad civil de los contrayentes, a su estado, y a todo lo demás que no se refiera a la forma externa del acto.

Ningún matrimonio, cualquiera que sea la forma en que se hubiere celebrado, producirá efectos civiles sino desde la fecha de su inscripción en el Registro civil".

(14) El art. 30 del Proyecto dice así:

"Son válidos: 1.º El matrimonio celebrado en España con arreglo a las disposiciones del Concilio de Trento y cánones de la Iglesia católica; 2.º El celebrado en España conforme a lo dispuesto en este Código, y 3.º *El contraído en país extranjero, siendo españoles ambos contrayentes o alguno de ellos, en la forma establecido donde tuviere lugar su celebración.* Este matrimonio no producirá efectos civiles en España, si se hubieren infringido las disposiciones de la legislación española relativas a la capacidad civil y a los impedimentos dirimientes" (Ref. de MICHES SCAEVOLA, *Código civil concordado y comentado extensamente*, II, Madrid 1907, págs. 17-18).

Real Decreto de 7 de enero de 1885, después de consignar en su exposición de motivos los dos puntos —el régimen foral y el régimen matrimonial— en que principalmente difiere del Proyecto de 1881, sienta, en su base III, las ideas cardinales de un sistema de *matrimonio civil subsidiario*, sin establecer ninguna norma de reconocimiento de validez de la forma matrimonial extranjera (15).

El criterio de este Proyecto en la materia matrimonial, claramente dominado por una inspiración conservadora, provocó en el seno de la Comisión nombrada para su elaboración un apartamiento de la minoría liberal (Alonso Martínez, Gamazo y Canalejas). Propuso ésta, en voto particular, una formulación diferente de la base III que, en la misma línea del Proyecto de 1881 —sistema de *libre elección*—, reconoce eficacia civil al matrimonio de españoles en el extranjero (16).

El Código civil, fruto de una transacción de los criterios liberal y conservador, pero, en materia matrimonial, más cerca del Proyecto de

(15) La base III de este Proyecto es como sigue:

“La institución del matrimonio en sus formas, requisitos, modos de prueba, derechos y obligaciones entre marido y mujer, capacidad jurídica de los contrayentes, paternidad y filiación, efectos del contrato respecto a las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes, patria potestad, nulidad del vínculo y divorcio, se ajustará en sus principios y disposiciones esenciales al estado legal, creado por virtud de la aplicación del R. D. de 9 de febrero de 1875 y la ley de 18 de junio de 1870, armonizando los principios en que una y otra disposición se inspiran y manteniendo como criterio en la solución de las dudas que ha suscitado la experiencia, el respeto estricto a la jurisdicción y doctrina de la Iglesia sobre los españoles que profesan la religión católica y al derecho constitucional de los que al amparo de la tolerancia religiosa deseen constituir consorcio perpetuo y familia legítima sin la santificación del Sacramento”.

(16) Se recoge en el *Diario de Sesiones de Cortes*, Legislatura de 1884-85, tomo X, Apéndice 10 al núm. 167, págs. 4 y 5; y por SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, V, 1.ª, Madrid 1912, pág. 424, de donde se toma. La fórmula de la base 3.ª propuesta por la minoría liberal dice así:

“Producirán efectos civiles con respecto a las personas y bienes de los cónyuges y de sus descendientes:

A. El matrimonio celebrado con arreglo a las disposiciones del Concilio de Trento, previas las diligencias necesarias para justificar ante el Estado la capacidad civil de los contrayentes y mediante la asistencia al acto de celebración del matrimonio de un funcionario del orden civil. A este funcionario quedará encomendada la inmediata inscripción del matrimonio en el Registro civil.

B. El matrimonio civil celebrado en España con arreglo a las disposiciones del Código.

C. *El matrimonio contraído por españoles en el extranjero en la forma establecida por las leyes civiles del país donde tuviere lugar su celebración, siempre que no contravengan las disposiciones del Código español relativas a la capacidad civil de los contrayentes, a su estado, perpetuidad e indisolubilidad del vínculo, y, en suma, a cuanto no se refiera a la forma externa del acto.*

Las condiciones de capacidad de los contrayentes y los efectos civiles del matrimonio con respecto a las personas y bienes de los cónyuges y de sus descendientes, se determinará concordando las disposiciones consignadas en la ley de 18 de junio de 1870 y en el proyecto del libro primero del Código civil presentado a las Cortes por el gobierno de S. M. en abril de 1882, Palacio del Congreso, 8 de junio de 1885. Manuel ALONSO MARTÍNEZ, *Presidente*, Germán GAMAZO, JOSÉ CANALEJAS Y MÉNDEZ.”

1885 que de los de 1881-82, como consecuencia obligada de la negociación oficiosa con la Santa Sede sobre la fórmula de la base 3.^a de 1888, incorpora a nuestro Derecho, aunque con parco desarrollo y muchas imperfecciones, un sistema de *matrimonio civil subsidiario*, sin establecer régimen concreto para la cuestión que nos ocupa.

La evolución descrita refleja un principio de reconocimiento de la forma matrimonial extranjera en los sistemas de matrimonio civil obligatorio y de libre elección. No se trata de una característica particular de la evolución de esta materia en el Derecho español. El Derecho comparado presenta como fenómeno general el hecho de que las legislaciones inspiradas en uno u otro de esos sistemas vienen a aceptar la idoneidad de la forma extranjera, no sólo para el matrimonio de los extranjeros, sino también para el de los propios súbditos. En tal sentido es oportuno recordar a los países ratificantes del Convenio de La Haya de 12 de junio de 1902 (17), en el que se consagra como principio la regla *locus regit actum* para la forma de celebración del matrimonio, si bien se reconoce, en fuerza de una dificultad insuperable y no como propia excepción de la regla, la limitación de que los países cuya legislación impone a sus ciudadanos una celebración religiosa puedan rechazar la validez del matrimonio contraído en el extranjero faltando a dicha prescripción (18).

Un sistema de matrimonio civil subsidiario no puede acoger sin reservas el principio de libertad en la forma de celebración. Ciertamente, desde un punto de vista puramente estatal, celebrar el matrimonio en una u otra forma sería indiferente. Pero este enfoque deja de ser adecuado desde el momento en que el Derecho estatal acoge un principio de vinculación de los católicos a la forma canónica (19). Entonces ya

(17) El Convenio fué ratificado por Alemania, Italia, Luxemburgo, Holanda, Polonia, Portugal, Rumania, Suecia, Suiza, Hungría (cfr. GOLDSCHMIDT, op. cit., II, pág. 293). En la fecha de conclusión del Convenio, algunos de estos países poseían un sistema de matrimonio civil obligatorio, y otros, un sistema de libre elección. Contra lo que entendió la sentencia del Tribunal del Sena de 27 de junio de 1927 (recogida en "Revue de droit international privé", 1928-XXIII, págs. 332-333). España no se adhirió a este Convenio. La sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1942, considera improcedente su alegación, ya que "España no lo suscribió ni se adhirió a él, careciendo de vigor, por lo tanto, en nuestro país". Lo exacto es que lo suscribió sin llegar a ratificarlo.

(18) No se trata, por tanto, de una excepción a la regla. Excepción hubiera sido considerar inidónea la forma local en tal caso. Lo que se admite es una discrepancia en la calificación del matrimonio, válido en el país de celebración, nulo en el país de alguno de los contrayentes. En realidad, por esta parte, nada mejoraba España en su Derecho, pues la denegación de validez del matrimonio de españoles contraído en la forma de la *lex loci* estaba a su alcance sin necesidad de adherirse al Convenio.

(19) Por tal razón, consideraba inconveniente para nuestro Derecho la regla *locus regit actum* GUTIÉRREZ PERNÁNDEZ, B., op. cit., I, pág. 321: "Establecerlo así sería abrir la puerta a fraudes, hacer inútiles nuestras prohibiciones, alentar a los que, mal avenidos con nuestras leyes, busquen en el extranjero el medio de eludirlas, sin renunciar por de contado a sus beneficios. No basta con atemperarse a las leyes relativas a la capacidad personal; hay nulidades

no cabe abandonar la suerte de la validez del matrimonio civil en el aspecto formal a un régimen extranjero. Y la razón es clara: el principio de obligatoriedad de la forma canónica, por el que la Iglesia ejerce una atracción jurisdiccional sobre sus súbditos católicos (20), se hace operativo en el ámbito del matrimonio civil mediante la exigencia, a los que pretendan celebrarlo, de una prueba suficiente de su acatolicidad.

Aun cuando en el plano legislativo no se ha precisado hasta fecha reciente el alcance de dicha exigencia, en el orden dogmático su consideración como elemento de validez del matrimonio civil se impone con carácter de axioma, en lógica consecuencia con el principio de vinculación de los católicos a la forma canónica (21).

En la esfera del Derecho interno, la exigencia de acatolicidad puede actuar, alternativa o sucesivamente, en dos momentos: antes y después de la celebración del matrimonio. Si la condición acatólica de los

que afectan a la forma: en España, donde es ley el Concilio de Trento, son clandestinos los matrimonios celebrados sin el párroco y los testigos, ¿qué será de las disposiciones conciliares? ¿Cómo se sostienen, si bajo las reglas *locus regit actum*, cualquier español, sin más que atravesar el Pirineo, puede contraer un matrimonio civil y obligar a las autoridades españolas a que le tengan por legítimamente casado?"

(20) Cfr. GISMONDI, P., *L'attuazione dottrinarie e pratica delle norme trientines sulla forma del matrimonio*, en "Rivista italiana per le Scienze giuridiche", vol. VI, serie III (1952-1953), pág. 255.

(21) En el ordenamiento canónico, la vinculación a la forma (canon 1.099) implica la invalidez, o por mejor decir con la doctrina más reciente, la inexistencia del matrimonio celebrado por los católicos en cualquier otra forma distinta de la ordenada. Para hacer efectivo ese principio de vinculación de los católicos a la forma canónica, reconocida en el art. 42 del C. c., se hacía precisa la exigencia de acatolicidad. Pero ésta no se estableció sino después de varios años de vigencia del Código, fijándose su significado por vía gubernativa y con formulación que no satisfacía a las exigencias del principio de obligatoriedad de la forma canónica, tal como éste se desarrollaba en la disciplina jurídica de la Iglesia vigente en aquella época y tal como se desarrolló después en la disciplina del *Codex*. Aparte de que la interpretación gubernativa del art. 42 del C. c. sobre el concepto de acatolicidad no coincidía con el criterio que en este punto mantenía ni con el que hoy mantiene el Derecho canónico, la sanción de invalidez del matrimonio civil celebrado por los católicos sólo se admitió de un modo genérico, sobre la base legal del art. 4.º del C. c., en la Real orden de 28 de diciembre de 1900. De modo más preciso y enérgico se estableció la invalidez en la Orden de 10 de marzo de 1941. Para la evolución de esta interpretación gubernativa, *vid.* FUENMAYOR, A., *El sistema matrimonial español (Comentario al artículo 42 del Código civil)*, Madrid, 1959, págs. 15 y ss. En orden a la invalidez del matrimonio civil de los católicos, *vid.* AGUIRRE GARRÍA, A., *Nullidad de matrimonio civil*, en "Revista española de derecho canónico", III (1948), pág. 201; PEÑA BERNALDO DE QUIROS, M., *Los matrimonios civiles celebrados por católicos durante la vigencia de la Ley de Matrimonio civil de 28 de junio de 1932 (Notas a la sentencia del T. S. de 25 de enero de 1956)*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, X (1957), págs. 259 y ss., esp. 262; BERNÁRDEZ CANTÓN, A., *Declaración de nulidad de un matrimonio civil entre españoles celebrado en el extranjero*, en "Revista española de Derecho canónico", IX (1954), págs. 938-942. Sobre el mismo tema a la luz de la reforma de 1957-58, *vid.* FUENMAYOR, op. cit. últimamente, págs. 71-75.

contrayentes no se acredita, no se autorizará el matrimonio (22). Si, pese a no acreditarse dicha condición, se autoriza el matrimonio, la validez de éste será incierta y no producirá en su momento su eficacia típica (23). Si la acatolicidad sólo aparentemente resulta acreditada por el empleo de falsedad o fraude, o, incluso, por causa no imputable a los contrayentes, el matrimonio podrá ser declarado nulo (24).

No es difícil, por desconocimiento o falta de consideración de tales prescripciones, que en un país, cuya legislación establezca un sistema diferente, o no se atienda o se atienda injustificadamente a la exigencia de acatolicidad en el matrimonio de los obligados a observarla por su ley nacional (25). En tal caso, ese matrimonio podrá ser considerado ineficaz o nulo (26) según la ley personal de ambos contrayentes o de uno de ellos.

(22) En tal sentido convienen las diferentes disposiciones gubernativas que interpretaron el art. 42 del C. c., excepto la Real orden de 17 de agosto de 1906, derogada por la de 28 de febrero de 1907. Sobre la hipótesis del matrimonio civil de españoles celebrado ante autoridad extranjera, sin justificación de acatolicidad, más adelante, núm. 8, A, c).

(23) Esta solución, referida al supuesto de matrimonio de españoles en el extranjero, puede apoyarse actualmente en el art. 249, pár. 2.º, del R. R. c. En discrepancia y para el mismo supuesto, bajo la legalidad anterior a la reforma de 1957-58, *vid. infra*, núm. 7.

(24) Esta doctrina es clara bajo la legalidad de la Orden de 10 de marzo de 1941. Para el Derecho vigente, *vid. FUREZMAYOR*, op. cit. últimamente, páginas 71-75.

(25) Así, por ej., en el supuesto de la sentencia del Tribunal del Sena de 17 de junio de 1927 (recogida en "Revue de droit international privé", 1928-XXIII, págs. 332-333) referente a un matrimonio celebrado en Moscú, el 5 de abril de 1919, según la forma de la ley local, entre español católico y mujer rusa. La sentencia declara mal fundada la pretensión de nulidad del matrimonio, que la actora basa en la condición católica del marido. Cita la sentencia el art. 5 de la Convención de La Haya de 12 de junio de 1902, que consagra el principio de aplicación de la regla *locus regit actum*, estipulación a la que España—dice—ha prestado su adhesión (!), y considera que el matrimonio civil es, en Francia, un principio de orden público, que se impone al Tribunal con un carácter absoluto, y que admitir la pretensión de la actora por el solo motivo de que su matrimonio no ha sido celebrado en la forma canónica, sería atentar al orden público francés (!).

(26) Ambas soluciones podrían mantenerse alternativa o sucesivamente. La nulidad dejaría a salvo la eficacia inicial del matrimonio mediante la aplicación de la doctrina del matrimonio putativo. Más aceptable me parece la solución de una interina ineficacia inicial que se resolvería: a) en validez si la acatolicidad se prueba después de celebrado el matrimonio y, en tal caso, con reconocimiento de efectos *ab origine*, salvo la protección de los terceros de buena fe; o b) en inexistencia si la nulidad del matrimonio se declara. En este caso, la solución de inexistencia se impone por cuanto el matrimonio no puede producir efectos *ex nunc* en virtud de la declaración de nulidad, ni cabe tampoco reconocer unos efectos *ex tunc*—supuesto de aplicabilidad de la doctrina del matrimonio putativo—en virtud de la ineficacia inicial.

La distinción práctica entre nulidad e inexistencia, particularmente referida a la disciplina del matrimonio, se emplea en este estudio en el sentido de que el matrimonio inexistente no es susceptible de producir los efectos que se reconocen al matrimonio nulo—declarado nulo—según la doctrina del art. 69 del C. c. Es esta, sin duda, la diferencia más importante entre ambos supuestos. De ella se

Tales son los medios técnicos por los que se hace efectivo el principio de imperatividad de la forma canónica. Si se admitiera como principio la validez del matrimonio contraído en forma civil o religiosa no canónica por súbditos nacionales en país extranjero donde el acceso a una u otra de esas formas de celebración no está limitado a los acatólicos, se haría posible, para los nacionales católicos, la evasión del precepto de forma canónica, resultando así ilusorio el reconocimiento del mismo en el ordenamiento estatal.

De lo dicho no se deduce que el único medio técnico para hacer efectivo el principio básico del sistema de matrimonio civil subsidiario —vinculación de los católicos a la forma canónica— sea imponer a los nacionales acatólicos la forma civil propia de la legislación que acoge dicho sistema. Lo único que se deduce es que la validez del matrimonio civil de los súbditos nacionales, se celebre en su propio país o en país extranjero, depende de que los contrayentes sean acatólicos.

En conclusión, cabe decir que el sistema de matrimonio civil subsidiario permite adoptar dos soluciones diversas respecto al valor de la forma local extranjera: rechazarla en absoluto, salvo cuando ambos contrayentes sean súbditos de otro país (27), o admitirla con la reserva de una conformidad a los principios del sistema, haciendo depender la validez del matrimonio en el aspecto formal, paralelamente a como ocurre en el ámbito del Derecho interno, de una exigencia de acatolicidad.

La primera solución, excesivamente severa, es la de nuestro Código en el régimen anterior a la reforma de 1958, según la interpretación seguida por la jurisprudencia y doctrina dominante. La segunda es la del Proyecto de Ley matrimonial de Alvarez Bugallal de 17 de mayo de 1880 (28) y la que puede considerarse vigente a tenor de la nueva legislación del Registro civil.

hace uso por nuestros autores en sentido coincidente con el aquí adoptado. *Vid.* PÉREZ GONZÁLEZ, B., y CASTÁN TOBEÑAS, J., en *Notas al Tratado de Derecho civil de ENNECERUS, KIPP y WOLFF*, IV, 1, Barcelona 1947, págs. 162-163; ROMERO VIDEZ, M. A., *Las normas del Derecho matrimonial promulgadas por el nuevo Estado español*, en "Revista de Derecho Privado", XXV (1941), páginas 183 y 193; PUENMAYOR CHAMPÍN, A., *El derecho sucesorio del cónyuge futuro*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", LXXXVI (1941-II), pág. 469.

(27) Incluido en este caso se niega la relevancia de la forma local extranjera. Así GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, II, págs. 282-283, dice: "Los católicos no españoles están sometidos a su respectivo Derecho nacional (art. 9) en cuanto no se oponga al Derecho canónico. Siendo así, aquél es eliminado por el orden público español (art. 11, pár. 3.º C. c.). Por consiguiente, España no reconocerá el matrimonio de extranjeros católicos celebrado en el extranjero según su respectiva ley civil, pese al texto literal contrario del art. 69 Ley del Registro civil; no se reconocerá, por ej., el matrimonio civil de cónyuges alemanes católicos. Entre el matrimonio extranjero católico celebrado en España o fuera de España, no existe diferencia alguna en lo que a la capacidad atañe". *Vid.* también MUMA DE LA MUELA, *op. cit.*, II, págs. 256-257.

(28) *Proyecto de ley sobre los efectos civiles del matrimonio*.

Art. 2: "El matrimonio de extranjeros o el contraído por personas que no pueden casarse con arreglo a las prescripciones de los Sagrados Cánones, pro-

3. LOS PRECEPTOS DEL CÓDIGO CIVIL.

Diversos preceptos de nuestro C. c. hacen referencia al matrimonio celebrado en el extranjero, contemplándose en algunos de ellos el supuesto de que uno de los cónyuges sea súbdito español.

El artículo 100, en su párrafo último, dispone que "los Cónsules y Vicecónsules ejercerán las funciones de jueces municipales en los matrimonios de españoles celebrados en el extranjero". La jurisprudencia y un sector de la doctrina ponen en relación este precepto con el del número 4.º del artículo 101, que establece la nulidad del matrimonio celebrado "sin la intervención del juez municipal competente o *del que en su lugar deba autorizarlo* y sin la de los testigos que exige el artículo 100", entendiéndose que la sustitución de que aquí se habla está referida, con carácter exclusivo, cuando se trata del matrimonio de españoles en el extranjero, a nuestros funcionarios consulares (29). Pero tal interpretación no es convincente. La declaración del artículo 100 señala las funciones de los cónsules y vicecónsules en el matrimonio de españoles en el extranjero, pero no define el carácter exclusivo de su competencia en tal materia (30), cosa que, si por hipótesis se admitiera, llevaría a pensar en una atracción imperativa de los españoles a la forma civil del artículo 100 *fundada en el vínculo de la nacionalidad* y no en razones confesionales, por cuanto afirmada esa competencia con exclusividad para el matrimonio civil de españoles, no resulta, por otra parte, claramente eliminada respecto al matrimonio civil de los españoles "católicos" (31).

dicará también todos los efectos civiles prevenidos en la presente ley, siempre que se haya celebrado con las formalidades ordenadas en la misma".

"No se autorizará la celebración de ninguno de los matrimonios a que se refiere el párrafo anterior, *sin que previamente se haga constar que cualquiera de los contrayentes no profesa la religión católica*".

Art. 69: "El matrimonio contraído en el extranjero por dos españoles o por un español o extranjero, será válido en España si respecto a la forma externa de dicho acto se hubieren observado las leyes del país en que se llevó a cabo, y los contrayentes tuvieren aptitud para celebrarlo con arreglo a las leyes españolas".

"Para que el matrimonio contraído por españoles a que se refiere el párrafo anterior, pueda inscribirse en el Registro de la Dirección General, o del consulado respectivo, los contrayentes deberán cumplir lo prescrito en el artículo 2.º de esta ley".

Ref. de UCCELAY, E., *El Decreto del Ministerio-Recaencia sobre el matrimonio civil y el partido liberal dinástico*, Madrid 1881, págs. 146 ss.

(29) *Ibid. infra*, núm. 7.

(30) ASÍ, LLUIS y NAVAS BRUSI, loc. cit., pág. 136, entiende que "de la redacción del art. 100 no se deduce que el cónsul sea el único competente, sino tan sólo que puede hacerlo". En igual sentido GARCÍA BARRUERO, op. cit., pág. 74.

(31) En la base 3.ª de la ley de 11 de mayo de 1888 y en el art. 42 del C. c., en su redacción hoy derogada, se establece, sin duda alguna, según es hoy pacíficamente admitido en la doctrina, una vinculación imperativa de los que profesan la religión católica a la forma canónica de celebración. En correspondencia lógicamente con esta premisa, la alusión que se hace después al matrimonio civil en los textos legales citados hubiera debido contener una referencia de carácter personal. No ocurre así, sino que en lugar de decir *quiénes* pueden contraer el matri-

Desde el punto de vista del artículo 101, número 4.º, no ofrece mayor consistencia la tesis del Tribunal Supremo. En el artículo 101, número 4.º, se trata de fundamentar el tratamiento de nulidad del matrimonio, enlazándolo con la pretendida exclusividad de competencia de los funcionarios consulares (32). Pero si la solución para el matrimonio "civil" de españoles en el extranjero, celebrado en forma diferente de la prevista en el artículo 100 del C. c., fuera la nulidad, hay que pensar que por este camino se niega el *ius connubii* a los españoles católicos residentes en países en que España no tiene acreditada representación diplomática ni consular y en aquellos otros en que no se reconoce eficacia a las formas consulares (33).

