

El sistema matrimonial español: Situación actual y perspectivas de reforma

JOSE M. GONZALEZ DEL VALLE,

Catedrático de Derecho Canónico de la Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. Introducción.—2. A) El sistema matrimonial español como sistema legal compuesto.—2. B) Valoración del sistema matrimonial español como sistema legal compuesto.—3. A) Capacidad para contraer matrimonio civil.—3. B) Valoración de la capacidad para contraer matrimonio civil.—4. A) Eficacia civil del matrimonio canónico como consecuencia de una celebración civil y las hipótesis de doble matrimonio —civil y canónico— entre los mismos contrayentes.—4. B) Valoración de la eficacia civil del matrimonio canónico surgido como consecuencia de una celebración civil y las hipótesis de doble matrimonio —civil y canónico— entre los mismos contrayentes.—5. A) Hipótesis de doble matrimonio —civil y canónico— entre diversos contrayentes.—5. B) Valoración de las hipótesis de doble matrimonio —civil y canónico— entre diversos contrayentes.

1. INTRODUCCIÓN

Este estudio sobre el vigente sistema matrimonial español y su posible reforma se refiere exclusivamente a cuatro temas que, a nuestro juicio, revisten particular relevancia, porque perfilan los rasgos más característicos y definitorios de nuestro sistema matrimonial.

Estos cuatro grandes temas presentan a su vez una rica problemática, tanto desde el punto de vista de la exposición de la actual situación legislativa —necesitada de estudio e interpretación— como desde el punto de vista de su posible reforma, que puede inspirarse en criterios muy diversos de los actualmente imperantes. Para delimitar nítidamente ambas perspectivas en relación con esos cuatro temas, primeramente los abordaremos con la única intención de exponer, estudiar e interpretar la situación legal vigente, para, a continuación, volver sobre esos mismos temas, para proponer una reforma legislativa.

En primer lugar, nuestro sistema matrimonial se caracteriza por constituir un sistema legal compuesto, ya que no se basa en el reconocimiento de un único régimen matrimonial, sino de varios regíme-

nes matrimoniales: el canónico y el civil. Así, pues, el primer tema se refiere al estudio del sistema matrimonial español como sistema legal compuesto.

En segundo lugar, nuestro sistema matrimonial se caracteriza por regular con carácter restrictivo la capacidad de los españoles para contraer matrimonio civil, por lo que el segundo tema de nuestra investigación se centra en el estudio de la capacidad de los españoles para contraer matrimonio civil, según el Derecho español.

Observamos, en tercer lugar, que si bien la legislación canónica, por lo general, considera que el matrimonio civil de los españoles no constituye un matrimonio válido, hay también casos en que, como consecuencia de una celebración matrimonial civil, surge también entre los contrayentes un vínculo matrimonial canónico. En esos casos —así como cuando los contrayentes, tras la celebración de matrimonio civil, celebran además entre sí matrimonio canónico— resulta posible la existencia de un doble vínculo —civil y canónico— entre los mismos contrayentes, por lo que como tercer tema estudiaremos la eficacia civil del matrimonio canónico surgido como consecuencia de una celebración civil y las hipótesis de doble matrimonio —civil y canónico— entre los mismos contrayentes.

Finalmente, y en cuarto lugar, cuando el matrimonio civil que la legislación española autoriza no es considerado por el Derecho de la Iglesia un matrimonio válido, resulta posible a quienes ya están casados civilmente contraer válido matrimonio canónico con tercera persona. Así, pues, estudiaremos en cuarto y último lugar las hipótesis de doble matrimonio —civil y canónico— entre diversos contrayentes.

2. A) EL SISTEMA MATRIMONIAL ESPAÑOL COMO SISTEMA LEGAL COMPUESTO

España pertenece a ese género de países que, en materia matrimonial, admiten una pluralidad de regímenes jurídicos. Esta situación es muy frecuente cuando la unidad política nacional comprende diversos distritos territoriales dotados de autonomía legislativa, como sucede en Estados Unidos, Méjico, el Reino Unido, Canadá, etc.