También se citan en esta materia las reglas de los artículos 9 y 11, pero estas disposiciones son ambiguas, y, como vimos anteriormente, la prevalencia de una sobre la otra no se puede decidir sin definir previamente el significado del sistema matrimonial.

Por último, se han de tener en cuenta los artículos 55, 1.325 y 22, éste en su redacción originaria, modificada por Ley de 15 de julio de 1954. De tales preceptos se podría inferir un criterio de relevancia en nuestro Derecho del matrimonio de españoles (católicos) celebrado en el extranjero según la forma de la *lex loci*.

monio civil, se habla de *cómo* debe celebrarse. La consideración aislada del *acto* civil, sin indicación de las personas que pueden celebrarlo es, al parecer, una fórmula estudiada y no mero defecto de redacción. Esta omisión dejaba abierta en el sistema codificado una perspectiva a la idea de matrimonio civil facultativo. El posible juego de esta idea se ha eliminado con la nueva redacción dada al art. 42 del C. c. por la ley de 24 de abril de 1958. Merece citarse en tal sentido el comentario de FERNÁNDEZ, cotejando el nuevo texto del art. 42 con el anterior: "El apartado 3.º del nuevo texto determina las personas que tienen acceso al matrimonio civil, y añade la exigencia de la prueba de la no 'profesión' a quienes pretendan contraerlo".

"El texto anterior decía simplemente: 'Y el civil, que se celebrará del modo que determina este Código'".

"La reforma ha llevado a consagrar con trazo enérgico—según quedó explicado anteriormente—el sistema de matrimonio civil supletorio o subsidiario, evitando el peligro de que se convierta de hecho en facultativo, como había ocurrido por virtud de la Real Orden de 27 de agosto de 1906, al mandar que no se exigiera a los que pretendían contraer matrimonio civil 'declaración alguna relativa a la religión que profesan' " (op. cit., pág. 98).

(32) GOLDSCHMIDT, después de afirmar que "establece el Derecho español la exclusiva competencia de los funcionarios diplomáticos españoles en el extranjero para este problema", reconoce que "es dudoso si el art. 101, núm. 4, sólo se refiere al art. 100, párr. 3.º ó si también hace referencia a las autoridades competentes según el art. 11, C. c." (op. cit., II, pág. 286, nota 3).

(33) Cfr. GROSSTO TEBELA, L., *Derecho internacional público y privado*. Madrid 1928, págs. 179-180; FERNÁNDEZ VIAGAS, loc. cit. pág. 104.

En los países en que no se reconoce eficacia al matrimonio consular la dificultad de atender a la imperatividad de la forma civil española se podría resolver con doble celebración, ante un funcionario del país de residencia y ante el funcionario consular español. Pero esto tiene como inconveniente someter al matrimonio a una dualidad de jurisdicción con la consiguiente posibilidad de conflictos en materia de nulidad, separación y disolución. Aparte de que tal solución no sería factible en los países sin relación con España.

Los artículos 1.325 y 22 no limitan sus efectos, relativos respectivamente a la especie de régimen de bienes del matrimonio y a la nacionalidad de la mujer española casada con extranjero, al supuesto de que el matrimonio se haya celebrado precisamente en una de las formas reconocidas por el artículo 42 del C. c.

Más explícito es el artículo 55. Sin admitir que en esta norma se consagre un principio de aplicación directa de la regla *locus regit actum* (34), se podría sostener a su amparo, cuando menos con un alcance limitado y ante la necesidad de hacer factible el ejercicio del *ius connubii* a los españoles acatólicos en ciertos países sin relación con España, la idoneidad de la forma local extranjera. Así se sigue de la aplicación de la regla *ubi lex non distinguit* (35). Este argumento se podría reforzar con la doble consideración del enclave de la norma dentro del capítulo dedicado a "Disposiciones generales" (Cap. I, Tit. IV, Lib. I del C. c.) y de la referencia en su texto a los países donde el acto de matrimonio no estuviese sujeto a un registro regular y auténtico, previsión ésta que holgaría en caso de que el matrimonio civil hubiere de celebrarse necesariamente en nuestros Consulados.

De los preceptos comentados se deduce que la formulación del Código no excluye la posibilidad de afirmar la relevancia en nuestra Patria del matrimonio de españoles celebrado en país extranjero según la forma de la *lex loci*. Naturalmente, tal solución ha de limitarse, colacionando los preceptos en que se apoya (arts. 1.325, 22 y 55 del C. c.) con otros concordantes (42, 4. 101, núm. 4.º, del C. c.), al supuesto de que los contrayentes sean acatólicos. Esta doctrina, que por vía de interpretación podía antes afirmarse de la menesterosa regulación del Código, se acoge hoy con perfil definido en la nueva legislación registral. No cabe, pues, pensar que ésta modifica el régimen del Código; más bien debe decirse que lo concreta y perfecciona en su mejor sentido.

En este punto de la exposición son necesarias algunas aclaraciones.

Antes de la reforma de 1957-58, los preceptos del C. c. se interpretaron generalmente en uno de estos sentidos: a) considerando como únicas formas hábiles para el matrimonio de españoles en el extranjero la canónica y la civil del artículo 100 del Código (autoriza-

(34) Cfr. CHAMPCOMUNAL, J., *Los conflictos de leyes respecto al matrimonio y el divorcio en las relaciones franco-españolas*, en "Revista de Derecho privado", XI (1924), pág. 291.

(35) En efecto, el art. 55 no distingue si el matrimonio, de cuya prueba se trata, es el celebrado entre súbditos de nacionalidad extranjera, o de nacionalidad española, o de una y otra nacionalidad. Debe optarse por la solución más amplia. En este sentido, LASALA LLANAS, M., *Sistema español de Derecho civil internacional e interregional*, Madrid, 1933, pág. 114: "Dados los términos de generalidad de que se sirve el artículo 55 de la ley y el notorio carácter internacional de la regla, que no distingue, creemos más cierta la interpretación extensiva".

Conviene señalar que el art. 55 no sólo se refiere al matrimonio canónico sino también al civil según se deduce de su inclusión en el capítulo de "Disposiciones generales".

da por funcionario español), válida cada una de ellas dentro de su respectivo ámbito subjetivo, según la delimitación del artículo 42; o *b*) admitiendo como idónea, además de las dos formas anteriores, la de la *lex loci*, sin consideración de la cualidad confesional de los contrayentes.

Ninguna de tales tendencias puede estimarse correcta, aunque la vigencia de una y otra, desde la promulgación del Código hasta el momento de la reforma de 1957-58, tiene una explicación, que conviene apuntar para mejor definir la postura aquí adoptada.

La precisión que ha introducido en nuestro sistema la nueva legislación registral ya se contenía en el Proyecto de Ley matrimonial de Alvarez Bugallal de 1880, pero al parecer no se tuvo en cuenta en la ulterior evolución legislativa. Sólo el olvido de este Proyecto (36) puede explicar el hecho de que, tanto en la discusión parlamentaria del Código como en la doctrina y jurisprudencia posterior, se considerase la idea del reconocimiento de la forma local extranjera como correlativa de la de matrimonio civil electivo, y su admisión, por tanto, como signo inequívoco de un planteamiento liberal del sistema. De aquí que los que querían para nuestro Derecho un sistema de matrimonio civil subsidiario, estimaran incompatible con él la admisión de la forma *loci actus*, y decidieran consiguientemente negarle relevancia. Bien pudiera ser ésta la genealogía de la tendencia jurisprudencial y doctrinal dominante en los últimos años.

En cuanto a la otra tendencia, la de admitir sin reservas la idoneidad de la forma local para el matrimonio de españoles en el extranjero, puede explicarse por la imperfección y falta de rigor técnico en la formulación del sistema codificado. La omisión de la exigencia de acatolicidad como elemento de capacidad del matrimonio civil, y la falta de una regla expresa en que apoyar la nulidad del matrimonio en los casos de inobservancia —falsedad o fraude— de aquella exigencia, fué, a mi modo de ver, lo que hizo posible una aplicación de las normas legales proclive al sistema electivo.

Esto quería decir: ninguna de las tendencias exegéticas apuntadas tiene que ver con la interpretación de los preceptos del Código aquí mantenida, coincidente con la solución del Proyecto de 1880 y acogida en la nueva ordenación registral.

4. GÉNESIS DEL SISTEMA CODIFICADO.

No deja de sorprender que nuestro legislador de 1888-89 omitiera una formulación clara y precisa en cuestión tan importante como la que estudiamos, cuestión para la que los diversos precedentes legislativos y proyectos de ley fracasados ofrecían variedad de solucio-

(36) El Proyecto se menciona alguna vez durante la discusión parlamentaria sobre el Código civil en la legislatura de 1888-89 (cfr. el discurso de Romero Girón en el Senado, *Código civil. Discusión parlamentaria en la legislatura de 1888 a 1889* por la Redacción de la "Revista de los Tribunales", Madrid 1889, págs. 697-698), pero no, que recuerde, con referencia al tema aquí estudiado.

nes. La actitud se ha criticado (37), pero no se han analizado los motivos que llevaron a adoptarla. Y ello es importante para entrar con una visión crítica en el estudio de la cuestión desde la vigencia del Código civil a nuestros días.

Sabido es que nuestro Código civil es fruto de una transacción entre la ideología liberal y la conservadora. En 1888, el partido liberal — a la sazón gobernante — se decide por una fórmula de matrimonio civil subsidiario en vista del fracaso de los proyectos anteriores, que trataron de incorporar a nuestro Derecho el sistema facultativo. En el debate parlamentario del Código se reconoce por los defensores del dictamen, en una y otra Cámara, el principio, confusamente formulado en la base 3.^a de la Ley de 11 de mayo de 1888 y en el artículo 42 del texto del Código — aún no aprobado —, de vinculación de los católicos a la forma canónica (38), pero tal reconocimiento parece obedeció a la finalidad de mantener la tolerancia de la Iglesia y, con ella, la colaboración de los conservadores (39). A la hora de dotar al principio de medios técnicos para hacerlo efectivo, pesa más la fuerza de la ideología liberal que los compromisos diplomáticos de una negociación oficiosa con la Santa Sede. Por ello nada se dirá en el Código de la exigencia de acatolicidad en la celebración del matrimonio civil y de la consiguiente invalidez que lógicamente debe comportar su inobservancia. A la interpelación de los impugnadores del dictamen sobre la omisión relativa a la exigencia de acatolicidad se contestará con evasivas (40). Aunque el principio esen-

(37) Cfr. AUDINER, E., *Le droit international privé dans le nouveau Code civil espagnol*, en "Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée", 18 (1891), págs. 1121-1122.

(38) Así, claramente, en el Senado, ROMERO GIRÓN, *Código civil. Discusión*, cit., págs. 70 y 73. En el Congreso se admite el principio de modo implícito al reconocer una delimitación del matrimonio canónico y del civil en base a la condición confesional de los contrayentes, delimitación cuya efectividad implica la obligación jurídica de los católicos de contraer su matrimonio en forma canónica. En tal sentido ALBACETE: "se ha reconocido que para los católicos no hay más matrimonio que el matrimonio canónico" (*Diario de sesiones de Cortes. Congreso*, núm. 97, 17 de abril de 1889, pág. 18). Igualmente LÓPEZ PRIGGIERVEY: "el Código no se separa del artículo constitucional [11 de la Constitución de 1876] porque establece el matrimonio canónico para los católicos y el matrimonio civil para los que no lo son" (*Diario de sesiones de Cortes. Congreso*, número 82, 30 de marzo de 1889, págs. 16).

(39) La política legislativa de los conservadores en la materia matrimonial sigue, en general, la orientación que marca la doctrina de la Iglesia. *Ibid.*, nota 42.

No hay lugar en este estudio para una exposición razonada de los pasajes parlamentarios que pudiesen abonar la afirmación del texto. Creo necesario advertir que no albergo en el momento actual una definitiva convicción a tal respecto, y me limito a formular por hipótesis lo que con una investigación más a fondo podría acaso formularse como tesis.

(40) Sería precisa una lectura atenta y completa de la discusión parlamentaria en ambas Cámaras para comprobar esta afirmación. Pero cabe citar como manifestaciones más características en tal sentido algunos pasajes del debate. Para la discusión del Senado *vid.* *Código civil. Discusión* cit., Conde de CANGA-ARCEBILLES, en contra del Proyecto, págs. 56-67; contestación de ROMERO GIRÓN,

cial del sistema de matrimonio civil subsidiario se ha reconocido, no se ha desarraigado de la mentalidad de los defensores del dictamen la preferencia por el sistema de libre elección. Y si, por el reconocimiento del indicado principio en el artículo 42 del Código, cabe calificar al sistema —en sede normativa— como de matrimonio civil subsidiario, por las omisiones apuntadas, por la falta de medios técnicos para hacer operativo aquel principio en la práctica, cabe —en vía de aplicación— la desviación hacia el sistema electivo. Resulta así un sistema híbrido de *matrimonio civil subsidiario tendencialmente facultativo* (47).

La limitación de la validez del matrimonio celebrado en el extranjero a una exigencia de acatolicidad es consecuencia indeclinable —y en la práctica, medio auxiliar— del principio de matrimonio civil subsidiario. Al silenciarla se hace posible el juego de principios del sistema facultativo. Por lo demás, esta omisión, en el plano del Derecho internacional privado, es paralela a la que en el mismo sentido se advierte en el ámbito del Derecho interno. No hubiera sido lógico imponer a los españoles la exigencia de acatolicidad y, conse-

por la Comisión, págs. 70 y 73; Conde de CANGA-ARGÜELLES, en discurso de rectificación, pág. 81; rectificación de ROMERO GURÓN, págs. 82-83; Obispo de Salamanca, en contra del Proyecto, págs. 577-578, y la contestación de ROMERO GURÓN a continuación; Arzobispo de Santiago de Cuba, págs. 268-272, y seguidamente la contestación de CANALEJAS, Ministro de Gracia y Justicia.

En el Congreso: DANVILA, en contra, *Diario de sesiones de Cortes. Congreso*, núm. 75, 21 de marzo de 1889, pág. 2009; contestación de LÓPEZ PUTGERVER, por la Comisión, *ibidem*, núm. 81, 29 de marzo de 1889, pág. 4; DANVILA, discurso de rectificación, *ibidem*, núm. 82, 30 de marzo de 1889, pág. 7; contestación de LÓPEZ PUTGERVER, *ibidem*, núm. 82, 30 de marzo de 1889, pág. 16.

Acuso las manifestaciones de más valor son las de ROMERO GURÓN, que reconoce un "deber efectivo", "con un contenido de coacción", en la expresión de la base 3.ª de la ley de 11 de mayo de 1888 "deberán contraer matrimonio" (loc. cit. págs. 70 y 73). Pero el reconocimiento del carácter jurídico de ese deber no le lleva a sugerir ningún medio técnico que lo haga efectivo, como, en cambio, proponen los impugnadores del dictamen.

(41) Conviene advertir que esta calificación tiene significado diverso de la de matrimonio civil subsidiario *prácticamente* facultativo, empleada alguna vez en la doctrina y referible en particular al texto originario del Código portugués, en el que se establecía la distinción de los súbditos en católicos y no católicos, correlativa a la de las formas canónica y civil (arts. 1057 y 1072—, para no tenerla en cuenta después en tema de celebración y de validez del matrimonio civil —arts. 1081 y 1090— *Utd.* la referencia a las disposiciones que derogaron estas normas en PIRES DE LIMA, P. A., y ANTUNES VARELA, J. de M., *Código civil portugués*, Coimbra 1956). Contrariamente, nuestro Código acogió un sistema de matrimonio civil subsidiario. Esta calificación era con rigor procedente en tanto se reconocía un principio de vinculación de los católicos a la forma canónica (art. 42), principio desarrollado técnicamente por disposiciones gubernativas. Sin embargo, en cuanto ese principio no iba acompañado en el artículo del Código de los medios técnicos necesarios para hacerlo efectivo, la aplicación del sistema quedaba de hecho abandonada al juego de un sistema de libre elección. Precisamente por esta callada orientación —sin lo cual no hubiera sido posible la R. O. de 27 de agosto de 1906— es por lo que se añade aquí a la calificación corriente del sistema codificado —matrimonio civil subsidiario— la nota de *tendencialmente* facultativo.

cautamente, la sanción de nulidad aparejada a su inobservancia, para el caso de pretender el matrimonio civil ante funcionario extranjero, y no, en cambio, para el caso de pretenderlo ante funcionario español.

Con lo dicho no parecerá extraño que la posible relevancia en España del matrimonio celebrado en el extranjero se abandone a la exégesis de los ambiguos preceptos que parecen admitirla (arts. 22, 1.325 y 55 del C. c.) sin afirmarla explícitamente. Un claro reconocimiento en tal sentido hubiera significado, en la época de elaboración del Código, dar acogida al sistema de libre elección, y esto hubiera resultado impolítico en el ambiente de las Cámaras, en el que se trataba de presentar al matrimonio civil como subsidiario del canónico y no en plano de igualdad con él. De haberse formulado ese reconocimiento es muy probable que los conservadores no hubieran dado un voto aprobatorio al dictamen sobre el Código (42).

Para opinar en el sentido expuesto existen los siguientes datos:

Primero. Reconocimiento expreso de la validez del matrimonio de españoles celebrado en el extranjero con arreglo a la forma local en los siguientes textos: base 3.^a del Proyecto de ley presentado al Senado por Alonso Martínez en 22 de octubre de 1881, artículo 30 del texto del Libro I del Código presentado al Senado en 24 de abril de 1882, voto particular (de Alonso Martínez, Gamazo y Canalejas) presentado al Congreso en 8 de junio de 1885. En contraste con tales textos, la base 3.^a de 1888 y el Código guardan silencio sobre el valor de la forma extranjera. No cabe atribuir a olvido esta omisión por cuanto el autor de la base 3.^a de 1888 es el mismo que el de los textos más arriba citados.

Segundo. La aplicación de la regla *locus regit actum* a la forma del matrimonio, como regla general, es admisible, según se indicó anteriormente, en un sistema de libre elección o de matrimonio civil obligatorio, pero no, en cambio, en un sistema de matrimonio civil subsidiario, donde, por virtud del principio de confesionalidad, dicha regla, o no se admite, o experimenta en su aplicación ciertas limitaciones. Por esta razón es explicable que se suprimiera el párrafo 3.^o del artículo 30 del Proyecto de 1882, alusivo al matrimonio de los españoles en el extranjero, a instancia del Nuncio de Su Santidad en Es-

(42) En la historia de la política legislativa española de la pasada centuria se manifiesta en repetidas ocasiones la hostilidad de los conservadores hacia el sistema de matrimonio civil electivo. Cfr. por ej., ALONSO PÉREZ, N., *El matrimonio católico y el matrimonio civil bajo el punto de vista teológico, canónico, político y social*, Madrid 1882, esp. pág. 5. Véase también Prefacio y base III del Real Decreto de 7 de enero de 1885, por el que se publica el Proyecto de bases para el Código debido a SILVELA. En la discusión parlamentaria sobre el Código habida en el Congreso y en el Senado durante la legislatura de 1888-89 se encontrarán numerosas manifestaciones de esa enemiga al sistema electivo en los discursos de algunos miembros del partido conservador. Resultaría aquí prolija una cita detallada de los pasajes referentes al tema, pero pueden verse en tal sentido los discursos de DAXVILA y Conde de CANGA-ARGÜELLES citados en la nota 40.

pañá (43). Es muy significativo que, con el precedente de la oposición del Nuncio, Alonso Martínez, que en sus anteriores fórmulas (de 1881, 1882 y 1885) admitía la validez de la forma extranjera, no la reconociera en el texto —ofrecido al cardenal Rampolla para consulta a la Santa Sede— que pasaría a ser la base 3.^a de la Ley de 11 de mayo de 1888.

Tercero. En el debate parlamentario sobre el Código se clude, por los defensores del dictamen, una contestación directa a las sucesivas interpelaciones de los impugnadores. Al repasar la discusión habida en el Congreso, sólo se registra una opinión, de escaso valor, arrancada casi a la fuerza después de una excitación repetida. Azcárate señalaba tres soluciones posibles para el tratamiento de la forma extranjera, y preguntaba a los miembros de la Comisión defensora por cuál de ellas se inclinaban (44). A su discurso contesta Gamazo —por la Comisión—, que se refiere a diversas cuestiones de las tratadas por Azcárate, pero no alude siquiera a la que concretamente nos interesa ahora (45). Azcárate, en su rectificación, insiste sobre el mismo punto (46), sin obtener respuesta (47). Posteriormente, Labra plantea de nuevo la cuestión con tono enérgico e insistente (48).

(43) *Ibid.* *Diario de Sesiones de Cortes. Congreso*, núm. 88, 6 de abril de 1889, pág. 22.

(44) *Diario de Sesiones de Cortes. Congreso*, núm. 88, 6 de abril de 1889, pág. 22.

(45) Discurso de GAMAZO en *Diario de Sesiones de Cortes. Congreso*, número 90, 9 de abril de 1889, págs. 17-23; núm. 91, 10 de abril de 1889, páginas 13-22; núm. 92, 11 de abril de 1889, págs. 5-12.

(46) *Diario de Sesiones de Cortes. Congreso*, núm. 92, 11 de abril de 1889, pág. 17. Dice AZCÁRATE: "aquí entra el único punto de aquellos sobre los cuales ha guardado silencio el Sr. Gamazo y acerca del que yo me permito insistir, y pido a S. S. alguna aclaración; me refiero al matrimonio de españoles casados en el extranjero; tiene mucho interés esta cuestión, por su historia y por su trascendencia".

(47) A la rectificación de AZCÁRATE, contesta GAMAZO, *Diario de Sesiones de Cortes. Congreso*, núm. 93, 12 de abril de 1889, págs. 15-16. Este silencio es muy significativo precisamente en la persona de GAMAZO, que fue, con ALONSO MARTÍNEZ y CASALEJAS, firmante del voto particular al Proyecto de bases de 1885. *Ibid.* nota 16.

(48) *Diario de Sesiones de Cortes. Congreso*, núm. 97, 17 de abril de 1889, pág. 12. Estimo de interés transcribir y subrayar algunos pasajes de la interpelación de LABRA: "No menos gravedad entraña otro punto, respecto del que insisto en pedir al señor Presidente de la Comisión, que va a hablar hoy, una explicación; insisto en reclamarla del Sr. Gamazo, que dejó este punto a oscuras; insisto en reclamarla del Sr. Alonso Martínez, que según se asegura va a tomar parte en este debate, y en último caso, insisto en reclamar del Señor Presidente del Consejo de Ministros una explicación del punto referente al derecho internacional privado por lo que hace relación al casamiento de los españoles en el extranjero. Es necesario que sobre este punto queden las cosas perfectamente claras; ...Tenemos, pues, necesidad de saber a qué atenernos sobre esta materia; porque aun cuando bien se me alcanza que es objeto de debate en casi todos los libros de derecho internacional que se han publicado de ocho años a esta parte, y que constituye una cuestión política de bastante importancia, sin embargo, el Gobierno debe tener sobre ella pensamientos serios. ¿Puede el Gobierno mantenerse en cierta reserva, huyendo el cuerpo a esa dificultad? Esto

Le contesta Albacete, por la Comisión, rogándole formule otra vez las dos últimas preguntas con que terminó su discurso (49). Y atendido el ruego (50), da Albacete una respuesta a modo de opinión personal, como despojándose de su carácter de miembro de la Comisión defensora, que, en definitiva, deja la cuestión como estaba (51).

Resulta claro que el silencio de nuestro legislador no obedece a olvido, sino a intención deliberada. Es cierto que por parte de las dos Comisiones encargadas de defender el dictamen del Código en las Cortes se reconoció el principio, establecido en el artículo 42, de vinculación de los católicos a la forma canónica, pero esta actitud parece estuvo determinada, como ya se ha indicado, por una razón de táctica

podría hacerlo quizás si se tratara de un asunto de carácter esencialmente político; pero se trata de una cuestión que se lleva al Código civil, que va a producir efectos y resultados de carácter económico en nuestro derecho privado, y tenemos que saber si los españoles cuando se casan fuera de España se han de someter a las leyes del estatuto formal, es decir, a las que rigen en los países a donde van, o si, por el contrario, han de atenerse a las disposiciones de este Código, en cuya virtud, siendo católicos, se habían de casar con arreglo a los procedimientos del matrimonio católico, y siendo protestantes o no perteneciendo a la religión católica, por el procedimiento del matrimonio puramente civil. ¿Qué quiere decir esta cláusula o esta referencia del libro I.º? ¿Qué quiere decir esta referencia del art. 100 a los Cánstules? ¿Qué principio rige? *El Código ya lo dice; la Comisión no contesta*".

"Yo espero oír al Sr. Alonso Martínez, porque el asunto es de gran importancia. Yo no estoy haciendo un discurso político de ningún carácter; estoy discutiendo bajo el punto de vista de los intereses de mi país en aquel orden de cuestiones que va a producir derechos y obligaciones; y por tanto, es necesario saber si un español católico que se case por un procedimiento extraño al catolicismo fuera de aquí, qué es lo que necesita hacer cuando quiera ejercitar su derecho de español. Me parece que la cosa vale la pena: *me parece que es grave el silencio en este punto*".

(49) *Diario de Sesiones de Cortes. Congreso*, núm. 97, 17 de abril de 1889, pag. 27.

(50) *Diario de Sesiones de Cortes. Congreso*, núm. 97, 17 de abril de 1889, pag. 27: "El Sr. LABRA: Hice varias preguntas; pero las dos más concretas fueron las siguientes: Primera: ¿con arreglo a qué ley o de qué suerte se ha de verificar el matrimonio de españoles en el extranjero?..."

(51) *Diario de Sesiones de Cortes. Congreso*, núm. 97, 17 de abril de 1889, págs. 27-28. La contestación de ALBACETE es como sigue: "En cuanto a la otra pregunta el silencio del Código revela al Sr. Labra cuál puede y debe ser la solución práctica en los diferentes casos que ocurren. Entiendo que el matrimonio, por su esencia, es una institución principal y casi exclusivamente religiosa; y que los matrimonios que se celebren en el extranjero, dependerán, en cuanto a la manera de contraerse, de la conciencia de los contrayentes, sin amenguar en lo más mínimo su libertad".

"En cuanto a la forma externa por la cual en el orden civil esos matrimonios puedan celebrarse, diré que se habrán de celebrar con arreglo a los principios del derecho regional o nacional que constituyen lo dispuesto por el Poder soberano del país para darle fuerza bajo el punto de vista civil. Por consiguiente, esto es lo que yo podía contestar, y lo que creo que contestaría en toda ocasión cualquiera que fuese llamado a dar una interpretación al Código, o mejor dicho, a suplir lo que el Código en esa materia prudentemente calla, porque no podía ni debía resolver nada respecto de lo que atañe y afecta a la soberanía de las Naciones donde pueden radicar los contrayentes. Y no tengo más que decir a S. S."

tica: mantener la tolerancia de la Iglesia en orden al matrimonio civil para atraer de este modo el voto aprobatorio de los conservadores. Por otra parte, ninguno de los miembros de dichas Comisiones admitió durante el debate parlamentario la necesidad de incorporar al Código una norma que conectara la condición de heterodoxia con la celebración y validez del matrimonio civil (52). No hallo mejor razón para explicar tal actitud que la natural inclinación de la mentalidad liberal hacia el sistema de "libre" elección.

La tendencia descrita se reflejará en el tema de matrimonio de españoles en el extranjero en el hecho de no admitir expresamente su carácter legítimo —por no empañar el valor de la "concordia" con la Iglesia—, dejando abierta, sin embargo, una perspectiva a su reconocimiento, posible por las omisiones a que antes me he referido y por la existencia de ciertas normas (arts. 55, 22, 1.325 del C. c.) susceptibles de interpretarse en tal sentido (53).

5. LAS DOS INTERPRETACIONES DEL SISTEMA CODIFICADO Y SU PROYECCIÓN EN TEMA DE FORMA LOCAL EXTRANJERA.

A la luz de los precedentes indicados es explicable la dualidad de soluciones contrapuestas que en orden al problema tratado adoptarían posteriormente la doctrina y la jurisprudencia. A partir de una interpretación del sistema en sentido facultativo, se admitirá la idoneidad de la forma extranjera para los españoles. En cambio, en base al carácter subsidiario del matrimonio civil, acogido con fórmula genérica en el artículo 42, se rechazará, o bien, con criterio más flexible, se admitirá en casos concretos con subordinación a los principios de dicho sistema.

(52) Necesidad repetidamente puesta de manifiesto y justificada con variedad de argumentos por los impugnadores del dictamen; entre otros, por el Conde de CANGA-ARGÜELLES, el Obispo de Salamanca y DANVILA. *Vid.* pasajes citados en nota 40. Hubo ocasión para atender a esa necesidad. La ley de 26 de mayo de 1889 ordenaba al Gobierno hacer "una edición del Código civil con las enmiendas y adiciones que a juicio de la Comisión general de Codificación sean necesarias o convenientes, según el resultado de la discusión habida en ambos Cuerpos colegisladores". El Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se promulgó la nueva edición, no contiene ninguna norma sobre el tema.

(53) Acaso pensó nuestro legislador en la admisibilidad de la forma local para el matrimonio de españoles en base precisamente de la formulación de los artículos 1.325, 22 y 55 del C. c. Contra esto se podría argüir que el art. 55 es en lo fundamental una reproducción del 82 de la ley de matrimonio civil de 1870, y que al recogerse esta norma por el legislador de 1888 no se advirtió el significado que pudiera tener en el nuevo sistema del Código. Mas, aún así, la posible falta de ponderación sobre el alcance de los preceptos citados no los sustrae, una vez puestos en el texto del Código, a la exégesis apuntada.

6. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD FORMAL SEGÚN LA INTERPRETACIÓN DEL SISTEMA EN SENTIDO ELECTIVO.

Esta orientación se mantuvo desde los primeros años de vigencia del Código civil, entre otros, por Navarro Amandi (54) y Falcón (55). Ante el silencio del Código, proponía este último acudir al criterio de libertad de forma establecido en el artículo 70 de la Ley de Registro civil de 1870, desconociendo así la radical diferencia existente entre el sistema a que obedecía este cuerpo legal y el del Código civil (56). Durante varios años se acogió la misma idea de libertad formal entre los civilistas (57) y entre los expositores de Derecho internacional privado (58), si bien, entre éstos, alguno sólo la admitía, con carácter excepcional, en determinados casos (59).

La opinión referida, aunque incorrecta, es explicable mientras faltó una interpretación gubernativa del artículo 42 precisando el carácter subsidiario del matrimonio civil. Una vez iniciada esa interpretación por la Real Orden de 28 de diciembre de 1900 y continuada por otras (60), perdió aquella opinión el valor que ocasionalmente había

(54) NAVARRO AMANDI M., *Cuestionario del Código civil reformado*, I, Madrid 1889, págs. 80-84. La posición del autor en la interpretación del régimen del Código responde a la concepción del sistema electivo (cfr. págs. 78-79).

(55) FALCÓN, M., *Exposición Doctrinal del Derecho Civil Español, Común y Foral*, 5.ª ed., I, Barcelona 1897, pág. 154.

(56) FALCÓN, loc. cit. Como presupuesto de esta idea, mantuvo este autor que era "potestativo en el español casarse civil o canónicamente, pues ésta es una cuestión que él solo debe arreglar con su conciencia". De este modo rompe con la opinión mantenida en su obra *Código civil español*, I, Madrid 1888. Aquí parece reconocer el carácter subsidiario del matrimonio civil en nuestro Código al decir que "el Estado ha aceptado como propia la legislación canónica referente al vínculo matrimonial", que la Iglesia "ha logrado que el matrimonio canónico sea la única unión legal entre los católicos" (pág. 103), que el Código "sólo al matrimonio canónico concede efectos civiles cuando se trata de católicos" (pág. 101).

(57) BURÓN GARCÍA, *Derecho civil español*, I, Valladolid 1898, pág. 329; SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, V, I, 2.ª ed., Madrid 1912, páginas 539-541; VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, IV, 4.ª ed., Valladolid 1938, págs. 152-153; SCAEVOLA, Q. M., *Código civil concordado y comentado extensamente*, II, Madrid 1907, págs. 476-477; y al parecer, DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, II, Madrid 1930, pág. 380. Dentro de esta corriente doctrinal, debe destacarse la posición de MURETUS SCAEVOLA y de DE DIEGO. A diferencia de los demás, defendieron estos autores el principio de matrimonio civil subsidiario y la necesidad de una declaración de heterodoxia. Sin embargo, no tuvieron en cuenta esta exigencia al tratar del matrimonio de españoles en el extranjero.

(58) CONDE Y LAFUENTE, R., *Derecho internacional privado*, II, Madrid 1907, págs. 103-104; GESTOSO Y ACOSTA, L., *Curso elemental de Derecho internacional privado*, Valencia 1900, pág. 413 (citado por GARCÍA BARRITOSO, op. cit., pág. 74, nota 16).

(59) LASALA LLANAS, M., *Sistema español de Derecho civil internacional e interregional*, Madrid 1933, págs. 105-108.

(60) Se produce un cambio de interpretación al ser derogada esta Real Orden por la de 27 de agosto de 1906, en la que se dice del art. 42 —tergiversando su sentido— que no amengua la libertad de los católicos para adoptar la

adquirido (61), resultando por completo inadmisibles a partir de la Orden de 10 de marzo de 1941 que, con cierto rigor técnico, ausente en las disposiciones anteriores del mismo carácter, precisa las exigencias impuestas por la institución matrimonial canónica en tema de celebración y validez del matrimonio civil (62).

No es preciso insistir en que, sin apoyarse en la autoridad de la interpretación administrativa, se podía haber mantenido con buenas razones, a la luz solamente de los preceptos del Código, una limitación a la idoneidad de la forma local. En este sentido, es paradójico que mientras nuestros primeros comentaristas, sin atender al principio de confesionalidad, mantenían la idea de absoluta libertad formal en esta materia, un autor francés, en la misma época, venía a considerar inválido, en base exclusivamente a los preceptos del Código, el matrimonio celebrado en forma civil en el extranjero por españoles católicos (63).

7. LA OPINIÓN DE LA INADMISIBILIDAD DE LA FORMA LOCAL EXTRANJERA EN EL SISTEMA DE MATRIMONIO CIVIL SUBSIDIARIO.

Antes de la reforma de 1957-58 se mostró suficientemente la necesidad de atenerse a los postulados de nuestro sistema matrimonial para decidir un criterio de tratamiento jurídico en orden al matrimo-

forma civil de celebración. Esta disposición se deroga por la Real Orden de 28 de febrero de 1907, que restablece la interpretación de la de 1900, confirmada más tarde en la Real Orden de 28 de junio de 1913. De nuevo se interrumpe esta doctrina en el período republicano con la Orden ministerial de 10 de febrero de 1932, y se vuelve a ella al restablecer la vigencia del Tít. IV, Lib. I, del C. c. la ley de 12 de marzo de 1938, derogatoria de la ley de matrimonio civil de 28 de junio de 1932. Como complemento de la ley de 1938 se dictó el 22 de marzo de este mismo año una Orden del Ministerio de Justicia que interpreta el art. 42 en sentido coincidente con las Reales Ordenes de 1900, 1907 y 1913. Un estudio muy completo de esta evolución en FRENKAYOR, *El sistema*, cit., págs. 15 y ss.

(61) Así se explica que un autor como COVÁN, partidario del sistema de libre elección (cfr. *Matrimonio civil*, en "Enciclopedia Jurídica española", XIII, pág. 6), reconozca el principio de matrimonio civil subsidiario en tema de matrimonio de españoles en el extranjero, precisamente en virtud de la interpretación gubernativa del art. 42 del C. c. (*Matrimonio de españoles en el extranjero*, en "Enciclopedia jurídica española", XXII, pág. 46).

(62) Vigente la Orden de 10 de marzo de 1941, se propuso exhumar la vieja fórmula de la ley de 1870. En tal sentido, A. G. R., *Matrimonio civil de españoles en el extranjero*, en "Boletín de Información del Ministerio de Justicia", III (1949), núm. 76, págs. 3-4. Aunque el autor no es muy expresivo, parece dejar a salvo los principios del sistema al decir que "con esta fórmula, cuyo restablecimiento convendría tal vez estudiar, en nada se lesionan las garantías de acceso de los actos al Registro, puesto que el funcionario consular encargado del mismo calificará los documentos, que al efecto se le presenten, de conformidad con la legislación nacional, respetándose así el principio de personalidad de las leyes que se consigna en el art. 9.º del Código civil".

(63) AUDINET, E., *Le droit international privé dans le nouveau Code civil espagnol*, cit., págs. 1121-1122.

nio de españoles celebrado en forma local extranjera. A este respecto, se manifestaron dos opiniones en lo relativo al procedimiento para dotar de efectividad al principio, básico en nuestro sistema, de vinculación de los católicos a la forma canónica.

La opinión que puede considerarse dominante rechazaba en absoluto la validez del matrimonio civil de españoles (acatólicos) en forma distinta de la del artículo 100 del C. c. Apoyada en una interpretación sistemática de los artículos 9, 11, párrafo 3.º, 100 y 101 del Código civil, venía a decir, en síntesis, que el artículo 100 del C. c. deroga el 70 de la Ley del Registro civil de 1870, que es inaplicable la regla *locus regit actum* en tema de matrimonio de españoles y que, por tanto, éste debe ser autorizado en todo caso para su validez en nuestra Patria por funcionario español.

Este criterio fué acogido en un amplio sector de la doctrina científica (64) y se aplicó por el Tribunal Supremo —sentencias de 1 de

(64) MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, J., *Sobre los matrimonios civiles de españoles en el extranjero*, en "Revista española de Derecho canónico", IV (1949), págs. 641-647; CUADRA Y ECHAIDE, J. DE, *Intervención consular en el matrimonio de españoles en el extranjero*, en "Revista española de Derecho canónico", VII (1952), pág. 958; GARCÍA BARRIUSO, P., O. F. M., *Derecho matrimonial islámico y matrimonios de musulmanes en Marruecos*, Madrid 1952, págs. 376-378; BERNÁRDEZ CANTÓN, A., *Declaración de nulidad de un matrimonio civil entre españoles contraído en el extranjero*, en "Revista española de Derecho canónico", IX (1954), pág. 938; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, 7.ª ed., V, I, Madrid 1954, págs. 137-138; SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Las formalidades civiles del matrimonio canónico*, Madrid 1955, págs. 265-271; MIAJA DE LA MUELA, A., *Derecho internacional privado*, II, Madrid 1955, pág. 250; REYES MONTERREAL, J. M., *Problemas matrimoniales*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", CV (1957-II), págs. 71-72.

Anteriormente se había expuesto esta opinión por algunos tratadistas de Derecho internacional privado. Vid. ORÚE, J. R., *Manual de Derecho internacional privado español*, Madrid 1928, pág. 354; GESTOSO TUDELA, L., *Derecho internacional público y privado (Judicatura)*, Madrid 1928, págs. 179-180. Este último reconocía tres excepciones a la imperatividad —para los españoles acatólicos— de la forma del art. 100 de nuestro C. c.: matrimonios celebrados en país que no admite la jurisdicción consular, matrimonios contraídos en lugares en que no residen nuestros agentes diplomáticos y consulares, y matrimonios en que sólo uno de los contrayentes es español. Pero este autor, que en tales casos reconocía como "válido el matrimonio celebrado en la forma civil solemne del lugar de celebración ante los funcionarios locales competentes", dejaba a salvo el principio de confesionalidad, en cuanto, previamente a la exégesis que hace del párrafo último del art. 100 del C. c., sienta la siguiente afirmación: "Si no son católicos los españoles que deseen contraer matrimonio en el extranjero, deberán necesariamente contraer matrimonio civil según los artículos 42 y 83 a 101 del Código civil" (pág. 179).

En la misma línea puede considerarse incluído a RODRÍGUEZ VALCARCE, F., *Matrimonio de españoles en el extranjero*, en "Revista de Derecho procesal", IX (1953), págs. 195 y ss., esp. 201, 209 y 210. Sin embargo, este autor se aparta de la opinión más generalizada al admitir el principio de exclusiva competencia de nuestros funcionarios diplomáticos o consulares sólo con referencia al supuesto de que ambos contrayentes sean españoles. Tratándose de matrimonio mixto (entre súbdito español y súbdito extranjero), admite la aplicación de la regla *locus regit actum*, salvo cuando el nexo civil se concluya entre católicos (y en otros casos que no interesa destacar aquí).

mayo de 1919 y 26 de abril de 1929— y por la Dirección de los Registros —resoluciones de 21 de julio de 1915, 19 de febrero de 1941 y 13 de enero de 1945—. Es también digno de mención en el mismo sentido el dictamen elevado por la Sección de Legislación extranjera del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos a la Dirección General de los Registros y del Notariado en 18 de julio de 1945 (65).

En esta corriente de opinión no se precisa cumplidamente la clase de sanción aparejada al matrimonio de españoles contraído en la forma local. Sin embargo, a la vista de los textos legales que se invocan y de ciertas manifestaciones jurisprudenciales que deben cohesionarse con las arriba citadas, parece estimarse que la sanción será de nulidad y no de inexistencia (66).

(65) *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado*. Años de 1945 y 1946, Madrid 1948, págs. 690-692.

La Sección hace suyos los informes redactados por los señores Vocales don Eloy MONTERO y don Pedro CORTINA: "En su informe, don Eloy Montero dice que 'según el Código todos los que profesan la religión católica y quieren casarse, deben contraer matrimonio canónico; y ninguno de ellos puede contraer el civil, porque este deber, que el Código establece, no es puramente moral y religioso, sino un verdadero deber jurídico, exigible y acompañado de la sanción correspondiente'. Alude después a las disposiciones oficiales que prohíben la autorización de matrimonios civiles sin que al menos uno de los contrayentes 'asegurase bajo su palabra', que no profesaba la religión católica, 'declaración que a su juicio debiera bastar'. No obstante, añade, una Real Orden de 27 de agosto de 1906 proclamaba la libertad de los católicos para adoptar una de las dos formas de matrimonio sin exigir, a quienes pretendían contraerlo civilmente, declaración alguna relativa a la religión profesada. Pero tal norma fué dejada sin efecto, porque, como decía la Real Orden de 28 de febrero de 1907 'excede de las facultades ministeriales'. Termina diciendo el señor Montero que, 'al tiempo de contraer matrimonio los súbditos españoles mencionados, estaba derogada la Real Orden de 27 de agosto de 1906 y vigente la de 28 de febrero de 1907 interpretando el art. 42 del Código civil. No cumplieron, pues, los interesados las formalidades exigidas por el Código y, por tanto, el matrimonio civil es inválido a tenor de dicho artículo'".

"El señor Cortina considera en su dictamen que, según la doctrina legal, el Juez Municipal es el único órgano facultado para autorizar los matrimonios civiles, y si los Consules ejercen las funciones de Jueces municipales a este respecto, es indudable que tales matrimonios adolecen de un defecto de jurisdicción, que obliga a considerarlos nulos, no pudiendo, por tanto, procederse a la inscripción por transcripción de actos nulos. Señala la obligación que tienen los españoles de estar sometidos a las normas que regulan la institución matrimonial. Y para evitar el que, por efecto de las normas de colisión de los países respectivos, se excluya a la ley material española en la regulación de la cuestión de fondo de los matrimonios civiles celebrados entre españoles en el extranjero, es por lo que el legislador español obliga a todos los españoles a contraer matrimonio ante nuestras autoridades consulares. Agrega, por último, que la regla, 'locus Regit Actum' no es de aplicación en la materia, pues su derogación facultativa, prevista por el Código civil, resulta obligatoria, con relación al matrimonio, por efecto del artículo 101 del mismo Cuerpo legal que tiene el carácter de una norma de colisión especial. Basándose en estas consideraciones el señor Cortina estima 'que el matrimonio en cuestión es nulo por no haber sido celebrado ante el Consul español' (pág. 691).

(66) Los términos nulidad e inexistencia se emplean en el sentido indicado en nota 26, y más concretamente según la exposición de los mismos en los trabajos de ROMERO VIEITEZ y PUENMAYOR CHAMPÍN, citados en dicho lugar.

Las sentencias de 1 de mayo de 1919 y 26 de abril de 1929, aunque no precisan este punto, no excluyen de modo expreso los efectos propios de la doctrina del matrimonio putativo. Por otra parte, puesto que en esta jurisprudencia el fallo de nulidad viene fundamentado en el artículo 101 del C. c. y en cuanto a todos los supuestos tipificados en este artículo es aplicable en principio la disciplina del artículo 69 del mismo Código, hay que concluir que al matrimonio en cuestión se le reconocerán los efectos jurídicos producidos hasta el momento de la declaración de nulidad.

Hay que tener en cuenta, además, las sentencias de 8 de julio de 1915 y 18 de noviembre de 1919 (67), en las que al matrimonio en examen se reconocen los efectos jurídicos del matrimonio válido mientras no se declare su nulidad por Tribunal competente. En realidad, esta jurisprudencia no parece incompatible con la anteriormente expuesta (68). Una y otra podrían conjugarse considerándolas referidas a distintos aspectos de la institución: la primera, al acto; la segunda, a la relación matrimonial.