La unidad política nacional de España admite, con carácter bastante restrictivo, una pluralidad de regímenes económicos matrimoniales, y, con carácter más restringido aún, cierta pluralidad en materia de filiación y patria potestad, correspondientes a las legislaciones forales. Por lo que se refiere al régimen matrimonial relativo al nacimiento y extinción del vínculo conyugal, el pluralismo se basa en la diversidad religiosa existente entre los españoles. Los territorios del Sahara español estaban sometidos a un especial estatuto jurídico, integrado por diversas disposiciones, entre las que descuella por su especial relevancia en materia matrimonial la Orden de 6-1-1965, que reconocía plenos efectos civiles al régimen matrimonial islámico.

Y al dejar de estar sometidos a la soberanía española los territorios del Sahara, esa diversidad de regímenes matrimoniales se limita a que —como señala el art. 42 del Código civil— “la ley reconoce dos clases de matrimonio: el canónico y el civil”.

Mediante esta norma —“la ley reconoce dos clases de matrimonio: el canónico y el civil”— el Derecho español instituye un sistema legal compuesto en materia matrimonial. Que el matrimonio canónico constituye para el Derecho español una clase de matrimonio implica que, según la ley nacional española, el instituto matrimonial está regulado por leyes eclesiásticas y civiles. Y así, cuando una norma de conflicto de un foro se refiere a la ley nacional española en materia matrimonial, esa referencia tiene por objeto el conjunto de normas —eclesiásticas y civiles— que según el Derecho español regulan el matrimonio.

Pero el Derecho español no se limita a otorgar a la legislación matrimonial canónica la consideración de ley aplicable a los españoles, sino que, como consecuencia de reconocer genéricamente el matrimonio canónico, también otorga efectos civiles al matrimonio canónico de los extranjeros, aun cuando su propia ley nacional no los otorgue; por lo que, según el Derecho español, el matrimonio de los extranjeros también está regulado por las leyes eclesiásticas y civiles: la citada norma del artículo 42 del Código civil —“la ley reconoce dos clases de matrimonio: el canónico y el civil”— es de naturaleza internacional.

2. B) VALORACIÓN DEL SISTEMA MATRIMONIAL ESPAÑOL COMO SISTEMA LEGAL COMPUESTO

La existencia de una pluralidad de regímenes matrimoniales aplicables a los ciudadanos de una misma nación, y en general la pluralidad de diversos regímenes jurídicos en los distintos ámbitos del Derecho, obedece y a la vez manifiesta la diversidad existente entre las diversas regiones y personas de esa nación en razón de su origen, cultura, historia, costumbres, temperamento y religión. Y por eso es frecuente la existencia de sistemas matrimoniales compuestos en las naciones de estructura federal.

No falta, sin embargo, quienes consideran que ese carácter compuesto de nuestro Derecho de familia debe ser sustituido por un único régimen jurídico uniforme para todos los españoles, por entender que los sistemas legales compuestos lesionan el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley.

Esta opinión constituye una secuela de la ideología liberal decimonónica, proveniente del ideal igualitario nacido con la Revolución francesa que, junto con indudables conquistas en el terreno de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, llevó también a una incorrecta interpretación del principio de igualdad consistente en entender que la igualdad de los ciudadanos sólo permite la existencia de un único régimen jurídico para todos ellos.

El principio de igualdad exige que no se discrimine a los ciudadanos, otorgándoles distintos derechos y deberes, de forma que unos tengan un estatuto personal más favorable que otros. En este sentido el ideal igualitario nacido con la Revolución francesa liquidó en buena hora la organización estamental del Antiguo Régimen.

Pero una incorrecta interpretación del principio de igualdad llevó también a interpretar la igualdad de los ciudadanos ante la ley, no como una igualdad de derechos y de deberes, sino como uniformidad de legislación para todos los ciudadanos.