La misma idea parece inspirar la doctrina de la Dirección de los Registros. La resolución de 13 de enero de 1945, relativa a un caso de matrimonio entre españoles celebrado en el extranjero, dejando a salvo que "cualquier parte interesada pueda ejercitar ante los Tribunales españoles la acción de nulidad, *que seguramente lograría triunfar*, dada la nueva interpretación consignada en la Orden citada" (de 19 de febrero de 1941), declara que esa clase de matrimonios "son transcribibles en los Registros civiles de los Consulados", doctrina en la que, sin prejuzgar la cuestión de la validez o invalidez, se afirma —al admitir la transcripción— un principio de eficacia. Análogo juicio se contiene en la resolución de 20 de mayo de 1952 (69).

(67) Citadas por CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., 7.ª ed., V, 1, Madrid 1954, página 137; LASALA LLANAS, op. cit., pág. 107; MIAJA DE LA MUELA, op. cit., II, páginas 250-251.

Un criterio análogo al de estas sentencias parece inspirar al Tribunal Supremo en la más reciente de 3 de mayo de 1958, al declarar que no pierde la recurrente la legitimación activa para continuar el recurso de casación "por el hecho de haberse decretado por los Tribunales eclesiásticos la separación perpetua a instancia de su esposo..., pues que aún existe el matrimonio civil contraído entre ambos en Francia en 3 de diciembre de 1932, cuya invalidez no consta en el actual momento procesal".

(68) Así parecen entenderlo los autores que exponen una y otra conjuntamente. En tal sentido, CASTÁN TOBEÑAS y LASALA LLANAS, lugares citados en nota anterior. En cambio, MIAJA DE LA MUELA, loc. cit., califica de "menos radical" el criterio seguido en las sentencias últimamente citadas.

(69) Tratábase de un matrimonio entre súbditos españoles celebrado en forma civil ante autoridades francesas el día 20 de abril de 1930, por tanto durante la vigencia de las RR. OO. de 2 de agosto de 1900 y 28 de febrero de 1913, que la resolución cita entre las disposiciones consultadas. El matrimonio fué inscrito en los libros del Consulado de España en París. La Dirección General acuerda resolver la transcripción del asiento al Registro del lugar de domicilio, con lo que mantiene un principio de eficacia del matrimonio celebrado, pero sin prejuzgar su validez. Dice concretamente que el acta "debe transcri-

A las consideraciones anteriores debe sumarse el dictamen del Profesor Dölle, que hace suyo la sentencia del Tribunal de Stuttgart de 12 de enero de 1949 (70), referente al caso de un matrimonio celebrado en Alemania en la forma local, ante el *Standesamt St.*, el 4 de marzo de 1947, entre español católico y alemana protestante.

Recoge Dölle la conocida interpretación de nuestra jurisprudencia sobre el artículo 101, núm. 4.º, en relación con el 100, párrafo 3.º, del C. c., haciendo la salvedad de que puede ser controvertido el que esta doctrina sirva sólo si los dos contrayentes son de nacionalidad española o el que la competencia del cónsul español pueda ser negada cuando una de las partes tenga nacionalidad extranjera. En todo caso, añade, según la jurisprudencia española —y este es el punto que interesa destacar— los matrimonios de españoles realizados en la forma local deben considerarse válidos en tanto en cuanto no sea declarada su nulidad. Para esta declaración son competentes los Tribunales españoles. Como tal declaración no se ha hecho, el matrimonio debe considerarse válido, y precisamente siguiendo el Derecho español.

8. ADMISIBILIDAD DE LA FORMA LOCAL EXTRANJERA CON SUBORDINACIÓN A LOS PRINCIPIOS DEL SISTEMA DE MATRIMONIO CIVIL SUBSIDIARIO.

A partir de la misma idea inspiradora de la anterior interpretación y diferenciándose de ella en lo relativo al procedimiento para hacer efectiva la observancia de los principios del sistema, se afirmó en estos últimos años la validez del matrimonio de españoles en el extranjero en los casos en que resulte acreditada la exigencia de acatolicidad. Esta tesis se mantuvo en la doctrina por Fernández Viagas, Lluís y Navas, García Barriuso y Goldschmidt (71) y se llevó a la práctica en varias resoluciones de la Dirección de los Registros y en algunas sentencias de Tribunales extranjeros.

Se advierten dentro de esta tendencia ciertas imprecisiones y, por otra parte, en algunos puntos existen notables discrepancias entre las varias manifestaciones doctrinales y jurisprudenciales que la informan. Analizaremos algunas cuestiones que en esta dirección no se han aclarado o se prestan a controversia, y lo que por conclusión se diga aquí podrá ser aplicado, con las oportunas referencias, al régimen vigente.

birse, sin perjuicio de los derechos que a los interesados puedan corresponderles como consecuencia de la celebración del acto, los cuales habrán de decidirse por los Tribunales competentes".

(70) El texto de esta sentencia se recoge por MAKAROV, A. N., *Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts in den Jahren 1915-1940*, publicación extraordinaria de "Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht", Berlín-Tübingen, 1952, págs. 36 y ss.

(71) Lugares citados en nota 5.

A. Función de la exigencia de acatolicidad.

La expresión "exigencia de acatolicidad" puede emplearse con dos significados, que conviene fijar y delimitar cuidadosamente, ya que a cada uno de ellos, en íntima relación con el otro, corresponde una propia función en el matrimonio civil.

En sentido intrínseco, la exigencia de acatolicidad constituye una condición de capacidad específica del matrimonio civil. En sentido extrínseco, consiste en una actividad compleja, en parte formal y en parte crítica, desarrollada principalmente por el encargado del Registro civil (72) y encaminada a acreditar en cada caso la capacidad de los contrayentes en el orden confesional.

Fácil es suponer la función aneja a cada una de estas significaciones. La condición de capacidad actúa como *elemento de validez* del matrimonio. La actividad formal y crítica, o probatoria, sirve como *dato de certeza de la capacidad*.

La primera es una función esencial o básica. La segunda, una función instrumental y, en tal sentido, necesaria.

La actividad probatoria no consagra la *validez del acto* matrimonial, de tal modo que sin ella el matrimonio carezca *in radice* de valor y con ella adquiera un valor inatacable. Sin embargo, en ciertos casos, afecta, sin prejuzgar la validez del acto, a la *eficacia de la relación* que el acto matrimonial genera normalmente. Parece claro que mientras falte la prueba de acatolicidad no se podrá enjuiciar la capacidad de los contrayentes ni, por consiguiente, la validez del acto, y en tanto ésta sea incierta no podrá el matrimonio ser inscrito en el Registro ni desplegar su eficacia típica. De este modo, la actividad probatoria viene a cumplir en definitiva la función de una condición de eficacia (73). De aquí la necesidad práctica de su observancia.

La consideración anterior se dirige a una explicación de la hipótesis en que la prueba de acatolicidad no se aporte y valore con anterioridad al acto del matrimonio. Esta hipótesis se dará con cierta frecuencia en el ámbito de actuación de funcionarios extranjeros, que, por desconocimiento o errónea interpretación de nuestras leyes, o por falta de una norma de remisión en los ordenamientos respectivos a la ley

(72) Además de la participación que en tal actividad corresponde a los contrayentes, existe también cierta intervención de la Autoridad eclesiástica. Así en el Derecho vigente. Cfr. arts. 244 a 247 del R. R. c. Sobre el significado de esa intervención de la autoridad eclesiástica *vid.* REYES MONTERREAL, J. M., *Problemas matrimoniales*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", CV (1957-II), págs. 56 y ss.; SANCHEZ REBULLIDA, F. de A., *El artículo 42 del Código civil y el Decreto de 26 de octubre de 1956*, en "Pretor", VI (1957), páginas 10-11; FUENMAYOR, *El sistema*, cit., págs. 134 y ss.

(73) Se debe aclarar que tal condición no determina los efectos del matrimonio sino únicamente la actuación de los que del acto mismo se deriven. Ahora bien, en cuanto que de la prueba de acatolicidad depende la inscripción del matrimonio en el Registro, vienen a depender de aquélla los efectos del matrimonio respecto de terceros en la medida en que éstos son protegidos por la fe pública registral.

nacional de los contrayentes, o por supuestas razones de orden público (74), no suelen atender al autorizar el acto a la exigencia de la prueba de acatolicidad. Incluso, dentro del ámbito de actuación de los funcionarios españoles, cabe también excepcionalmente la celebración del acto sin prueba previa, si hay razón que así lo justifique, como ocurre, por razón de urgencia, en el matrimonio en peligro de muerte.

A los casos referidos y a algún otro supuesto irregular (75) se debe entender limitada la actuación de la prueba de acatolicidad como condición de eficacia.

En cambio, dentro del ámbito de actuación de los funcionarios españoles, en supuestos normales, en que la prueba de acatolicidad viene preceptivamente impuesta como un requisito previo al acto, puede decirse que su función es la de *presupuesto de celebración*. Aquí, dado que en tales supuestos no llegará a realizarse el acto, sería ocioso hablar de su eficacia.

En cualquier caso, es clara la función instrumental de la prueba como dato de certeza de la capacidad. En supuestos normales, esta función operará como presupuesto de celebración. En supuestos excepcionales (matrimonio en peligro de muerte ante funcionario español) e irregulares (matrimonio de españoles ante funcionario extranjero) (76) actuará como condición de eficacia.

Conviene examinar detenidamente el modo como se ha tratado la cuestión de este epígrafe en la doctrina y en la jurisprudencia. La opinión que acabo de exponer coincide en parte con opiniones expuestas antes de la reforma de 1957-58, si bien algunos de sus mantenedores confunden con frecuencia aspectos que aquí, a la luz de la nueva legislación registral, se ha procurado delimitar.

(74) En la doctrina del Derecho internacional privado se registra actualmente una tendencia a limitar el tópico de inaplicabilidad de normas de inspiración confesional en los países de legislación matrimonial laica *por razones de orden público*. Vid. BARRIÉROL, H., *La contribution des relations franco-espagnoles a la construcción du droit international privé en France*, Valladolid 1950, páginas 72 y ss.; MEZGER, E., *Derecho matrimonial español ante Tribunales franceses*, en el volumen "Matrimonios españoles ante Tribunales franceses", ed. por el Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1949, esp. pág. 27.

La sentencia del Tribunal de Apelación de Bruselas de 14 de diciembre de 1955 declara nulo el matrimonio celebrado en Auvers (Bélgica), ante el oficial del estado civil, el 30 de noviembre de 1926, entre español católico y mujer belga, católica también y divorciada de un primer matrimonio canónico. La sentencia declara que difícilmente se podría pretender que la ley española, de la que se toma el impedimento controvertido, sea peligrosa para el orden público o el orden social (belga). Cfr. "Revue critique de droit international privé", XLVI-1957, pág. 71.

(75) No me refiero a ningún otro supuesto específico, aparte de los dos indicados, sino a los casos en que, por anomalías en el funcionamiento del Registro, no se haya levantado acta. Cfr. LÓPEZ ALARCÓN, M., *El matrimonio civil y su inscripción*, en "Pretor", VIII (1959), núms. 81-82, págs. 107-108 y nota 41.

(76) La diferencia práctica entre la calificación de "excepcional" y la de "irregular" se explica más adelante.

a) *Función esencial de la exigencia de acatolicidad.*

En trabajos publicados recientemente, pero anteriores a la reforma de 1957-58 o cuando ésta aún no se había terminado, han destacado algunos autores la consideración del matrimonio civil de súbditos españoles en el extranjero como asunto de capacidad (77).

Así, Fernández Viagas dice que "se trata de un problema de capacidad..., y como tal debe recibir el tratamiento mismo de cualquier cuestión de capacidad. Esto es, que no existe razón para reservar sólo este problema, y no cualquier otro de la misma naturaleza, a la decisión de las autoridades españolas" (78). Y a continuación añade: "no vemos por qué sólo en este caso se ha de preservar a la Ley española de una posible violación mediante la exclusiva intervención del funcionario español. Es lo cierto, por el contrario, que ese problema de capacidad debe ser tenido en cuenta por la autoridad local como cualquier otro en relación con la Ley española. Esto es, que es a la autoridad de la Ley española y no a la autoridad del funcionario español a la que se reserva el poder de resolver acerca del caso. Y caso de que la autoridad local pase por encima de tal prohibición, por una defectuosa interpretación del Derecho español, porque, para ignorarlo, alegue razones de Orden Público, o porque su propia regla de conflictos no llame a la Ley nacional en cuestiones de estado, el matrimonio, válidamente celebrado ante la Ley extranjera, será considerado nulo en España y fuera de España por los Tribunales y autoridades españolas como contrario al Derecho español y concretamente a las normas indirectas de ese mismo Derecho, lo mismo que ocurre con respecto a cualquier matrimonio celebrado por españoles en el extranjero contra la prohibición de la Ley española" (79).

García Barriuso, en 1958, antes de la publicación del nuevo Reglamento del Registro civil, escribe que "*la cuestión de la acatolicidad* como cuestión de fondo, no de forma, *debe ser atendida*, igual que es obligado hacerlo con respecto a los demás requisitos de capacidad exigidos por la Ley nacional, *para que el matrimonio resulte válido* ante esa misma Ley nacional. De aquí que sería nulo ante la Ley española

(77) Ya en 1891 AUDINET había acertado en esta calificación (loc. cit., páginas 1121-1122), pero la hacía proceder (en mi opinión, indebidamente, como más adelante trato de explicar) de una aplicación directa del Derecho canónico.

En otro sentido la resolución de 4 de junio de 1915 decía que "el alcance que distintas Reales Ordenes de este Ministerio, vigentes en la actualidad, asignan al artículo 42 del propio Cuerpo legal, en cuanto al interpretarlo en el sentido de que establece diversos supuestos de capacidad para cada una de las dos formas que admite, colocan implícitamente lo dispuesto en tal artículo, en caso de conflicto o de problema de Derecho internacional, dentro de la esfera del artículo 9.º del repetido Código, y sólo excluyen de su aplicación las situaciones de imposibilidad material". Sobre el alcance esta resolución *vid.* MATEA DE LA MUELA, op. cit., II, pág. 251.

(78) FERNÁNDEZ VIAGAS, P., *Los matrimonios de españoles en el extranjero*, cit., pág. 105.

(79) FERNÁNDEZ VIAGAS, P., loc. cit., pág. 105.

el matrimonio civil local de españoles acatólicos [católicos, quiso decir], si la autoridad local, por razones de Orden Público o porque su propia Ley de conflictos no remite, en cuanto a la capacidad, al estatuto personal, prescindiese de ese requisito de acatolicidad que exige el Derecho español para el matrimonio civil de los españoles, y que se impone con el mismo carácter que los otros referentes a la capacidad de los contrayentes" (80). Más adelante señala que "el hecho de presentar previa declaración de acatolicidad resulta un requisito puramente formal; ciertamente será exigible cuando se celebre el matrimonio en la forma española consular, pero no cuando lo sea en la local, pues las formas de celebración son distintas, no sólo porque las formalidades que se observan no son iguales, sino también porque se celebran ante autoridades diferentes" (81). Y, en consecuencia, viene a admitir que "dos españoles, contando con un certificado de acatolicidad extendido por agente diplomático español, y aun sin eso, pueden casarse civilmente en el extranjero en la forma local, y esto por aplicación del artículo 11 del Código civil" (82).

Con las anteriores consideraciones tienden los autores citados a desplazar el problema del plano formal en que, hasta la fecha de publicación de sus trabajos, venía siendo tratado, para considerarlo como cuestión de fondo, de capacidad, relevante en tema de validez y no en tema de celebración. El pensamiento cardinal de tales autores se orienta a la idea de que un matrimonio civil de españoles en el extranjero, según el régimen anterior a la reforma de 1957-58, será nulo, no porque se haya celebrado en forma diferente de la prescrita en el artículo 100 de nuestro C. c. (83), ni por haberse omitido previamente a la celebración la prueba de acatolicidad (84), sino por un defecto de capacidad, en el caso, la condición católica de ambos contrayentes o de uno de ellos.

Al situar la exigencia de acatolicidad junto a los elementos de capacidad, se trata de mostrar su función esencial y más característica, poniéndola de relieve precisamente allí donde, no actuando como obstáculo para la celebración, como es posible que ocurra en el matrimonio civil de españoles autorizado por funcionario extranjero, haya que recurrir a su fuerza invalidante.

El planteamiento formal había llevado forzosamente a mantener, desde diferentes puntos de vista, posturas extremas.

Extrema, por exceso, era la actitud de quienes, a pretexto de mantener el principio de confesionalidad, involucraban la exigencia de acatolicidad con la idea de exclusiva competencia de nuestros funcionarios en el matrimonio civil de españoles, calificando de nulo, *por falta de*

(80) GARCÍA BARRITSO, *Matrimonio de españoles...*, cit., pág. 72

(81) GARCÍA BARRITSO, op. cit., pág. 73.

(82) GARCÍA BARRITSO, op. cit., pág. 73.

(83) Tal motivo de nulidad era, como vimos anteriormente, el acogido en las sentencias del T. S. de 1 de mayo de 1919 y 26 de abril de 1929.

(84) Sobre la posible consideración de la falta de prueba de acatolicidad como causa de invalidez *vid.* BERNÁRDEZ CASTRÓN, loc. cit., pág. 940. Sobre este punto, más adelante.

forma, al autorizado por funcionario extranjero; extrema, por defecto, resultaba también la postura de quienes, aun admitiendo una conexión de la exigencia de acatolicidad con la forma civil en el ámbito de la ley de los contrayentes, consideraban dicha conexión inoperante, por el alcance absoluto atribuido a la regla *locus regit actum*, en el ámbito de la *lex loci celebrationis*, sin indagar, por otra parte, el posible juego de la exigencia en el plano de la capacidad, siguiéndose de todo ello la validez del matrimonio en el dominio de la *lex loci* con independencia de la confesión de los contrayentes (85)..

Dentro del planteamiento formal, ambas tendencias, cada una desde su punto de vista unilateral ponían en pugna innecesariamente el sistema matrimonial de Derecho interno y el sistema de reglas de Derecho internacional privado.

Pero ni había por qué reservar la autorización del matrimonio civil de españoles acatólicos a nuestros funcionarios, desorbitando el alcance de la exigencia de acatolicidad, ni era tampoco justificado llevar la aplicación de la regla *locus regit actum* más allá del límite marcado en una norma de capacidad impuesta por la ley personal de los contrayentes.

Una y otra tendencia quedan superadas al cambiarse el planteamiento, considerándose la exigencia de acatolicidad como *requisito de fondo*.

Esta es la orientación actual. Desde el punto de vista del Derecho interno, ya se anotó al principio de este estudio que la nueva legislación registral ha venido a admitir la idoneidad de la forma extranjera para el matrimonio civil de españoles, con la reserva naturalmente de que los contrayentes sean acatólicos. Desde el punto de vista del Derecho internacional, es de notar, en fallos recientes, el respeto de la jurisprudencia extranjera al carácter confesional de nuestro sistema, respeto que entraña un límite en la aplicación de la regla *locus regit actum* (86).

b) *Función instrumental de la exigencia de acatolicidad.*

La exigencia de acatolicidad es, ante todo, un elemento de capacidad, determinado por el estado confesional de los contrayentes y constitutivo de la validez del matrimonio. En tal sentido, es clara su analogía

(85) En tal sentido, el comentario de la sentencia del Tribunal del Sena de 17 de junio de 1917, en "Revue de droit international privé", 1928-XXIII, páginas 334 a 338, esp. 337-338.

(86) Merece citarse singularmente, en tal sentido, la sentencia del Tribunal de Rabat de 13 de abril de 1955, que declara nulo el matrimonio civil de súbdito católico español con mujer de nacionalidad italiana, celebrado en Casablanca en la forma local, en base a que, desde el punto de vista de la ley española, que exclusivamente debe tenerse en cuenta para la calificación, la celebración religiosa del matrimonio de un súbdito español no constituye una condición de forma sino una condición de fondo, esencial para su validez". *Fid.*, una recensión de la sentencia en "Revue critique de droit international privé", XI.V-1956, pág. 714. Por extenso la recoge GARCÍA BARRILERO, *Matrimonios de españoles...*, cit., páginas 143-144, y la "Revue juridique et politique de l'Union Française", IX (1955), págs. 843-845, con nota de P. DEBORIX.

con los demás elementos de capacidad, y particularmente con los determinados por el estado clerical o religioso (impedimentos de orden sacro y voto *solemnē*), estado conyugal (impedimento de vínculo) y familiar (impedimento de parentesco), etc. Sin embargo, esta analogía, a la que apuntan las consideraciones antes expuestas de Fernández Viagas y García Barriuso (87), no debe oscurecer una peculiar característica de la exigencia de acatolicidad, que la destaca entre los demás elementos de capacidad con singular relieve, y es que, en la medida en que actúa como tal elemento de capacidad, hace efectiva la distinción de las dos especies matrimoniales reconocidas en nuestro Derecho. No pone en juego simplemente un principio particular o de alcance limitado a un aspecto del matrimonio civil --del modo como, por ejemplo, el impedimento de vínculo sirve, dentro de la disciplina del matrimonio civil, al principio de monogamia-- , sino un principio general y básico en la total ordenación del matrimonio --el principio de confesionalidad--, eje cardinal de la estructura del sistema, criterio clave para la delimitación de las dos instituciones matrimoniales, canónica y civil, acogidas en el ordenamiento jurídico español.

Ahora bien, puesto que, en nuestro Derecho, una y otra especie matrimonial no se regulan en plano de igualdad sino en relación de dependencia, siendo una principal y otra subsidiaria (88), se hace preciso que la condición confesional --acatolicidad--, a la que se liga la validez del matrimonio civil, *se pruebe de algún modo* (89), con el fin de mantener el principio cardinal del sistema --atracción de los católicos a la forma canónica de celebración-- (90).

(87) FERNÁNDEZ VIAGAS, loc. cit. en nota 78; GARCÍA BARRIUSO, loc. cit. en nota 80.

(88) La acatolicidad, elemento extraño a la naturaleza del matrimonio civil en su acepción liberal, se incorpora en nuestro sistema matrimonial a los demás requisitos de capacidad, para integrar con ellos la situación de libertad necesaria en orden a la válida celebración del matrimonio en forma civil. Si atendemos no tanto a su carácter legitimador en casos concretos como a su valor general dentro del sistema, advertiremos que la acatolicidad, como exigencia del matrimonio civil, sirve a una finalidad del ordenamiento jurídico de la Iglesia (en cuanto mediante ella se protege la observancia de un precepto canónico), ónegando la autorización del matrimonio civil o declarando la invalidez del indebidamente autorizado a personas obligadas --por el ordenamiento estatal-- a la forma canónica de celebración. Esta relación entre el fin de la exigencia de acatolicidad --observancia de un precepto canónico-- y el medio en que se hace valer --disciplina del matrimonio civil-- muestra muy claramente el carácter principal de la forma canónica y el subsidiario de la civil.

(89) En el sistema de matrimonio civil subsidiario, la vinculación al precepto de forma canónica de celebración, en razón de la condición católica de los contrayentes, es el principio básico o regla general --por esto se presume--; la exención del precepto de forma canónica, ligada a la condición acatólica, constituye la excepción --por esto ha de probarse--.

(90) Se comprende el gran interés y rigor que un Estado confesional debe poner en la ordenación de los medios técnicos conducentes a la observancia de tal principio, en cuanto que éste es uno de los instrumentos de que se vale la Iglesia para mantener la jurisdicción sobre el matrimonio de sus súbditos. Cfr. GILMOND, loc. cit., pág. 255.

Por otra parte, y en relación con este fin primario, la prueba de acatolicidad interesa también desde el punto de vista de la integridad y firmeza del matrimonio civil, pues, admitido que el valor de esta unión depende de aquella cualidad confesional, en tanto falte dicha prueba no será posible *afirmar* la validez del vínculo ni, por consiguiente, desplegar la protección jurídica del estado civil (con todo el complejo de relaciones en él implicadas o con él conexas) que el matrimonio genera.

De este modo, si de la acatolicidad, entendida en sentido intrínseco de cualidad subjetiva, depende la validez del matrimonio, de la prueba de acatolicidad viene a depender en cierto modo su eficacia (91). En este sentido, es claro que la prueba de acatolicidad resulta prácticamente necesaria.

c) *El momento de la prueba de acatolicidad.*

Es digna de encomio la norma de que el funcionario autorizante exija y valore la prueba de acatolicidad *antes* de proceder al acto. En nuestro Derecho, salvo el período de vigencia de la Orden de 10 de marzo de 1941, la noción de acatolicidad incluye la situación de apostasía *fidei catholicae* (92), la cual, en cuanto implica una actitud voluntaria y, por tanto, susceptible de cambio, puede desaparecer e incluso, por la misma razón, haberse urdido ficticiamente con fines fraudulentos, por lo que la condición confesional, y más particularmente la situación de apostasía, debe calificarse, en base a una cierta y seriamente fundada convicción sobre su veracidad, en un tiempo previo e inmediato a la celebración, ya que a este momento precisamente está referida la relevancia jurídica de la acatolicidad en orden a la validez del matrimonio.

Formar una convicción —sobre la apostasía en el momento del acto matrimonial (93)— después de autorizado el matrimonio, en un tiempo

(91) En el sentido indicado en la nota 73.

(92) En base del principio de tolerancia, establecido al lado del principio de confesionalidad, en el art. 11 de la Constitución de 1876. Para el Derecho vigente *vid.* la formulación —muy semejante a la de 1876— del art. 6.º del Fuero de los Españoles. Sobre el significado y alcance del principio constitucional de tolerancia en tema de matrimonio civil, y sobre la tolerancia de la Iglesia en orden a la regulación jurídica del matrimonio en el Estado español, antes y después del Concordato de 1953, *vid.* PÉREZ MIER, L., *Matrimonio canónico y matrimonio civil según el Concordato*, en "Revista española de Derecho canónico" XIV (1959), págs. 181 a 196, 154 a 161, principalmente; FUENMAYOR, *El sistema...*, *cit.*, págs. 103-130; MIGUELZ, L., *Los matrimonios civiles durante la República*, en "Revista Española de Derecho Canónico", IX (1954), págs. 511-513.

(93) Se despoja a la exigencia de acatolicidad de su fuerza operativa en tema de validez del matrimonio en cuanto se permite su referibilidad a un momento posterior a la celebración, porque entonces no es difícil forjar la prueba de una situación de apostasía. Como tampoco es difícil dejar de alegar la acatolicidad, si lo que se pretende por los contrayentes es la nulidad del matrimonio. En este sentido debe considerarse incorrecta la Orden de 8 de marzo de 1939, en que su art. 2.º, ap. G), declara nulas "las [actas] dimanantes de ma-

quizá ya muy distante del de la celebración, cuando acaso ha cesado la situación de apostasía y uno de los contrayentes la niega, sería una tarea muy difícil y problemática por no decir imposible. *¿Quid*, entonces, de la validez del matrimonio?

No parece necesario insistir en la conveniencia de la valoración de la acatolicidad en momento previo a la celebración del matrimonio.

Hablo de conveniencia, no de necesidad. Porque es conveniente, en grado sumo, como hemos visto, se impone preceptivamente la observancia previa de la prueba en el ámbito de actuación de los funcionarios españoles. Mas como no es necesaria, se admite excepcionalmente, dentro de este mismo ámbito, que la prueba se practique en cualquier momento si existe una razón de urgencia, como es el peligro de muerte de cualquiera de las contrayentes. Por otra parte, se toleran las situaciones de inobservancia en la esfera de actuación de los funcionarios extranjeros, aunque tal tolerancia no implica, naturalmente, dispensa de la prueba ni presunción alguna en favor de la validez del matrimonio.

En todo caso, la previa observancia de la prueba no comporta la firmeza absoluta del vínculo, y tampoco su inobservancia determina una radical invalidez. Ambos extremos, como veremos, están claros en la nueva legislación del Registro civil. En la legalidad anterior, en cambio, sólo la primera proposición podía afirmarse sin lugar a dudas; la segunda se ofrecía a controversia, llegándose a mantener en ocasiones, a causa de una confusión de los aspectos formal y sustantivo, la nulidad, e incluso la inexistencia, del matrimonio en los casos en que no resultara probada, *previamente a la celebración*, la acatolicidad de los contrayentes.

Matrimonios celebrados con posterioridad a la Ley de 12 de marzo de 1938 con infracción del núm. 4.º del art. 3.º de la Ley citada, y del 42 del mismo Cuerpo legal [Código civil] interpretado por la O. 22 marzo del mismo año en el sentido tradicionalmente admitido de que para autorizar la celebración del matrimonio civil debe exigirse la declaración expresa de no profesar la religión católica ambos o, al menos, uno de los contrayentes... Las [actas] que violaron el art. 42 del mismo [Código civil] podrán convalidarse mediante la declaración anteriormente expresada ante el Juez municipal encargado del Registro en que estuvieren inscritas".

La convalidación de que aquí se habla está expresamente referida a las *actas del matrimonio* y no al matrimonio mismo. Sin embargo, con esta doctrina, la validez del matrimonio civil en tema de confesionalidad se deja prácticamente al arbitrio de los contrayentes, con lo que el sistema se convierte—para los matrimonios a que la Orden se refiere— en facultativo.

Un ejemplo de referibilidad de la convalidación *al matrimonio mismo* se halla en la resolución de la Dirección de los Registros de 3 de diciembre de 1954, que estima procedente "la convalidación *del matrimonio civil* que tuvo lugar en Orgaz el día 8 de febrero de 1939, entre don J. M. Z. y doña L. R. de C. Z., con observancia exclusiva de cuanto al efecto exige la Orden de 8 de marzo de 1939". La resolución entiende que "es de estimar la vigencia actual de este precepto [ap. G. del art. 2.º de la Orden citada], porque ni se ha marcado plazo para promover la convalidación ni otro posterior, expresa o tácitamente lo ha derogado". Aún así, la vigencia de la Orden de 1939 ha de ser referida a los matrimonios posteriores a la Ley de 12 de marzo de 1938, pero anteriores a la Orden de 10 de marzo de 1941, por la radical innovación que ésta introduce.

Este criterio parece inspirar a la sentencia del Tribunal de Casablanca de 21 de noviembre de 1953, que declara de oficio la nulidad del matrimonio celebrado por españoles ante el Registro del Estado civil de Casablanca en 1946, fundándose en la *falta de prueba* de acatolicidad de los esposos (94).

En verdad, no hay base legal para mantener esta solución, ni siquiera al amparo de la Orden de 10 de marzo de 1941, tan próxima al ideal de la armonía de los ordenamientos eclesiástico y secular, porque en ella la validez y eficacia del matrimonio civil vienen subordinadas no a que se practique la prueba o se preste juramento de acatolicidad sino a la *exactitud* de una u otra de estas formalidades (95).

Comentando esta disposición, entendía Bernárdez Cantón que si la *falsa* declaración priva de validez y efectos, con mayor razón se llegará a este resultado cuando el matrimonio se contraiga sin *ninguna* demostración o declaración de acatolicidad (96).

El argumento convence a primera vista, pero no resiste un análisis a fondo. Conviene que nos detengamos aquí un momento.

A mi modo de ver, la finalidad de la Orden es doble: de un lado, fijar el ámbito de la exigencia de acatolicidad, que el Código no había precisado (97), y enlazar a la *exactitud* de la prueba documental o declaración jurada *la validez* del matrimonio autorizado (finalidad interpretativa) (98); y de otro, ordenar a los jueces municipales que no autoricen el matrimonio civil sin aquella exigencia (finalidad preceptiva).

La validez del matrimonio se hace, pues, depender, en la Orden de 1941, de la *exactitud* de la prueba o declaración de acatolicidad, de la *verdad* de la condición acatólica de los contrayentes, del fondo, no de la forma de la exigencia. Cierto que la observancia de la exigencia en su aspecto formal se sobreentiende cumplida al hablar de "exacti-

(94) *Vid.* el texto original en BERNÁRDEZ CANTÓN, loc. cit., págs. 931-933.

(95) El art. 1.º de la Orden de 10 de marzo de 1941 dispone que "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 referidos matrimonios".

(96) BERNÁRDEZ CANTÓN, loc. cit., pág. 940. En contra, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, loc. cit., pág. 253, nota 17.

(97) De aquí la necesidad de la interpretación gubernativa, iniciada después de diez años de vigencia del Código. De aquí también la controversia doctrinal sobre el alcance de la exigencia. Un estudio muy completo de los diferentes períodos que ha atravesado esta interpretación y de las diversas opiniones doctrinales en FUENMAYOR, *El sistema matrimonial español*, cit., págs. 4 y ss.

(98) Finalidad interpretativa. La Orden, al subordinar la validez y efectos del matrimonio en cuestión a la exactitud de la prueba o declaración jurada, no creó un precepto sustantivo. Aparte de que por su rango no le correspondía tal finalidad, el precepto ya existía en el Código civil (art. 42 en relación con el 4). La Orden parece partir de la existencia del precepto, a juzgar por el tono que emplea para referirse a la validez y eficacia del matrimonio ("se halla ligada"), a diferencia del tono imperativo con que se dirige a los Jueces municipales para que observen la formalidad de la exigencia ("no autorizarán").

tud" (de la prueba o declaración), pero ello está en consonancia con la premisa de que los jueces "no autorizarán" los matrimonios civiles sin dicha exigencia. Para el caso de que se contravenga este mandato no da sanción la disposición comentada. Tratar de deducirla, como hace Bernárdez Cantón, *a fortiori*, no parece correcto, pues la omisión de la prueba o declaración de acatolicidad no es signo inequívoco de que los contrayentes sean católicos, y nulo, por tanto, el matrimonio civil. En la duda sobre esta cuestión se podría recurrir al criterio, claro y realista, del Derecho canónico, en el que la obligatoriedad de la forma del c. 1.094 se determina por conexión a la *condición católica* de sus súbditos (c. 1.099). Claro que en el Derecho canónico no se establece un requisito previo de acatolicidad, que sólo tiene sentido en un campo de aplicación de normas estatales para el matrimonio civil, pero para negar en sede jurisdiccional canónica el carácter legítimo de un matrimonio civil (c. 1.012, § 3), por ejemplo, a efectos de inaplicabilidad del c. 1.069 y en base a una inobservancia del c. 1.099, no se contentaría seguramente la autoridad eclesiástica con el criterio estatal de que la acatolicidad no se probó sino que vendría a apoyarse en la base más firme del bautismo en la Iglesia o de la conversión a ella.

Queda por precisar un último punto. Sentado que la omisión de la prueba y valoración de acatolicidad no implican necesariamente invalidez, no cabe deducir de ello que el matrimonio en que la acatolicidad no resulte probada es válido o goza de una presunción en tal sentido. Si la validez depende de la acatolicidad, hasta que ésta no conste no podrá aquélla afirmarse.

En suma, de cuanto se ha expuesto en este apartado (8. A.) podemos concluir que la acatolicidad es condición de capacidad específica del matrimonio civil y, en este sentido, presupuesto de su validez. La prueba de acatolicidad es, en casos normales, presupuesto de celebración, y en casos excepcionales (matrimonio en peligro de muerte ante funcionario español) e irregulares (matrimonio de españoles ante funcionario extranjero), condición de eficacia. En estos dos últimos supuestos, cuando la acatolicidad no resulte suficientemente acreditada, se producirá una situación de incertidumbre respecto a la validez del matrimonio autorizado, que se despejará cuando la acatolicidad se pruebe o la nulidad del matrimonio se declare (99). Mientras la validez sea incierta, el matrimonio no podrá ser objeto de inscripción en el Registro ni producir sus efectos típicos (100).

(99) Hablando con rigor, esta sentencia de nulidad será declaratoria de inexistencia, según se razona más adelante.

(100) Como se ha podido ver en resoluciones anteriormente expuestas, la Dirección de los Registros admitió en ocasiones la transcripción en el Registro español del matrimonio civil contraído por españoles en el extranjero. En otras resoluciones, con mejor criterio, sólo admitió la transcripción si constaba la acatolicidad de los contrayentes. En tanto la acatolicidad no resulte probada, es indudablemente lo más correcto denegar la transcripción. Para tal situación interina y otras semejantes, la nueva legislación registral ha arbitrado el procedimiento de la *anotación*. Sobre el significado y alcance de ésta, más adelante.

B. *Ambito subjetivo de la exigencia de acatolicidad.*

La exigencia de acatolicidad, en su doble consideración de elemento sustantivo e instrumento probatorio, se dirige con tono imperativo, en nuestra legislación, tanto en la derogada como en la vigente (101), a los dos contrayentes del matrimonio que se celebre en forma distinta de la canónica, operando la nacionalidad española de cualquiera de las partes como nexo de vinculación del precepto. Se impone, por consiguiente, tanto cuando la forma de celebración es de régimen extranjero como cuando es la del artículo 100 de nuestro C. c., y afecta no sólo a los súbditos españoles sino también a los extranjeros que contraigan matrimonio con súbdito español (102). Como limitación de hecho, cabe apuntar la posibilidad de que cuando el funcionario autorizante del acto sea extranjero quede desatendida la exigencia. Sin embargo, en todo caso será necesaria la prueba y valoración de acatolicidad para la inscripción, en el Registro español, del matrimonio así autorizado (103).

La Dirección de los Registros en resolución de 2 de enero de 1947 entendió que era suficiente la justificación de acatolicidad de uno de los contrayentes. Posteriormente rectificó esta orientación. En la resolución de 17 de abril de 1950, relativa a un matrimonio de españoles celebrado en el extranjero, se establece que es preciso acreditar la acatolicidad de ambos contrayentes para la transcripción del matrimonio en el Registro. Y la de 27 de noviembre de 1948 mantenía ya este mismo criterio con referencia al caso de ser extranjero uno de los contrayentes.

En la misma línea de esta última resolución merece citarse la sentencia del Tribunal de Rabat de 13 de abril de 1955, que declara nulo el matrimonio civil celebrado en Casablanca entre súbdito español y mujer de nacionalidad italiana, en virtud de la condición católica del primero (104).

La doctrina más reciente está de acuerdo en afirmar la subordinación de la validez del matrimonio a la acatolicidad de ambas partes, también cuando una de ellas sea extranjera (105). En el plano registral esta idea se traducirá en la denegación de transcripción del

(101) Para el Derecho vigente *vid.* arts. 42 y 86 del C. c., según la redacción de la Ley de 24 de abril de 1958; los arts. 80, 2.º de la L. R. c., y 243, 2.º, 244, 248, 249, entre otros, del R. R. c. Para el Derecho anterior, Orden de 10 de marzo de 1941, y, después, hasta la entrada en vigor de la nueva legislación registral, el art. 37 del Reglamento del Registro Civil de 1870 en la redacción dada por Decreto de 26 de octubre de 1956.

(102) En tal sentido *vid.* resolución de 27 de noviembre de 1948. Para el Derecho en vigor *vid.*, en igual sentido, arts. 73 y 80, 2.º de la L. R. c., y 243, 2.º, 244, pár. 1.º, y, sobre todo, 249, del R. R. c.

(103) Art. 249 del R. R. c.

(104) Cfr. loc. cit. en nota 86.

(105) GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, II, pág. 287; FERNÁNDEZ VIAGAS, loc. cit., página 103; MIJAJA DE LA MUELA, *op. cit.*, II, págs. 250 y 252; GARCÍA BARRIUSO, *Matrimonio civil de españoles*, cit., pág. 75.

matrimonio en tanto esté pendiente la justificación de acatolicidad de alguno de los cónyuges. Tal doctrina tiene un fundamento conocido y no insisto por ello en este particular (106). Antes de la reciente reforma legislativa era aplicable por imperativo de disposiciones entonces en vigor (Orden de 10 de marzo de 1941 en relación con el artículo 42 del C. c.), y actualmente, como veremos, por disposición del R. R. c. (art. 249).

C. *Funcionario competente en la valoración de la acatolicidad.*

A tres efectos es necesaria la valoración de acatolicidad: para autorizar el matrimonio, para inscribirlo en el Registro, para juzgar sobre su validez.

No se han delimitado en la doctrina suficientemente estos tres fines a que la valoración de acatolicidad se ordena, y esto es importante para determinar el papel que puede corresponder al funcionario extranjero y el que, en todo caso, debe reservarse al funcionario español.

Con respecto al primero de estos fines es hoy evidente, a tenor de la nueva legislación registral, que la valoración, como acto previo a la autorización del matrimonio, reviste carácter preceptivo sólo en el ámbito de la actuación de los funcionarios españoles. No tiene, en cambio, ese carácter cuando el matrimonio se autoriza por funcionario extranjero.

Esta solución se mantuvo por algunos autores, con diferente alcance, en la legalidad anterior.

Goldschmidt consideraba que "los no católicos españoles pueden casarse civilmente en el extranjero según la forma local, siempre que hayan recibido un certificado de acatolicidad o por los agentes diplomáticos españoles o por los sacerdotes católicos competentes para la celebración del matrimonio" (107). Este autor venía a estimar ese trámite como obligatorio, con una sola excepción: "sólo en un país con el que España no tiene relaciones diplomáticas o en un lugar desde el cual el acceso a un agente diplomático español sea tan difícil que no se puede razonablemente exigir, pueden las partes válidamente casarse sin el certificado" (108).

Fernández Viagas, en cambio, estimaba la presentación del certificado como facultad de los contrayentes (109). Pero este autor, cuya opinión es clara y correcta en orden al significado de la acatolicidad

(106) Precisamente a la finalidad de extender el ámbito de la exigencia a ambos contrayentes parece obedecer la declaración del apartado c) del protocolo final al art. 23 del Concordato de 1953, en contraste con la interpretación gubernativa y doctrinal anterior, que limitaba la necesidad de la exigencia a uno de los contrayentes. Un completo análisis histórico de esta cuestión y una argumentación convincente en el sentido indicado, en FERNÁNDEZ VIAGAS, *III sistema*, cit., páginas 125 a 129.

(107) GOLDSCHMIDT, op. cit., II, pág. 287.

(108) GOLDSCHMIDT, op. cit., II, pág. 288-289.

(109) FERNÁNDEZ VIAGAS, *Los matrimonios de españoles...*, cit., pág. 103.

en tema de validez (110), parece entender que la valoración de la acatolicidad a tal efecto puede ser hecha por un funcionario extranjero. ¿Con eficacia vinculante ante la jurisdicción española? Este punto no lo precisa claramente Fernández Viagas. Del pasaje de su trabajo relativo a este tema parece desprenderse una respuesta afirmativa (111).

García Barriuso sostenía igualmente que el certificado de acatolicidad es facultativo (112). De modo más explícito que el anterior, parece afirmar este autor una competencia en el funcionario extranjero para calificar la confesionalidad de las partes. En efecto, viene a decir: "Aun sin la intervención del cónsul español en orden al certificado de acatolicidad, puede ser válido el matrimonio civil de españoles celebrado en la forma local, con tal que la cuestión de capacidad de los contrayentes a ese respecto sea atendida por la autoridad local extranjera". Y cita y subraya a continuación la opinión de Fernández Viagas de que "es a la autoridad de la *Ley española*, y no a la autoridad del *funcionario español*, a la que se reserva el poder de resolver acerca del caso" (113). Más adelante precisa el autor su pensamiento: "Conforme a los razonamientos expuestos, tendremos que admitir que dos españoles, contando con un certificado de acatolicidad extendido por agente diplomático español, y *aun sin eso*, pueden casarse civilmente en el extranjero en la forma local, y esto por aplicación del artículo 11 del Código civil. Las disposiciones que al parecer se oponen a que pueda admitirse en materia matrimonial la regla *locus regit actum*, se han de relacionar, no con la prohibición de las formas locales, sino con la necesidad de una previa calificación (condición) de la acatolicidad de los contrayentes, lo que constituye requisito esencial que han de tener en cuenta lo mismo los cónsules que las autoridades locales" (114).

Por mi parte, entiendo que esa valoración puede hacerse, pero que no será vinculante en sede jurídica española. Buena norma de prudencia sería, al fin de autorización del matrimonio, que la autoridad local ante la que se celebre exigiera certificado de prueba y valoración de acatolicidad hecha por competente funcionario español.

La actuación de un funcionario extranjero en este asunto no debe ser vinculante en España, en cuanto la valoración de acatolicidad que

(110) FERNÁNDEZ VIAGAS, loc. cit., pág. 105.

(111) FERNÁNDEZ VIAGAS, loc. cit., pág. 105, dice así: "...ese problema de capacidad debe ser tenido en cuenta por la Autoridad local como cualquier otro en relación con la Ley española. Esto es, que es a la autoridad de la Ley española y no a la autoridad del funcionario español la que se reserva el poder de resolver acerca del caso. Y caso de que la Autoridad local pase por encima de tal prohibición, por una defectuosa interpretación del Derecho español, porque, para ignorarlo, alegue razones de Orden Público, o porque su propia regla de conflicto no llame a la Ley nacional en cuestiones de estado, el matrimonio, válidamente celebrado ante la Ley extranjera, será considerado nulo en España."

(112) GARCÍA BARRIUSO, op. cit. últimamente, pág. 73.

(113) GARCÍA BARRIUSO, op. cit., pág. 72.

(114) GARCÍA BARRIUSO, op. cit., pág. 73.

de él puede esperarse apenas ofrece garantías de acierto (115). Y esto no sólo porque queda fuera del campo de responsabilidad penal y administrativa en que se halla situado el funcionario español, sino también por las dificultades de un conocimiento exacto de nuestro sistema matrimonial, acrecentadas para quien no tiene por misión habitual su aplicación.

Por ello, si no ha precedido a la celebración del matrimonio ante la autoridad local la valoración de acatolicidad hecha por funcionario español, ésta será necesaria *ex post facto*, cuando se pretenda la transcripción del matrimonio en el Registro (116).