Extraer semejante consecuencia del principio de igualdad resulta improcedente, por cuanto la diversidad existente por razones históricas, culturales y religiosas dentro de cada nación exige una diversificación legislativa, en virtud de la cual pueda satisfacerse igualmente esas peculiaridades, sin incurrir en la desigualdad que supone establecer un régimen uniforme que sólo resulta adecuado para un determinado sector de la población. El principio de igualdad en modo alguno exige que a distintos supuestos de hechos sociales se aplique un régimen jurídico uniforme.

En la actualidad, sin embargo, la interpretación del principio de igualdad de los ciudadanos como exigencia de uniformidad de régimen jurídico pierde progresivamente terreno, y ya no se mira con recelo las peculiaridades tan marcadas y los caracteres tan distintivos que las legislaciones forales presentan en materia de Derecho de familia.

Por otra parte, se percibe una notable incongruencia en las posiciones doctrinales que, para postular la implantación de un sistema de matrimonio civil obligatorio, hacen hincapié en el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley y al mismo tiempo no critican por el mismo motivo la existencia de una pluralidad de regímenes jurídicos en relación con otros aspectos del Derecho de familia provenientes de las legislaciones forales, ni se plantean tampoco —al estudiar el Derecho comparado— que la existencia de regímenes matrimoniales compuestos es una situación muy común en los países de cultura inglesa y en general en los Estados de estructura federal.

Por este motivo, tales posiciones doctrinales parecen adolecer no sólo del defecto de una equivocada interpretación del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, sino también de cierta incongruencia; porque, aun en el caso de que se acepte que la igualdad de los ciudadanos ante la ley exige una legislación uniforme para todos ellos, a la conclusión que debe llegarse es al rechazo de todo sistema legal compuesto tanto en materia matrimonial como en otros ámbitos jurídicos, tanto si la composición del sistema matrimonial deriva de una pluralidad de regímenes matrimoniales civiles, como si deriva de un pluralismo de régimen matrimonial proveniente de la admisión de regímenes jurídicos matrimoniales de carácter confesional.

En tercer lugar, el *ius connubii* no es un derecho derivado de la posesión de una nacionalidad, sino un derecho común a todo hombre, de tal manera que todo hombre —por el mero hecho de serlo, inde-

pendientemente de que sea apátrida o posea una o varias nacionalidades— tiene derecho a contraer matrimonio (1). De ahí que la igualdad —entendida como uniformidad de régimen jurídico— no queda suficientemente asegurada, cuando la igualdad no hace referencia a un derecho de ciudadanía, sino a un derecho común a todo hombre. Y así, sólo habría igualdad en el ejercicio del *ius connubii*, estableciendo un régimen matrimonial uniforme para todos los hombres, independientemente de su nacionalidad.

Y, en efecto, la máxima uniformidad en la regulación del ejercicio del *ius connubii* se consiguió en la Edad Media, como consecuencia de la vigencia universal del Derecho matrimonial canónico. La atribución de competencia a los Estados nacionales en la regulación de este Derecho supuso una quiebra en la uniformidad legislativa existente en Europa.

Por eso, cuando en el siglo xvi comienzan los Estados nacionales a atribuirse competencia en materia matrimonial, en detrimento de la tradicional competencia de la Iglesia en este campo, se invocarán todo tipo de argumentos en favor de esa atribución menos el de que esto sea necesario para lograr una uniformidad de régimen jurídico matrimonial. Y los países protestantes, que fueron los primeros en disputar a la Iglesia su tradicional competencia en este campo, al implantar la obligatoriedad del matrimonio civil, no crearon un sistema de matrimonio civil uniforme, sino un sistema legal compuesto, como continúa siendo el de los países de habla inglesa.

En definitiva, la exclusiva competencia del Estado en materia matrimonial tiene poco que ver con el principio de igualdad, tanto desde un punto de vista teórico, como desde un punto de vista histórico.