Por lo demás, es obvio que, en el matrimonio de españoles en el extranjero, el problema no es tanto un problema de autorización como un problema de validez.

Y en este punto, si bien es cierto que se ha de juzgar según la ley española y que esto podría hacerlo un funcionario extranjero, es claro que, en cuanto se trata de calificar la validez del matrimonio para su relevancia en España, la valoración de acatolicidad debe ser hecha por funcionario español (117). Lo que no quita para que, en ciertos casos, se sirva éste, como un daño más en su acervo de elementos críticos, de la valoración de acatolicidad hecha por eclesiástico —si en algún caso esta hipótesis llegara a darse— o por funcionario extranjero.

D. *Ley aplicable en tema de acatolicidad y en la calificación del valor del matrimonio.*

La determinación de la ley aplicable —secular o eclesiástica— en el matrimonio civil de españoles es de importancia para decidir una doble cuestión: el criterio valorativo de la confesionalidad de los contrayentes y el grado de invalidez —nulidad o inexistencia— del matrimonio civil celebrado por los católicos.

No es fácil que en el régimen actual alguien se atreva a poner en duda la aplicación de la ley estatal en estas dos cuestiones (118). Sin

(115) Cfr. MALDONADO, *Sobre los matrimonios civiles de españoles...*, cit., página 645.

(116) A través del expediente que para la inscripción preceptúa el artículo 249 del R. R. c. Es obvio que la acatolicidad se ha de referir al momento de la celebración del matrimonio y no al de la inscripción (*vid.* nota 93). Es muy clara en este sentido la norma citada del R. R. c.: "no habiéndose levantado acta, el matrimonio civil sólo puede inscribirse en virtud de expediente, en el que se acreditará debidamente que ambos contrayentes *no profesaban* la Religión Católica...".

(117) Estimo que esa valoración no puede ser hecha por cualquier funcionario español. Los Encargados del Registro son funcionarios cualificados a tal fin. Esto debe tenerse en cuenta en sede jurisdiccional para decidir sobre la validez de matrimonio de españoles celebrado en el extranjero cuando no conste en el proceso la acatolicidad de los contrayentes.

(118) No obstante, de hecho, cabe la posibilidad de que el problema se plantee y se resuelva en el sentido de considerar aplicable la ley canónica. Así se mantuvo en ocasiones, no sólo en la doctrina patria sino también en la extranjera, con referencia al Derecho anterior a la Orden de 10 de marzo de 1941, en

embargo, no es ocioso plantear y resolver adecuadamente el problema de la ley aplicable con referencia al derecho anterior a la reforma de 1957-58, a fin de despejar un equívoco que pudiera repetirse al enjuiciar los futuros conflictos de matrimonios contraídos en la anterior legalidad.

Es conveniente, ante todo, no involucrar la cuestión del grado de invalidez con la del criterio de acatolicidad, como a veces se ha hecho.

En un sistema de matrimonio civil subsidiario puede ocurrir que la ley estatal imponga la forma canónica de celebración, coincidiendo absolutamente con la ley eclesiástica, a todas las personas obligadas por esta ley (canon 1.099), o que, con menor alcance, es decir, coincidiendo sólo relativamente con la ley eclesiástica, la imponga a una parte de las personas obligadas por ésta (119). En esta última hipótesis se manifiesta una diferencia entre la ley secular y eclesiástica en la extensión del concepto de catolicidad, del que, por exclusión, resulta el de acatolicidad. En nuestro sistema esa diferencia puede sintetizarse del modo siguiente: la ley eclesiástica impone la forma canónica de celebración para la validez del matrimonio (canon 1.094) al *semel catholicus* (canon 1.099); la ley española reconoce la imperatividad de la forma canónica, también en orden a la validez del matrimonio, solamente respecto al *nunc catholicus* (120). Hay, por tanto, un grupo de

una legalidad que ofrecía menos cobertura para dicha opinión que la que ofrece la legalidad actual.

(119) Por concisión, designo en lo sucesivo estas dos modalidades del sistema de matrimonio civil subsidiario con las expresiones "carácter absoluto" y "carácter relativo".

(120) Con fortuna se ha empleado a veces en la doctrina la expresión *semel catholicus* para designar de modo sintético el ámbito de vinculación de la forma canónica según la norma del canon 1.099. Con ello se afirma una doble característica del precepto; por una parte, que es referible individualmente a cada súbdito bautizado en la Iglesia o convertido a ella, con indiferencia de la confesión del otro contrayente, y, por otra parte, que la exigencia formal que impone no decae ante el hecho del abandono de la fe: basta haber sido *una vez* católico para quedar vinculado a la forma canónica.

Con la expresión *nunc catholicus*, que ahora propongo, trato de expresar concisamente el ámbito de vinculación del precepto de forma canónica en la ley secular española. También en ésta, la vinculación es referible singularmente a cada católico. Pero el concepto de católico no radica en la ley española sólo en el hecho del bautismo sino, además, en una actitud afectiva, de profesión de fe, que puede perderse. La apostasía, que en la ley canónica no comporta desvinculación ni exención del precepto formal, sitúa en la ley española al súbdito de la Iglesia, bautizado en ella o convertido a ella, fuera del precepto (secular), y permite, por tanto, contra la prescripción del canon 1.099, el acceso al matrimonio civil. La ley española no vincula, hablando con rigor, a todo católico, sino sólo al que *ahora* lo es.

La discrepancia entre los ordenamientos eclesiástico y secular español, en tema de forma de celebración, se manifiesta pues concretamente en el matrimonio de los católicos apóstatas, de los católicos "*qui a fide deficerunt*". La situación de apostasía es la zona de conflicto entre los dos ordenamientos.

Ya dentro del ordenamiento secular, la apostasía debe tratarse como una *situación* que precede en el tiempo al matrimonio civil, nunca como un *medio de acceso* al mismo. Para que el sistema de matrimonio civil subsidiario de ca-

personas —los católicos apóstatas— encuadrados en la categoría del *semel catholicus*, pero fuera de la del *nunc catholicus*, lo que significa que tales personas están vinculadas a la forma canónica por la ley eclesiástica, pero no por la ley estatal, por lo que su matrimonio celebrado en la forma civil será inválido para la primera y válido para la segunda.

En el sistema de matrimonio civil subsidiario de carácter *absoluto*, en cuanto coinciden la ley secular y la eclesiástica en el criterio de acatolicidad, será indiferente aplicar una u otra ley (121). En cambio, en el sistema de matrimonio civil subsidiario de carácter *relativo*, medía una discrepancia en tema de acatolicidad, cuya gravedad se manifestará en tema de validez: un matrimonio válido para la ley secular, será nulo o —por mejor decir, con la canonística más reciente— inexistente para la ley eclesiástica. Concretamente, en nuestro Derecho, en el caso de matrimonio civil de católicos apóstatas, súbditos de la Iglesia que por su bautismo o conversión vienen obligados por el *Code de* a la forma canónica (c. 1.099), pero no por nuestro Código civil (122), la ley aplicable será la ley secular, la ley del Estado español. Ello es tanto más claro por cuanto al acoger ésta una concreta manifestación de la normatividad canónica, no lo hace con estricta fidelidad al Derecho de la Iglesia, sino con un alcance limitado, marcando una diferencia cuyo exacto sentido ha de venir dado lógicamente por la misma ley española.

No siempre se han presentado en nuestra legalidad las cosas tan claras como en el esquema apuntado. En ocasiones el tenor de la norma estatal admitía dualidad de interpretaciones, y para tal caso se debiera haber atendido, aunque no siempre se hizo así, a otros preceptos relacionados con la norma básica de vinculación (art. 42 C. c.) en el sistema interno estatal (arts. 75, 76, 51 y 83, núm. 4.º, del C. c.).

rácter relativo no degenerare en sistema facultativo, ha de garantizarse con medios técnicos que la celebración del matrimonio civil sea *consecuencia de una situación* objetiva de apostasía, alejando la posibilidad de que tal acto venga a ser, como ocurrió con frecuencia desde la vigencia del Código hasta la Orden de 1941, *causa impulsiva de una declaración* de apostasía. A tal fin se ordena la Orden vigente de 2 de abril de 1957.

(121) Aunque una y otra coincidan en la delimitación del concepto de acatolicidad, pueden, no obstante, diferir en el tratamiento de otros aspectos de la institución matrimonial —por ej. disciplina del consentimiento, disciplina de capacidad, grado de invalidez del matrimonio—, y entonces no sería correcto deducir la aplicabilidad de la ley canónica del hecho de la armonía en un sólo punto, aunque se trate, como en el caso ocurre, de un punto de muy vivo interés.

(122) La afirmación no vale para el Decreto anterior a la reforma, representado por la Orden de 10 de marzo de 1941 en relación con el art. 42 del C. c. SÍ, en cambio, para el Derecho vigente. Cfr. arts. 42 y 86 del C. c., y 243 a 250 del R. R. c., esp. 245 de este cuerpo legal. Cfr. FUENMAYOR, *El sistema...*, cit., págs. 60-67; SANCHO REBULLIDA, F. de A., *El sistema matrimonial en la reforma del Código civil*, Separata de la Revista "Temis", editada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, núm. 4, 1958, págs. 11-13.

En el régimen vigente el criterio no ofrece dificultades de interpretación. El sistema tiene carácter *relativo*. Por una parte, la formulación del C. c. es distinta —y de aquí la posibilidad de una interpretación autónoma— de la establecida en la Ley canónica. Por otra parte, y de este modo se afirma y precisa el carácter relativo del sistema, normas reglamentarias señalan un criterio formal para admitir al matrimonio civil a los católicos apóstatas.

En el Derecho anterior debemos distinguir dos situaciones:

La primera está representada por la Orden de 22 de marzo de 1938 que, salvando el paréntesis del período republicano, se inserta en la trayectoria de la interpretación gubernativa de las Reales Ordenes de 28 de julio de 1913, 28 de febrero de 1907 y 28 de diciembre de 1900.

La segunda, inmediatamente anterior al Decreto de 26 de octubre de 1956 —avance del régimen vigente—, está determinada por la Orden del 10 de marzo de 1941.

Atendiendo a la primera situación, y concretamente como resulta de la Orden de 1938 (123), es evidente que no coinciden en punto al ámbito subjetivo de acatolicidad los criterios estatal y eclesiástico. Decía la citada Orden en su parte expositiva: "Teniendo presente que el artículo 42 del Código civil impone claramente, y lo abonan uniformes resoluciones, el matrimonio canónico a cuantos españoles profesen la religión católica, debe exigirse para autorizar la celebración del matrimonio civil la declaración expresa de no profesar la religión católica *por ambos contrayentes, o al menos por uno de ellos*", consideración que luego concreta en el artículo 1.º. Con tal fórmula no se aseguraba, y así se ha dicho en múltiples ocasiones en nuestra doctrina, una efectiva observancia del precepto de forma canónica, en cuanto bastaba la simple *declaración* de no profesar la religión católica para permitir el acceso al matrimonio civil, y, por otra parte, aun cuando la exigencia de la declaración fuera rigurosa, se hacía factible el matrimonio civil de católicos con acatólicos, ya que la Orden venía a considerar suficiente la declaración de uno solo de los contrayentes —para el caso, la parte acatólica—.

En este primer estadio de la evolución legislativa es evidente que nuestra ley civil no sigue el criterio de acatolicidad establecido en el ordenamiento canónico (Cfr. especialmente c. 1.099, § 1, 2.º, del C. i. c.). No hay, por tanto, problema de ley aplicable en tema de acatolicidad. Se aplicará la ley española, tal como resulta interpretada por la Orden ministerial de 1938, o por cualquiera de las anteriores, que, en el punto tratado, coinciden sustancialmente con ella (124).

Veamos qué ocurre en la segunda situación.

Con referencia al estado legal creado por la Orden de 10 de marzo de 1941, se afirmó en nuestra doctrina la plena correspondencia del

(123) Complementaria de la Ley de 12 de marzo de 1938.

(124) *Id.* nota 60.

criterio de acatolicidad establecido en dicha Orden con el Derecho canónico (125), aun suponiendo o reconociendo en ella ciertos defectos técnicos y de expresión (126). Algunos autores hicieron notar que en la Orden de 1941 se extendía el ámbito de acatolicidad más allá de los términos de la propia norma canónica (127); mas aun así se mantuvo como criterio dominante, con más o menos acierto y seguridad, que el propósito de la disposición ministerial era sin duda recibir en nuestro Derecho el criterio del canon 1.099. En verdad, el exceso en que incurrir no hacer decaer la armonía que en su espíritu pretende, y es posible, en consecuencia, considerar como criterio aplicable aquel que se traspasa (128). *Non amplius ac doctrina Ecclesiae*.

Es en esta perspectiva donde se puede plantear, con una visión poco clara, el problema de la ley aplicable. Anticipo que, en mi sentir, la armonía entre norma secular y norma eclesiástica en materia de acatolicidad, no comporta necesariamente un principio de aplicabilidad directa de la ley canónica en los varios aspectos de esa materia, por la sencilla razón de que la relevancia de la ley aplicable no se agota con aportar un *criterio* de acatolicidad, sino que, además de esto, puede servir también —si sirve o no, es un problema de exégesis del sistema legal— para ofrecer un *procedimiento* y una *solución respecto al grado*

(125) FERNÁNDEZ VIVANCOS, G., *Algunos de los problemas que plantea el doble matrimonio*, en "Boletín de Información del Ministerio de Justicia", V (1951), núm. 166 (5 de agosto de 1951), pág. 4; 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*, en "Revista General de Derecho", XII (1956), pág. 672; GARCÍA BARRIUSO, *Derecho Matrimonial Islámico...*, cit., pág. 126. Este autor modifica posteriormente la opinión en *Matrimonio de españoles...*, cit., págs. 55-56.

(126) PERÉ RALUY, J., *Concepto de acatolicidad o efectos de la celebración del matrimonio civil*, en "Boletín de Información del Ministerio de Justicia", VIII (1953), núm. 233 (15 de junio de 1953), págs. 3-5; GARCÍA CANTERO, G., *Matrimonio civil de acatólicas*, en "Anuario de Derecho civil", VII (1954), pág. 141; MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, J., *La exigencia del matrimonio canónico en nuestra legislación civil*, en "Anuario de Derecho civil", VII (1954), páginas 154-155, 159 y 161; CASTILLO SANTOS, S., *Los acatólicos y la forma canónica del matrimonio*, en "Razón y Fe", CL (1954-11) pág. 21; SANCHO REBUILLIDA, F. de A., *El art. 42 del Código civil y el Decreto de 26 de octubre de 1956*, en "Pretor", VI (1957), págs. 88-89.

(127) GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, M., *La institución matrimonial según el Derecho de la Iglesia católica*, Madrid 1947, págs. 104-105; GARCÍA BARBERENA, T., *Matrimonios mixtos*, en "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*, en "Ecclesia", XVII (1957-I), pág. 185.

(128) ASÍ hace LEITE, A., S. J., *Competência da Igreja e do Estado sobre o Matrimonio*, Porto 1946, pág. 152, nota 72. Estima 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 con el canon 1.099, § 2, y, en definitiva, entiende que la Orden se refiere con tal expresión a las personas no obligadas a la forma canónica.

de invalidez del matrimonio civil celebrado por quienes por su confesión católica no podían celebrarlo.

El problema de la ley aplicable se ha polarizado muy frecuentemente por los autores en el aspecto de la acatolicidad. A partir de la correspondencia, en este aspecto afirmada, entre ley secular y ley eclesiástica, se llega a considerar a ésta como ley aplicable, mas no ya sólo en tema de acatolicidad —en el que, en definitiva con el mismo resultado podría aplicarse la ley secular, en tal punto homologada con la eclesiástica—, sino incluso en la cuestión del grado de invalidez. Así, en el tiempo de vigencia de la Orden de 10 de marzo de 1941, se llegó a calificar de *inexistente* el matrimonio civil contraído por católicos, en razón de ser ésta la calificación procedente según la normatividad canónica, sin haber ponderado siquiera, antes de emitir tal opinión, las posibilidades de interpretación de la Orden en un sentido menos riguroso, es decir, en el sentido de considerar al matrimonio como *nulo*, con la consiguiente conservación de efectos producidos, de acuerdo con la ley secular (art. 69 del C. c.).

Goldschmidt, al tratar esta materia, dice que "la catolicidad o acatolicidad debe resolverse con arreglo a una determinada ley... Nos enfrentamos con dos posibilidades: calificar según el Derecho canónico o calificar según el Derecho español. Considerándose la religión católica como religión oficial, el Derecho canónico debe primar sobre el Derecho estatal, que a lo sumo puede pasar por una interpretación auténtica del primero. Así lo hace la Orden del Ministro de Justicia del 12 de marzo de 1941" (129). Y al tratar de la capacidad, sienta la afirmación de que respecto a los católicos "siempre se aplica el Derecho canónico" (130). Esta postura le llevará luego, en la cuestión del grado de invalidez, a calificar de *inexistente* el matrimonio civil celebrado en Alemania entre un súbdito español católico y una alemana protestante (131) y a tildar de errónea la calificación de Dölle (132).

Neumayer parte de las mismas premisas que Goldschmidt, al que cita y sigue en lo fundamental. En su comentario a la sentencia del Tribunal de Frankfurt/M. de 6 de diciembre de 1950, entiende que el Derecho español se atiene en cuestiones matrimoniales de cónyuges católicos a las prescripciones de la Iglesia, que tienen en este caso vigencia legal en el Reino (cita aquí el art. 75 del Código civil). Del Derecho canónico, al que, según lo anterior, hay que atenerse, *como parte del*

(129) GOLDSCHMIDT, op. cit., II, pág. 281.

(130) GOLDSCHMIDT, op. cit., II, 282. *Fid.*, también MUAJA DE LA MUELA, op. cit., II, pág. 250. Este autor, al ocuparse del matrimonio civil de españoles en el extranjero, señala, que, en cuanto la posibilidad de contraerlo aparece condicionada a su acatolicidad, "requiere una norma calificativa de lo que debe entenderse por católico y acatólico". Alude a la Orden de 1941 y considera que "aunque el matrimonio tenga lugar en el extranjero, la calificación española se impone, tanto más cuanto que sería difícil encontrar una distinta en otra legislación. Es de notar, sin embargo, que en una calificación de esta especie el criterio más seguro es el de la misma Iglesia católica".

(131) GOLDSCHMIDT, op. cit., II, pág. 285-286.

(132) GOLDSCHMIDT, op. cit., II, pág. 286, nota 1.

Derecho español —según Neumayer—, se deduce que la forma canónica es obligatoria para el católico que quiera contraer matrimonio con persona no bautizada (en este lugar cita el canon 1.099, § 1, 2.º, C. i. c.). Esto vale también, añade, para un matrimonio celebrado en el extranjero, pues el Derecho canónico es de validez universal. El Derecho internacional privado, prosigue, sólo puede hacer uso de la regla *locus regit actum* en caso de que ambos contrayentes no pertenezcan a la religión católica (consideración que recoge de Goldschmidt, a quien cita). De aquí deduce que el matrimonio en examen (celebrado en Alemania el 19 de agosto de 1945 entre español católico y alemana protestante) es *inexistente*, citando en apoyo de esta calificación el criterio de la Comisión pontificia de interpretación del Codex manifestado en 16 de octubre de 1910 (133).

Toda la argumentación de Neumayer se funda en una aplicación directa del Derecho canónico en el matrimonio de los católicos. Dice concretamente: "por efecto de la remisión del legislador español en los artículos 75, 80 del C. c. sobre la validez o invalidez de un matrimonio católico [al Derecho canónico], solamente a él se debe atender y, por tanto, sobra toda solución que esté en contradicción con las prescripciones del C. i. c." (134).

La opinión expuesta es eco de una actitud dialéctica bien intencionada y muy común entre los cultivadores del Derecho internacional privado, pero, a mi modo de ver, errónea, si bien el error no tanto procede de un insuficiente estudio del sistema matrimonial español como de sus imperfecciones y dificultades de conocimiento en la formulación legal originaria (hoy reformada).

En lo fundamental, la opinión de Neumayer, antes que en Goldschmidt, se encuentra ya — en 1891— en Audinet (135) y más tarde —en 1927— en Trías de Bes (136) y —en 1944— en La Pradelle (137).

(133) NEUMAYER, K. H., *Scheidung einer nach spanischem Recht nicht-existenten Ehe spanischer Partein in Deutschland*, en "Monatschrift für Deutsches Recht", 5 (1951), págs. 297-299.

(134) NEUMAYER, loc. cit., pág. 298.

(135) AUDINET, loc. cit., pág. 1122. Dice este autor, "en cuanto al matrimonio de los católicos, las disposiciones de la Iglesia y del Concilio de Trento son recibidas como leyes del reino; en este sentido, tales disposiciones constituyen [para los católicos] su ley nacional, que debe regir, incluso en el extranjero, su estado y sus relaciones de familia".

(136) TRIAS DE BES, J., *Le droit international privé de l'Espagne*, en "Revue de droit international privé", 1928-XXIII, pág. 62: "El matrimonio es entre nosotros un asunto eminentemente confesional, de modo que para los católicos no existe sino el matrimonio canónico; respecto a éste, se ha incorporado a la ley civil toda la legislación canónica, incluso lo concerniente a la competencia de los tribunales de la Iglesia". (Cita en nota el art. 75 del C. c. y el R. D. de 19 de mayo de 1919.)

(137) LA PRADELLE, A.: *De la validité en France des mariages contractés en Espagne pendant la révolution*, en "Nouvelle Revue de droit international privé", 1944, págs. 94 a 112 (citado por MEZGER, loc. cit., págs. 21 a 24, y nota 17).

Recientemente, parece enlazar REGATX con esta línea de pensamiento. (Cf. "Revue critique de droit international privé", XLVI-1957, págs. 72 y 74.

Estos autores, con diferente precisión y alcance cada uno de ellos, ven en nuestro Derecho matrimonial un fenómeno de recepción material del Derecho canónico, considerando aplicables sus soluciones no sólo en el campo del matrimonio canónico, sino también en el campo del matrimonio civil en cuanto subsidiario del canónico. Pero esta consideración no la autorizan ni los preceptos del C. c. que citan ni las normas complementarias dictadas en los diferentes periodos de la evolución. Ni siquiera la Orden de 10 de marzo de 1941, que como paradigma de armonía entre los ordenamientos secular y eclesiástico suele presentarse, contiene una norma de remisión al Derecho canónico (138). En cuanto a la alusión en el artículo 75 del C. c. a las disposiciones de la Iglesia como "leyes del Reino" (139), debe ser más precisamente ponderada.

Rígen las disposiciones de la Iglesia como leyes del Reino, pero en orden al matrimonio canónico, no respecto al matrimonio civil, ni siquiera contando con que éste posee en nuestro Derecho naturaleza subsidiaria. Por otra parte, la expresión de que las disposiciones de la Iglesia están en nuestro Derecho "admitidas como leyes del Reino" debe colomestarse, limitando su alcance, con otras normas del Código civil que son de aplicación al *matrimonio de los católicos*. De otro

(138) En el Preámbulo de esta Orden se dice que el nuevo Código canónico fue incorporado a la legislación española por el Real Decreto de 19 de mayo de 1919, siendo así que, como indica MALDONADO (loc. cit. últimamente, pág. 154), "lo único acordado por este Real Decreto fue la concesión del *pas*, práctica de significación regalista, totalmente reprobable, pero no llegó a hacer que entrase a formar parte del ordenamiento civil". *Vid.* en análogo sentido las certeras consideraciones del Decano del Tribunal de la Rota Española, Mons. MIGUÉLEZ, I., *En Concordato entre la Santa Sede y el Estado español*, en "Revista de Derecho Notarial", II (1954), núm. 3, págs. 17 y ss.

(139) MALDONADO, tras la consideración recogida en la nota anterior, dice: "lo que debe afirmarse es que en la admisión como Leyes del Reino a que se refiere, el art. 75 del Código civil, deben sustituir a las disposiciones del Santo Concilio de Trento las que sobre materia matrimonial contiene el *Codex Iuris Canonici*" (loc. cit., págs. 154-155, nota 2). Pero esto no implica contradicción con lo antes afirmado.

La Resolución de la Dirección de los Registros de 17 de abril de 1950 dice del art. 75 del C. c. que "acoge plenamente el Derecho matrimonial de la Iglesia". Esta afirmación, lanzada también en algunas ocasiones en la doctrina, es inexacta. No es este lugar adecuado para combatir esa idea. Me limitaré, por su claridad y autoridad, a citar las palabras de Mons. MIGUÉLEZ (loc. cit. últimamente, pág. 19 y ss.); "en el supuesto —mera hipótesis— de que el Estado español, por razón de ser oficialmente católico y por haber estipulado con la Santa Sede el art. 1.º del Concordato [de 1953], tuviera obligación, no sólo moral sino jurídica, de recibir el *Codex* en su totalidad dentro de su ordenamiento propio, no por eso podría decirse que automáticamente lo ha recibido; pues una cosa sería la obligación y otra muy distinta el cumplimiento de ella. El cumplimiento de tal obligación —caso de que existiera— por parte del Estado español no podría realizarse sin un acto de la voluntad del legislador civil competente, que impusiera a sus súbditos la obligación de observar el *Codex* como ley del Estado. Y este acto es el que no se halla contenido, ni explícita ni implícitamente, en el Puerco de los Españoles, en el Concordato, ni en ninguna otra disposición estatal". Y a continuación se extiende en observaciones sobre la inconveniencia de un acto como el descrito.

modo, estas normas resultarían superfluas. Me refiero concretamente a los artículos 83, número 4.º, y 51. El primero toma como supuesto la posibilidad de acceso de ciertos católicos apóstatas al matrimonio civil. El segundo niega eficacia al matrimonio canónico contraído por quien ya estaba ligado con diferente persona en matrimonio civil, lo que presupone una hipótesis de celebración de éste por súbditos católicos (140). Tales normas son indicativas de una divergencia con la legislación canónica, y esta divergencia no tendría sentido si, en un todo, prevaleciera la aplicación de la legislación canónica sobre la civil respecto al matrimonio de los católicos.

Hay que tener en cuenta, por último, que la expresión del artículo 75 del C. c., que comentamos, se encuentra también en el derogado artículo 1.069 del C. c. portugués (141), y en tal cuerpo legal es evidente, dado el sistema matrimonial prácticamente facultativo que en él se acoge (142), que la referida expresión no ostenta el alcance absoluto que se le pretende dar en nuestro Derecho. Este dato, si no vale como argumento histórico de procedencia, vale por lo menos como señal de que la expresión "admitidas como leyes del Reino" no postula necesariamente en la materia indicada una aplicación exclusiva del Derecho canónico.

La posición doctrinal criticada encaja perfectamente en el esquema dogmático trazado por Bellini a propósito de los sistemas de inspiración *rigidamente* confesional. En el Derecho de los Estados de fundamento confesional *rigidamente* católico, dice este autor, se reproduce, y no podría ser de otra manera, la posición propia de la Iglesia, de to-

(140) La interpretación lógica, histórica y sistemática del art. 51 del C. c., que no cabe explayar aquí, corroboran la afirmación del texto. En contra se podría argüir que la hipótesis de un doble matrimonio con diferentes personas, el uno contraído en forma civil y el otro en forma canónica, no implica necesariamente que el cónyuge bigamo fuera católico—apóstata—al tiempo de contraer el primero, y que la denegación de eficacia al matrimonio canónico está pensada para el supuesto específico de disolución canónica del matrimonio civil por privilegio paulino. Pero esto no puede conciliarse con la doctrina de que al matrimonio canónico por el que, según el mecanismo del privilegio, se disuelve el civil, se le reconocían efectos en el Derecho anterior a la reforma de 1957-58, según la opinión general de los autores que se ocuparon del tema: MEDINA, L. y MARAÑÓN, M., *Leyes civiles de España*, Madrid 1911, nota al artículo 51 del C. c., págs. 37-38; ORTE-REMENTERÍA, F., *Disolución del vínculo conyugal en derecho canónico por modos especiales que no constituyen el caso de muerte de los cónyuges en relación con el Código civil*, en "Revista de Derecho privado", XI (1924), pág. 379; SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Las formalidades civiles del matrimonio canónico*, Madrid 1955, pág. 278; URTEAGA LOIBI, J., *El privilegio paulino en el Derecho canónico y en el Derecho civil español*, Tesis doctoral leída en la Universidad de Madrid, s. d., págs. 380-386.

Actualmente la eficacia civil del matrimonio canónico contraído por privilegio paulino está expresamente reconocida en el C. c. (art. 82, según la redacción de la Ley de 24 de abril de 1958).

(141) "O casamento católico só produz efeitos civis, sendo celebrado em conformidade com as leis canónicas recebidas neste reino, ou por elas reconhecido, salvas as seguintes disposições".

(142) *Ibid.* nota 41.

tal ignorancia jurídica hacia el matrimonio civil en sí considerado (143). Pero ¿puede nuestro Derecho encuadrarse en tal esquema? Indudablemente, no. No es el nuestro un sistema *rígidamente* confesional. El principio de confesionalidad viene atemperado por el de tolerancia (144).

Por supuesto, cabe establecer en ciertos casos una sanción de inexistencia, pero no por vía de aplicación de la legislación eclesiástica, sino como resultado del juego de principios y normas de la legislación estatal, influida en su interna *estructura* por los principios y normas del Derecho canónico (145).

Otras manifestaciones doctrinales y prácticas han enfocado con mejor criterio que los autores anteriores, a partir de la aplicabilidad de la ley estatal, el problema del grado de invalidez.

En la Orden de 10 de marzo de 1941 se subordina a la exigencia de acatolicidad la *valides* y *efectos* del matrimonio civil. Esta dicción ofrecía un punto de apoyo para la consideración del matrimonio como inexistente. La calificación podría resultar de que los efectos que se reconocen al matrimonio nulo en el C. c. (art. 69) se niegan en la Orden. Sin embargo, Romero Vicitez, que entrevió esta posibilidad, la descartaba afirmando que "el alcance literal de la expresión 'validez y efectos civiles' no parece que llegu a apartar estos supuestos [los contemplados en la Orden] de la nulidad absoluta, para configurarlos como casos de inexistencia de dichos matrimonios." No creemos excluidos —añadía— ni el ejercicio de acciones de nulidad, conforme al artículo 102 del C. c. ni la aplicación del artículo 69" (146).

Bernárdez Cantón apreciaba una diferencia entre el régimen del artículo 69 del C. c. y el de la Orden de 1941. El primero, decía, parece referirse a la nulidad de un matrimonio tanto canónico como civil. La

(143) BELLENI, loc. cit., pág. 123. *Íbid.* también núms. 9 y 10 a), págs. 113-117.

(144) Cfr. FUENMAYOR, *El sistema...*, cit., págs. 103-130. En nuestra doctrina este autor es, a mi parecer, quien con mayor profundidad y rigor ha tratado de la interpretación del sistema codificado a la luz de los principios de confesionalidad y tolerancia. En este tema, la opinión de FUENMAYOR es en un todo convincente. *Íbid.* también las atinadas consideraciones de PÉREZ MIER, L., *Matrimonio canónico y matrimonio civil según el Concordato*, loc. cit., en nota 92.

(145) La institución matrimonial canónica se trata en el ordenamiento jurídico español en una doble vertiente, con diferente significado en cada una. En orden al *matrimonio canónico*, se reconoce su reglamentación jurídica y la competencia de la jurisdicción eclesiástica en materia de nulidad, disolución y separación, operando con plena eficacia en el orden jurídico estatal, salvo algunas limitaciones, como la representada por el art. 51 del C. c. y otras de menos monta. En orden al *matrimonio civil*, se reconocen —aunque no con alcance absoluto— las exigencias del Derecho de la Iglesia en la configuración del mismo como subsidiario del canónico. Ahora bien, si respecto al matrimonio canónico es el Derecho de la Iglesia el que se aplica, en cambio, respecto del civil el Derecho aplicado es el estatal, influido por aquél en su propia contextura. El influjo del Derecho canónico en el matrimonio civil español se produce en el instante de *laboración* de las normas estatales y, de modo reflejo, en su *aplicación*.

(146) ROMERO VICITEZ, loc. cit., pág. 193. RODRÍGUEZ VALCÁRCE escribe que "aunque diga dicha disposición que el tal matrimonio no producirá efectos civiles, siempre prevalecerá (en la colisión de normas), por su rango legislativo, la del art. 69 del Código civil" (loc. cit., pág. 200).

Orden, en cambio, se refiere al caso de un *cruce* de estas categorías, cuando se ha contraído según una, debiendo haberse celebrado según la otra. Pero tampoco este autor mantuvo con rigor la calificación, prefiriendo, por consideraciones de equidad, reconocer efectos respecto de los hijos, aunque ello fuere a costa de una ruptura lógica de la figura de inexistencia (147).

En verdad, no ofrece la Orden de 1941 una base muy firme para esta solución. Calificación tan grave no debe apoyarse en una mera expresión literal, y menos cuando otras expresiones del mismo texto legal permiten dudar fundamentalmente del acierto y rigor terminológico de las palabras empleadas. Fué precisamente por un defecto de dicción, al delimitar el concepto de acatolicidad, por lo que con razón se dijo de la Orden de 1941 que había incurrido en un *trop de scie* (148).

En definitiva, ninguna opinión ha mantenido con rigor una calificación de inexistencia al amparo de la Orden de 1941 (149). En cambio, con respecto a supuestos realizados bajo su vigencia se ha mantenido la calificación de nulidad. Así, por ej., lo han hecho las sentencias del Tribunal de Frankfurt de 6 de diciembre de 1950 (150) y del Tribunal de Casablanca de 21 de noviembre de 1953 (151), y las de nuestro Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1959 (152) y de 12 de noviembre del mismo año (153).

La solución de nulidad debe mantenerse también, en principio, en el régimen vigente. Ahora no hay norma específica, como ocurrió mientras estuvo vigente la Orden de 1941, para fundamentar la nulidad. Debemos recurrir al Código civil. En este punto me parece muy viable

(147) BERNÁRDEZ CANTÓN, loc. cit., pág. 941-942.

(148) GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 105.

(149) Con referencia genérica a la disciplina del Código, estima REYES MONTERREAL discutible la aplicación del artículo 69 del C. c. al supuesto matrimonial objeto de este estudio, "porque tal precepto se aplica a matrimonios civiles contraídos según el régimen del Código, y las normas de éste no se tuvieron en cuenta al aplicarse, vulnerándolas, por el contrario, mediante la aplicación de un régimen legal extraño", citando en apoyo de esta opinión las sentencias del T. S. de 1 de mayo de 1919, 26 de abril de 1929, 12 de marzo de 1942 y 12 de mayo de 1944 (loc. cit., pág. 73). El autor se refiere a un matrimonio civil de españoles celebrado en Francia en 1940.

(150) Se recoge en "Monatschrift für Deutsches Recht", 5 (1951), páginas 191-192.

(151) Loc. cit. en nota 94.

(152) Se recoge en "Revista de Derecho Privado", XLIII (1959), págs. 999-1000. Se concluye en esta sentencia que "ambos contrayentes obraron de mala fe y que ésta se compensa a los efectos ulteriores".

(153) También se recoge por la "Revista de Derecho Privado", loc. cit. en la nota anterior, pág. 1000. En esta sentencia, ante el supuesto de falta de méritos de que parte la Sala de instancia "para apreciar si hubo o no mala fe y de qué parte estuviera una y otra, y ante la presunción legal de buena fe sólo cabe sostener ésta en ambos". Esta sentencia y la citada en nota anterior se han publicado después de entregar este estudio a la Redacción del ANUARIO. No extrañará, por ello, que no me haya ocupado de tan interesante jurisprudencia en otros lugares.

el cauce legal de nulidad propuesto por Fuenmayor. Escribe este autor: "A mi entender, la nulidad resulta del carácter imperativo --no meramente dispositivo-- del artículo 42 del Código, y tiene cabida holgada en el artículo 101, ap. 4.º, del mismo cuerpo legal. Así lo entiendo a la vista del nuevo texto del artículo 42.

Es de notar, ante todo, el contraste entre los apartados 2.º y 3.º del nuevo artículo 42.

En el segundo se dice que '*el matrimonio habrá de contraerse canónicamente* cuando uno al menos de los contrayentes profese la Religión Católica', lo cual palmariamente quiere decir que tales personas, si quieren contraer matrimonio, han de hacerlo ineludiblemente, sin otro cauce posible, según los sagrados cánones.

En el tercero queda establecido que '*se autoriza el matrimonio civil cuando se pruebe* que ninguno de los contrayentes profesa la Religión católica'. Esta norma señala con rigor --no importa ahora cuál sea el contenido del concepto legal de la 'no profesión'-- en qué casos pueden los jueces autorizar el matrimonio civil.

Todos y cada uno de los supuestos posibles quedan incluidos en el apartado segundo o en el tercero. De donde se sigue que, incluido un caso en el segundo, el juez carece de poder para autorizar civilmente la pretendida unión matrimonial. Y porque carece de poder en absoluto, porque no tiene ninguna *competencia* para autorizar en tal caso el matrimonio civil, estimo que procede aplicar la nulidad establecida en el número 4.º del artículo 101, a cuyo tenor es nulo el matrimonio 'que se celebre sin la intervención del juez municipal competente', es decir, con la intervención de un juez incompetente" (154).

Hay que advertir, para no prejuizar con esta doctrina el tratamiento específico que más adelante propongo para el matrimonio de españoles en el extranjero mientras no conste acreditada la acatolicidad de los contrayentes, que la nulidad se refiere al matrimonio en que se ha aportado una prueba de acatolicidad valorada por el funcionario competente. Una declaración de nulidad con los efectos previstos en el artículo 69 del C. c. no es compatible con la inicial ineficacia que acompaña al matrimonio celebrado sin exigencia de acatolicidad. Con referencia a este supuesto la nulidad no puede, en principio, comportar eficacia. Y si a la nulidad del acto se suma la ineficacia de la relación estaremos propiamente ante un caso de inexistencia.

9. RÉGIMEN VIGENTE.

Entre los criterios extremos que en orden a la celebración del matrimonio de españoles en el extranjero se habían destacado por la doctrina o la jurisprudencia al tiempo de acometer la reforma, la nueva legislación ha sabido encontrar el criterio justo y proporcionado a los fines del sistema codificado. Ni el criterio de absoluta libertad formal,

(154) FUENMAYOR, *El sistema*, cit., págs. 72-73.

inspirador de la ley de 1870, pero incompatible con los principios del Código, ni el de atracción imperativa a la forma civil española frente a cualquier otra distinta (no canónica), excesivamente riguroso. La competencia del funcionario español, afirmada ahora como antes con carácter exclusivo, está referida, en la nueva legislación registral, no a la forma del acto, sino a la valoración de la libertad y confesionalidad de los contrayentes. Con la reserva de que los contrayentes sean católicos, y comprobada esta condición por la apreciación directa de autoridad española mediante la formación del oportuno expediente, el matrimonio celebrado en el extranjero —en lo que al punto de vista de la confesionalidad atañe— será considerado legítimo a todos los efectos.

La Ley de 24 de abril de 1958 ha dejado intacta la escasa e imprecisa regulación del C. c. sobre la materia. Sin embargo, esta regulación ha sido completada, adquiriendo un significado preciso, con la reforma llevada a cabo en la legislación del Registro civil. El artículo 249, párrafo 2.º, del R. R. c. dispone que "al comunicar a los órganos extranjeros el cumplimiento solicitado de proclamas o la concesión de dispensas para el matrimonio civil de españoles, se advertirá especialmente que, conforme al Derecho español, *sólo será eficaz si los contrayentes no profesan la Religión católica*" (155).

Para la relevancia del matrimonio en nuestro país, la acatolicidad de los contrayentes deberá ser apreciada por el funcionario español encargado del Registro. Aunque de modo indirecto, se afirma esta competencia del funcionario español con carácter exclusivo, garantizando de esta manera la efectividad de los principios del sistema, en el artículo 73 de la L. R. C., a cuyo tenor "cuando el matrimonio se contrajera en país extranjero con arreglo a la forma del país, o en cualquier otro supuesto en que no se hubiere levantado acta, *la inscripción sólo procederá en virtud de expediente*", precepto que luego reproduce el párrafo 1.º del artículo 249 del R. R. c. (156). De acuerdo con la finalidad apuntada, hay que admitir, con Sancho Rebullida, que al expediente de inscripción se aplicarán las prescripciones del artículo 249 R. R. c.: necesidad de acreditar que ambos contrayentes no profesan la religión católica y su libertad por inexistencia de impedimentos, publicación de edictos y proclamas si se hubieran omitido,

(155) No se prejuzga la validez de ese matrimonio ante la ley extranjera. Mas, por otra parte, tampoco, según parece, ante la ley española. Si en lugar de haber empleado el Reglamento el término *eficaz* hubiera empleado el de *válido*, se hubiera podido suscitar la duda de si en los casos de invalidez sería procedente aplicar la doctrina del artículo 69 del C. c. Sobre esto, más adelante.

(156) "No habiéndose levantado acta, 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 y proclamas, si se hubieren omitido, y se practicarán las debidas diligencias probatorias de la religión y libertad de los contrayentes."

y práctica de las diligencias probatorias de la religión y de la libertad de los contrayentes (157).

Entre los autores que hasta la fecha se han ocupado de la exégesis de las nuevas normas registrales, se admite generalmente, en base al artículo 272 del R. R. c., que, en tanto no conste acreditada la libertad y acatolicidad de los contrayentes, el matrimonio es susceptible de anotación (158).

De acuerdo con esta idea, estimo, sin embargo, que la norma del artículo 272 del R. R. c. ni es la única invocable en punto a la anotabilidad ni es en modo alguno decisiva para la suerte jurídica del matrimonio que se halla en la referida situación. Además de esa norma, se han de tener presentes los artículos 38, 3.º, de L. R. c. —que permite la anotación del hecho “que afecte al estado civil según la ley extranjera”— y concordantes —151 a 153, principalmente— del R. R. c., encuadrados en el capítulo dedicado a las anotaciones en general. La atención a estos preceptos es conveniente por una doble razón: a) porque, además de postularse en ellos con no menor firmeza que en el artículo 272 del R. R. c. la anotabilidad del matrimonio, contienen una referencia útil respecto a la naturaleza y alcance del acto anotado, y lo que realmente importa de la anotación no es tanto su valor general informativo (art. 145 R. R. c.) como la trascendencia jurídica del hecho de que informa; b) porque la consideración exclusiva del artículo 272 del R. R. c. pudiera llevar, como ha ocurrido a algún autor, a una purificación en el régimen jurídico de los actos que pueden entenderse acogidos en su tenor literal —matrimonio en peligro de muerte ante funcionario español y matrimonio de españoles ante funcionario extranjero—, y si bien es cierto que de tales actos se derivan situaciones muy semejantes en su estructura, estas situaciones, aparte de ser relevantes en órdenes jurídicos diferentes (159), sugieren ante el orden jurídico español, en razón de la desigual correspon-

(157) SANCHEO REBULLIDA, F. de A., *El sistema matrimonial en la reforma del Código civil*, en “Temis”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, núm. 4, 1958, pág. 41.

(158) SANCHEO REBULLIDA, loc. cit., pág. 41. También, LÓPEZ ALARCON, M., *El matrimonio civil y su inscripción*, en “Pretor”, VIII (1959), núms. 81-82, págs. 108-109; PASCUAL Y NIETO, G. y RUIZ Y HUERTA, J., *La reforma de la legislación del Registro Civil y el Derecho internacional Privado*, en “Pretor”, VIII (1959), pág. 542. Antes de la promulgación del R. R. c., se admitía la posibilidad de anotación. Así MESA DE LA MUELA, op. cit., II, 2.ª ed., Madrid, 1957, págs. 253-254; también PERÉ KALTY, J., en comentario al art. 80 de la L. R. c., *Texto de la ley de 8 de junio de 1957, concordada y anotada con comentarios y bibliografía*, por la Redacción de la Revista “Pretor”, Madrid, 1957, páginas 113-114.

(159) El matrimonio en peligro de muerte autorizado por funcionario español será, en principio, relevante en el orden jurídico patrio, y quizá también en el extranjero. El matrimonio de españoles ante un funcionario extranjero sin que conste acreditada la acatolicidad de los contrayentes, con independencia de la relevancia que pueda tener en el orden jurídico del país de celebración o en cualquier otro diverso, será en principio irrelevante en el orden jurídico español mientras no se practique la prueba de acatolicidad.

dencia con sus preceptos, una calificación diversa, y deben recibir, al menos en determinados aspectos, distinto tratamiento jurídico.

En todo caso, conviene tener muy en cuenta que la anotación tiene "valor simplemente informativo" y que "en ningún caso las anotaciones constituirán la prueba que proporciona la inscripción" (artículo 38 L. R. c.). No hay inconveniente en admitir, con Badía Batalla, que "darán lugar a una presunción *iuris tantum* de veracidad, en la que radicará la base de la información que proporcionan" (160), bien entendido que esta presunción no significa una relevancia *jurídica sustantiva*. Los datos de información son, en principio, acríticos respecto a la naturaleza y tratamiento jurídico del hecho anotado. La anotación no comporta, pues, relevancia del carácter válido o legítimo del matrimonio, ni es susceptible *per se* de originar una presunción en tal sentido.