Concretamente, la formulación del principio que postula la exclusiva competencia del poder estatal en la regulación del instituto matrimonial tiene origen teológico. Es Martín Lutero (1483-1546) quien por vez primera afirma, y con énfasis, que la Iglesia nada debe regular en este campo (2), en base a una concepción eclesiológica espiritualista que le lleva a entender, como principio general, que la Iglesia debe desentenderse de cualquier tarea legislativa, siendo desempeñada esta misión por el poder estatal.

No nos encontramos, sin embargo, en esta época ante la afirmación de un sistema de matrimonio civil obligatorio de signo secularizador. El movimiento protestante acepta el carácter sacro del matrimonio; pero junto a la afirmación de ese carácter sacro del matrimonio, afirma también la competencia del poder estatal para regular jurídicamente el instituto matrimonial. La afirmación de estos dos principios no resulta contradictoria en el marco del pensamiento protestante, porque no se concibe el poder del Estado como un poder aconfesional y agnóstico, sino como un poder confesional llamado

(1) JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derechos fundamentales y derechos públicos subjetivos en la Iglesia*, Pamplona, 1972, pág. 122.

(2) Vid. HANS DOMBOIS, *Kirche und Eherecht*, Stuttgart, 1973, pág. 120.

a reglamentar jurídicamente la materia religiosa. Se atribuye al Estado soberanía en materias eclesiásticas. El matrimonio conserva su carácter sacro, pero es al Estado a quien corresponde regular jurídicamente esa materia.

Por otra parte, cuando aparece el movimiento protestante y la doctrina luterana sobre la competencia civil en la regulación del matrimonio, la legislación canónica todavía no había establecido la obligatoriedad de la forma jurídica sustancial —ante párroco y testigos— como requisito de validez en la celebración del matrimonio. Esa innovación de la legislación canónica sólo tendrá lugar como consecuencia de la sesión XXIV del Concilio de Trento, en la que se aprueba el decreto *Tametsi* (1563). La promulgación de este decreto no se lleva a cabo simultáneamente para todo el orbe cristiano, sino que se va promulgando parroquia por parroquia, de tal manera que todavía en el siglo xx había regiones —llamadas no tridentinas, correspondientes por lo general a países no católicos— en que no era obligatoria para la validez de la celebración del matrimonio canónico ajustarse a la forma establecida por el decreto tridentino.

Este dato sobre lo tardíamente que la legislación canónica impone *ad validitatem* una forma de celebración, da a entender que en los países protestantes en que el poder estatal sustituyó en el siglo xvi al poder eclesiástico en la regulación del matrimonio, se originó una total sustitución de la legislación eclesiástica por la legislación estatal en materia matrimonial. En Inglaterra no se exigirá un acto formal de celebración de matrimonio hasta el Lord Hardwicke Act de 1753. Este tipo de nupcias informes, denominadas *common law marriages*, todavía resultan posibles en quince distritos de Estados Unidos. En Escocia resultaban posibles varios tipos de *common law marriages* hasta 1940, y desde entonces la única modalidad que se considera válida es la denominada “by habit and repute”.

Cuando la autoridad estatal de los países protestantes, inspirándose en la legislación tridentina, decide exigir una forma de celebración, confiará a los ministros de culto la asistencia a la celebración del matrimonio. Aunque esa facultad de los ministros de culto es compartida por funcionarios del Estado designados al efecto, todavía hay países, como el Estado americano de Maryland, que sólo consiente la celebración de matrimonios civiles válidos ante un ministro de culto (3).