10. ESTUDIO ESPECIAL DE LA CONDICIÓN DEL MATRIMONIO DE ESPAÑOLES CELEBRADO ANTE FUNCIONARIO EXTRANJERO MIENTRAS NO CONSTE ACREDITADA LA ACATOLICIDAD DE LOS CONTRAYENTES.

Dispone el R. R. c., en el artículo 249, párrafo 2.º, que "al comunicar a los órganos extranjeros el cumplimiento solicitado de proclamas o la concesión de dispensas para matrimonio civil de españoles se advertirá especialmente que, conforme al Derecho español, *sólo será eficaz* si los contrayentes no profesan la religión católica".

Es difícil medir el alcance que en la intención del legislador pudo tener la elección para este precepto del término *eficaz* en lugar del de *válido*. Acaso se trató de soslayar la cuestión de si, haciéndose al órgano extranjero la advertencia —de ser la acatolicidad presupuesto de la validez del matrimonio— *antes* de la celebración ("al comunicar el cumplimiento solicitado de proclamas", etc.), significaba ello la consideración de la *prueba previa* como requisito *ad validitatem*. De resultar cierta tal hipótesis, la referibilidad de la condición acatólica de los contrayentes al orden de la eficacia, hubiera obedecido al propósito de no prejuzgar, por el hecho de la inobservancia de la prueba, la validez del matrimonio.

Pero con independencia de que fuera éste efectivamente el propósito de nuestro legislador, viene a resultar objetivamente del texto comentado que el empleo del referido término sitúa al matrimonio autorizado, sin previa práctica de la prueba, en el ámbito de la ineficacia, con lo que, una vez comprobada la profesión católica de cualquiera de

(160) BADÍA BATALLA, F., *Legislación del Registro civil*. Barcelona, 1959, pág. 179. En otro sentido, dice LÓPEZ ALARCÓN que las anotaciones "son asientos que se limitan a publicar situaciones jurídicas interinas o presuntas, sin constituir prueba, ni menos aún títulos de legitimación de los actos definitivos correspondientes, si bien no puede descartarse que prueben las situaciones imperfectas que publican" (loc. cit., pág. 428, nota 41). En contra, PERÉ RALUY, en comentario al art. 38 de la L. R. c., loc. cit., págs. 52-53.

los contrayentes en el momento de la celebración, la suerte jurídica de ese matrimonio será más grave que la que acarrearía su calificación como inválido o nulo.

En efecto, la invalidez no quita la eficacia que el acto matrimonial despliega normalmente desde el momento de la celebración hasta el momento de la declaración de nulidad (art. 69 del C. c.). A propósito de esta doctrina, tuve anteriormente ocasión de exponer el criterio, sustentado por algunas sentencias del Tribunal Supremo y recogido en el dictamen de Dölle, de que el matrimonio ha de presumirse válido en principio, mientras no se declare su nulidad por Tribunal competente.

Por el contrario, ante el artículo 249, párrafo 2.º, del R. R. c., no cabe hablar, en tanto falte la prueba de acatolicidad, de eficacia ni de presunción de validez. El matrimonio que se halle en esa inestable situación será por principio ineficaz. Su validez será incierta.

Si se llegase a declarar efectivamente la nulidad de dicho matrimonio, ineficaz *ab initio*, como la declaración de nulidad no crea efectos, sino que se limita a respetar los que se han producido, y en el supuesto contemplado tales efectos es claro que no existen, estaríamos ante un caso de matrimonio inexistente.

Contra esta idea se podría aducir la declaración del párrafo 2.º del artículo 272 del R. R. c. —“la cancelación [de la anotación] se produce si se inscribe sentencia declarando la nulidad del matrimonio”—, interpretándola en el sentido de que en ella se presume como principio la validez del matrimonio y que, por ello, se requiere una sentencia de nulidad para cancelar la anotación. Ahora bien, si ésta tiene mero valor informativo y si, por otra parte, es índice de que la inscripción se ha denegado precisamente por no constar acreditada una condición de validez —la acatolicidad de los contrayentes—, resultaría contradictorio admitir con tales premisas dicha presunción.

Más correcta parece la interpretación de que, siendo el matrimonio de validez incierta (161) y, por tanto, ineficaz en tanto la libertad y acatolicidad de los contrayentes no conste, la sentencia declaratoria de nulidad de que habla el artículo 272 será propiamente, si llega a darse, una sentencia declaratoria de *inexistencia*.

La estructura de la descrita situación de pendencia conviene no sólo al matrimonio civil de españoles ante funcionario extranjero, sino también al matrimonio civil en peligro de muerte autorizado por funcionario español. Característica común a ambos supuestos es que, en tanto falte la prueba de acatolicidad, *la validez del matrimonio es incierta*. De esta idea parte el C. c. cuando califica el matrimonio civil

(161) Validez incierta. No cabe afirmar la validez. Mas tampoco la nulidad, porque si ésta fuera evidente ni siquiera sería posible la anotación. Dice en tal sentido el art. 151 del R. R. c. que “el hecho cuya inscripción no puede practicarse por no resultar en alguno de sus requisitos legalmente acreditado, puede anotarse en cuanto a los extremos debidamente justificados. Pero no procede la anotación si resulta evidente su ineficacia absoluta e insubsanable; la verificada será cancelada al acreditarse la ineficacia”.

en peligro de muerte, en las distintas circunstancias contempladas en los artículos 93 a 95, de "condicional", queriendo designar con este término, aquí inadecuado (162), la situación interina de *ineficacia* en que permanecerá hasta que sea posible pronunciarse sobre su validez en vista de los datos sobre capacidad y libertad, a los que hoy, por virtud de la reforma, se ha de sumar el de la condición confesional de los contrayentes (163). La misma idea parece inspirar al artículo 249 del R. R. c., que refiere en principio la exigencia de acatolicidad para el matrimonio de españoles al orden de la *eficacia* (el matrimonio "sólo será eficaz"...) y no al de la validez, acaso para impedir, como ya se ha apuntado, que la inobservancia de la prueba de acatolicidad, frecuente en esta hipótesis, se tomara como defecto constitutivo de celebración.

La semejanza de estructura entre estos supuestos, reflejada en el hecho de convenir la anotabilidad a uno y otro (art. 272 R. R. c.), pudiera llevar a aplicar a ambos indebidamente un mismo régimen jurídico. Ya ha ocurrido que algún autor trate conjuntamente, sin discriminación, de los supuestos referidos (164).

Sin embargo, hay entre ellos, a pesar de esa afinidad de estructura, una diferencia fundamental en el modo de originarse, que lleva a una diversa estimación en el orden normativo. Por ello, el tratamiento jurídico, durante la situación de pendencia, no puede ser idéntico para los dos supuestos.

(162) Escribe SANCHEZ REBULLIDA (*loc. cit.* últimamente, pág. 39) al ocuparse de esta materia después de la reforma: "Es lástima que no se haya aprovechado la coyuntura legislativa para modificar su terminología [de los arts. 93 a 95 del C. c.], la cual ha inducido a algunos a parangonar el matrimonio canónico condicionado con los supuestos matrimonios civiles 'condicionales' a que se refieren estos artículos. Parece, sin embargo, patente la imprecisión técnica en el empleo de este término y la radical diferencia de estos matrimonios con los condicionados del Derecho canónico. La anotabilidad a que acabamos de referirnos demuestra el alcance de esta impropia condición."

(163) La validez incierta debe comportar lógicamente la inicial ineficacia del matrimonio celebrado. ¿Cómo podría entenderse, si no, el carácter "condicional" del matrimonio civil en inminente peligro de muerte? Si por la incertidumbre sobre la libertad y capacidad de los contrayentes queda paralizada toda posible eficacia—típica se entiende—, en el caso de que se demuestre una falta de libertad o capacidad no será aplicable la doctrina del art. 69, en razón de que este precepto, en cuanto ordenado a la protección de una apariencia jurídica, no halla en el matrimonio en cuestión campo para desplegar su cometido. Como ya se ha indicado, con la doctrina del matrimonio putativo no se trata de *caer* efectos nuevos, sino de *conservar* o *conservar*, a pesar de la nulidad, unos efectos producidos, que en el caso examinado no existen.

Contrariamente se mantuvo en nuestra doctrina la aplicación del art. 69 del C. c. al supuesto de matrimonio civil celebrado en peligro de muerte y luego revelado imposible. Así, SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, V, I, 2.ª ed. Madrid, 1912, pág. 525, y VALVERDE, *op. cit.*, IV, 4.ª ed., Valladolid, 1938, pág. 141.

A la misma conclusión que en este punto mantengo se llegaría de admitir la opinión de LÓPEZ ALARCÓN (*loc. cit.*, pág. 432), para quien, según el art. 93 del C. c., hay "sujeción a una condición suspensiva constituida por la prueba futura de un hecho anterior a la celebración del matrimonio".

(164) LÓPEZ ALARCÓN, *loc. cit.*, págs. 107-108, *in fine*, y 169.

Tanto en el matrimonio civil en peligro de muerte como en el matrimonio de españoles ante funcionario extranjero se admite o se tolera que la práctica de la prueba de acatolicidad se difiera, sin prejuzgar la validez del matrimonio, a un momento posterior a la celebración. De aquí la semejanza de estructura entre ambas situaciones.

Ahora bien, respecto al supuesto normal, en que la práctica de la prueba tiene lugar *antes* de la celebración, la situación de matrimonio civil en peligro de muerte se puede configurar como un supuesto *excepcional*. El apartamiento del supuesto normal viene en tal caso justificado por preceptos legales sustantivos (arts. 93 a 95 del C. c.) en razón de la urgencia del acto.

Al comentar el artículo 80, párrafo 2.º, de la L. R. c., en el que se prevé la anotación del matrimonio civil mientras no se acredite debidamente que ambos contrayentes no profesan la religión católica o la libertad de los mismos por inexistencia de impedimentos, señalaba con acierto Batista que, a primera vista, era contradictorio tal precepto con los artículos 37 a 41 del Reglamento del Registro Civil de 1870, según la redacción del Decreto de 26 de octubre de 1956 (165), en los cuales se exige la justificación *previa* de ambos extremos (acatolicidad e inexistencia de impedimentos), sin que hasta tanto quepa matrimonio civil. Y la explicación que daba el citado autor de esa aparente discordancia era que tal norma es simple aplicación del artículo 93 del C. c., que *permite* al juez municipal autorizar el *matrimonio del que se halla en inminente peligro de muerte*, con carácter condicional "mientras no se acredite legalmente la libertad anterior de los contrayentes", si bien el artículo 80 de la L. R. c. viene a ampliar la condicionalidad a los supuestos en que no se acredite, por la misma urgencia, la acatolicidad de los contrayentes (166).

Se trata, por tanto, de un supuesto plenamente conforme, en su propia configuración excepcional, con los preceptos legales, e inserto, por tanto, en el orden jurídico español. Bien puede decirse del matrimonio en peligro de muerte, aunque su validez sea incierta y su eficacia esté paralizada, que ha sido concluído legítimamente. En este sentido merece una protección, en la medida que exija y consienta su situación de pendencia (167).

Distinto es el caso del matrimonio de españoles ante funcionario extranjero. En parangón con el supuesto normal, no puede calificarse

(165) El contenido de estos artículos coincide sustancialmente con el de los arts. 245 a 247 del vigente R. R. c.

(166) BATISTA, J., *La nueva ley del Registro civil*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", CCIII (1957-II), págs. 299-300.

(167) Manifestaciones concretas de esa protección serán: 1) la anotabilidad de oficio del acto matrimonial en el Registro civil (cfr. PERÉ RALUY, comentario al art. 80 de la L. R. c., *Ley del Registro civil...*, cit., pág. 114); 2) la denegación del Encargado del Registro a inscribir el ulterior matrimonio celebrado por cualquiera de los contrayentes con tercera persona, antes de la disolución o declaración de nulidad (inexistencia) del anotado (art. 252 del R. R. c.). Sobre este último punto, más adelante.

este otro supuesto de excepcional porque no hay, en principio, razón que justifique la inobservancia, antes de la celebración, de la prueba de acatolicidad.

Es el caso, sin embargo, que el mandato de proceder a la práctica de la prueba *antes* de la celebración del matrimonio, coherente cuando se dirige al funcionario español, no tendría sentido respecto al funcionario extranjero, si éste, en caso de incumplimiento, no ha de resultar alcanzado por una sanción penal o administrativa. Se podría pensar en que la sanción afectara, ya que no al funcionario autorizante, al matrimonio autorizado. Pero una tal sanción, de fuerza suficiente para dar consistencia a aquel mandato en caso de incumplimiento —invalidez del matrimonio—, no sería correcta (168).

Así las cosas, parece lo más oportuno tolerar las situaciones de inobservancia cuando el matrimonio se celebra ante un órgano extranjero, sin perjuicio de practicar la prueba de acatolicidad cuando se pretenda el acceso del matrimonio autorizado al Registro civil para su validez y eficacia en España:

Ninguna norma de nuestro Derecho autoriza la omisión de la prueba en esos casos. Lo único que se deduce de los preceptos de la legislación registral, que al ocuparse del matrimonio de españoles en el extranjero deja a salvo la necesidad de la exigencia en su doble aspecto, instrumental (art. 73 L. R. c. y art. 249, párr. 1.º, R. R. c.) y sustantivo (art. 249, párr. 2.º, R. R. c.), es que se tolera el hecho de que los órganos extranjeros autoricen el acto sin exigir la prueba previa, pero no se enlaza el acto así autorizado eficacia alguna ni se le concede protección en el estado de pendencia.

Tampoco cabe deducir una protección por la analogía del supuesto analizado con el de matrimonio en peligro de muerte, ya que en éste dicha protección está justificada por la razón de necesidad que acompaña al acto, razón que no se da en el matrimonio de españoles ante funcionario extranjero, en el que la aportación de medios probatorios y, consiguientemente, su valoración por funcionario competente, depende *de facto* del arbitrio de los contrayentes.

Todo hace pensar que estamos ante un supuesto no excepcional, sino *irregular*. La omisión de la prueba previa no aparece justificada en el ordenamiento jurídico español.

Además de la diferencia fundamental expuesta, hay otras de menos monta, pero muy significativas, que ayudan a fundamentar una desigualdad de tratamiento para los dos supuestos examinados.

En el matrimonio en peligro de muerte es factor de la situación un funcionario español, cuya responsabilidad en el cargo y pericia en el conocimiento y aplicación del sistema matrimonial alejan el riesgo de fraude o error en la autorización del acto y abogan en cierto modo la protección referida. En este supuesto hay además, si no la *prueba* de acatolicidad, sí, al menos, una *declaración* en tal sentido, ya que

(168) *Id. supra* núm. 8, A. c).

ésta se exige como requisito para la celebración del matrimonio (artículo 248 R. R. c.).

Pues bien, ni aquellas garantías ni este requisito se dan, en principio, en el matrimonio ante funcionario extranjero (169).

No cabe, por último, afirmar una razón de analogía, que permitiera superar las diferencias apuntadas, en el hecho de la anotabilidad. Ciertamente, ésta conviene a los dos supuestos. La doctrina viene citando a este propósito el artículo 272 del R. R. c. Pero, como indiqué anteriormente, sería equívoca la atención exclusiva a este precepto. La anotación *per se* nada significa, sino que el supuesto anotado no merece ser inscrito. Más importa el alcance jurídico del hecho que se anota. Y sobre este punto es decisiva para los actos autorizados por órganos extranjeros la consideración del artículo 38, 3.º, de la L. R. c., que al admitir la anotación del "hecho relativo a españoles o acaecido en España que afecte al estado civil, según la ley extranjera", hace suponer, como muy certeramente indica De Castro, que tal hecho *no afecta* al estado civil según la ley española (170).

Mientras el matrimonio civil en peligro de muerte queda dentro del orden jurídico español y cuenta en este orden con cierta protección durante su fase de pendencia, el matrimonio de españoles ante funcionario extranjero, en tanto no conste acreditada la acatolicidad y libertad de los contrayentes, queda fuera de ese orden —no afecta al estado civil según la ley española—, aun cuando pueda ostentar relevancia en un orden jurídico extranjero.

Se preguntará entonces qué finalidad puede tener la anotación de ese hecho en un Registro español. La respuesta la da el artículo 38 de la L. R. c.: finalidad "simplemente informativa" (171). Interesa el matrimonio de españoles en el extranjero, en fase de pendencia, como puede interesar, a efectos meramente informativos, un hecho tan ajurídico entre nosotros como el divorcio vincular (172).

Quisiera, antes de dar fin a este estudio, ejemplificar de algún modo la falta de relevancia jurídica de la unión de españoles ante funcionario extranjero mientras no se acredite suficientemente la acatolicidad (y libertad) de los contrayentes. Acaso no hay a tal fin mejor ejemplo que la cuestión del doble matrimonio, planteada en la legalidad anterior con relativa frecuencia, y que hoy, aunque en menor escala, puede de nuevo presentarse, por cuanto sus presupuestos *de facto* y *de iure* subsisten con el régimen vigente.

(169) Pueden darse *de hecho* en supuestos concretos. Pero no hay seguridad de que se observen con el debido rigor en la generalidad de los casos.

(170) DE CASTRO Y BRAVO, F., *Compendio de Derecho civil*, I, II-I, Madrid 1957, pág. 276.

(171) Cabe también pensar en una finalidad de colaboración con los órganos extranjeros, como sugiere DE CASTRO, loc. cit., pág. 276.

(172) Cfr. PERÉ RALIVY, J., comentario al art. 152 del R. R. c., en *Reglamento del Registro civil y disposiciones complementarias. Anotado y concordado con la ley de 8 de junio de 1957 y disposiciones complementarias*. "Pretor", Madrid 1959, pág. 90.

Haciéndose cargo de esta hipótesis, dispone el artículo 252 del R. R. c. que "no podrá inscribirse matrimonio canónico o civil contraído cuando cualquiera de los cónyuges estuviera ya casado legítimamente; pero el encargado no suspenderá la inscripción porque conozca tal circunstancia o cualquiera otra causa de ineficacia por medios no auténticos, sin perjuicio de que, una vez practicada, realice las diligencias que procedan".

En orden a la finalidad a que responde este precepto, cabe preguntar: ¿Puede considerarse como *legítimo* el matrimonio en peligro de muerte autorizado por funcionario español competente?

A la vista de las características especiales que acompañan al supuesto, habrá que responder afirmativamente.

En efecto, en el matrimonio en peligro de muerte, concluido *legítimamente* al amparo de la ley española y dentro del ámbito de actuación de funcionarios españoles, se dan suficientes razones para tal consideración, aunque se trate de una situación carente de firmeza: declaración de acatolicidad, urgencia del acto, gravedad del momento de la muerte —que aleja la sospecha de una declaración de acatolicidad no seria—, valoración de todas esas circunstancias por el funcionario autorizante del matrimonio. Todo ello justifica el efecto —lateral a la relación matrimonial (173)— impeditivo de una ulterior unión de cualquiera de los cónyuges de ese matrimonio con tercera persona, haciendo jugar para ello el precepto del artículo 252 del R. R. c.

La misma pregunta, formulada ahora con referencia al matrimonio de españoles ante funcionario extranjero, sin que conste acreditada la acatolicidad de los contrayentes, debe responderse negativamente. Acaso la semejanza de este supuesto con el antes examinado ha sugerido a López Alarcón una contestación afirmativa (174), porque el matrimonio celebrado en el extranjero en las referidas condiciones es, como el celebrado en inminente peligro de muerte, de validez incierta, y, por otra parte, también, como ocurre respecto a éste, anotable en el Registro.

Sin embargo, la diferencia expuesta entre los dos supuestos resuelve, a mi modo de ver, la cuestión planteada en sentido negativo. Por-

(173) Este efecto no es *típico* de la relación matrimonial, o, dicho de otro modo, no forma parte de su contenido. Digo que su finalidad es lateral a la relación matrimonial para significar su carácter externo o protector de la propia relación, no en tanto actual—pues es incierta su existencia—, sino en cuanto posible. Se parece esta eficacia *ex lege* a la representada por las medidas conservativas de la cosa en el negocio condicional.

(174) LÓPEZ ALARCÓN, loc. cit., pág. 107, después de ocuparse del supuesto genérico de matrimonio en que por cualquier circunstancia no se haya levantado acta y de los específicos de matrimonio en peligro de muerte y de matrimonio contraído en el extranjero en la forma local por españoles, dice: "Para estos supuestos de matrimonios contraídos y pendientes de inscripción, dispone el artículo 252 del Reglamento..." De modo que, para este autor, el art. 252 del R. R. c. no sólo es aplicable al caso de matrimonio de españoles en el extranjero contraído en la forma local, sino que está pensado para este supuesto, además de los otros indicados.

que las razones que postulan la protección del matrimonio en el caso de muerte inminente —supuesto excepcional— no se dan en el caso de celebración ante funcionario extranjero —supuesto irregular—. Aquí las razones militan más bien en contra que a favor de la validez. Por tanto, no deberá suspender el encargado la inscripción del matrimonio contraído con tercera persona por cualquiera de los cónyuges de la unión celebrada en el extranjero, siempre, naturalmente, en la hipótesis de que no conste acreditada la acatolicidad de los así unidos.

II. CONCLUSIÓN.

En conclusión, cabe decir que en el nuevo régimen se hace posible a los españoles acatólicos la celebración del matrimonio con arreglo a la forma de un régimen extranjero. Pero el matrimonio no será eficaz en España hasta que resulte acreditado, mediante el oportuno expediente ante el encargado del Registro civil, la acatolicidad de los contrayentes. En tanto falte esta condición, será incierta la validez del matrimonio, y carecerá éste de relevancia en España aunque conste anotado en Registro español.

En tema de celebración del matrimonio se ha admitido, pues, la relevancia de las formas locales para los españoles acatólicos, con lo que, más que una novedad, se ha introducido la seguridad y firmeza de un criterio uniforme, porque la misma solución era posible, aunque controvertida, en la legalidad anterior.

Si supone, en cambio, una novedad la consideración del matrimonio de españoles en el extranjero en tema de validez. Lo que antes, según interpretación de la doctrina y jurisprudencia, era causa de nulidad, ahora no lo es. Por el hecho de que los españoles celebren matrimonio civil con arreglo a la forma de un régimen extranjero, incluso sin acreditar su acatolicidad, no cabe declarar sin más la nulidad del matrimonio. Mas tampoco cabe presumirlo válido, como en algún caso entendieron durante el régimen anterior el Tribunal Supremo y la Dirección de los Registros, quedando por ello en una situación de ineficacia interina en el orden jurídico sustantivo y sin protección en los órdenes judicial y registral. La incertidumbre quedará despejada si la acatolicidad de los contrayentes se prueba, y en tal caso, el matrimonio, válido, gozará de eficacia desde la celebración, salvo la protección desplegada por el principio de fe pública registral (art. 70 L. R. c.). También se disipará la incertidumbre si la nulidad del matrimonio se declara, y, en este caso, el matrimonio, nulo e inicialmente ineficaz, será un matrimonio inexistente.