Para la celebración religiosa del matrimonio, sin embargo, se exige la previa licencia civil, si bien, en países confesionales —como Gran Bretaña, Suecia y Noruega—, se hace una distinción según se trate o no de celebraciones religiosas correspondientes a la confesión establecida. En este último caso, no se requiere la previa licencia civil, bastando que se transmita posteriormente a la autoridad civil copia del acta religiosa de celebración de matrimonio. Con todo, salvo escasas excepciones, la previa licencia civil sólo condiciona

(3) Cfr. *Laws of Maryland*, 1972, c. 380.

la licitud, pero no la validez del matrimonio celebrado. Y ni siquiera la asistencia de un falso ministro de culto acarrea consigo la nulidad del matrimonio (4).

La legislación tridentina otorgó, por tanto, a la forma de celebración del matrimonio una importancia mucho mayor que la que le han atribuido las legislaciones de los países protestantes. Y, en consecuencia, en los países protestantes, la celebración religiosa del matrimonio —que continúa siendo la forma habitual de celebración— no pasa de constituir más que un mero ornato, de escasa trascendencia en el orden jurídico, que simplemente afirma el carácter sacro de la celebración matrimonial.

En los países católicos, la corriente de opinión que ha llevado a la instauración de un sistema de matrimonio civil obligatorio tiene igualmente un origen teológico, concretamente en la doctrina galicana. Y es Roberto José Pothier quien, en el siglo XVIII, difundirá la doctrina de que es al poder estatal a quien corresponde reglamentar la capacidad y forma de contraer matrimonio. La base de toda la argumentación se condensa en el principio de que el contrato civil es la materia del sacramento del matrimonio. Cuando la ley civil regula el matrimonio, no se inmiscuye en la competencia que la Iglesia posee sobre este sacramento, sino que simplemente regula una materia civil, el contrato matrimonial, que como todo contrato está sometido a la autoridad del Estado. Si como consecuencia de esa legislación estatal, la ley califica de nulo un matrimonio, el Estado lo que hace es simplemente impedir que nazca el sacramento, al regular algo que es previo a la existencia del sacramento —la existencia de un contrato civil—, ya que ese contrato civil es la materia del sacramento (5).

Esta doctrina sobre la separabilidad entre contrato y sacramento con la consiguiente competencia exclusiva por parte del Estado en la regulación del instituto jurídico del matrimonio está presente en la promulgación del edicto de Luis XVI de 1787, por el que se permite a quienes no profesan la religión católica presentarse indistintamente con cuatro testigos ante el párroco católico o ante el juez civil. Posteriormente Napoleón I, en su Código de 1804, establecerá, por vez primera en un país católico, el matrimonio civil obligatorio, prohibiendo a los párrocos dar la bendición nupcial con anterioridad a la celebración del matrimonio ante el funcionario civil.

En los demás países católicos en que también se introduce el sistema de matrimonio civil obligatorio como consecuencia de la influencia de la Revolución francesa y de las doctrinas liberales, cual es el caso de España con su ley de matrimonio civil obligatorio de 1870, también se apela en apoyo de la obligatoriedad del matri-

(4) Vid. FRANCESCO ONIDA, *Uguaglianza e liberà religiosa nel separatismo statunitense*, Milán, 1970, págs. 274-279.

(5) Cfr. *Tratado del contrato de matrimonio*, trad. y notas de Mariano Noguera y Francisco Carles, Barcelona, 1846. Vid., sobre la influencia de Pothier, AMADEO DE FUENMAYOR, *El matrimonio como contrato civil*, en "Revista general de legislación y jurisprudencia", febrero (1976), págs. 98-103.

monio civil a la doctrina de la separabilidad entre contrato y sacramento (6).

Esta doctrina sobre la separabilidad entre contrato y sacramento del matrimonio fue expresa y reiteradamente condenada por el Magisterio pontificio a finales del siglo XIX (7), por lo que desde el punto de vista teológico ha dejado de constituir un argumento sólido en favor del sistema de matrimonio civil obligatorio. No por ello, sin embargo, se dejó de propugnar este sistema matrimonial. La razón fundamental que llevó al Estado liberal a la elaboración de una legislación matrimonial distinta de la canónica fue el deseo de controlar el estado civil de las personas, la familia y las situaciones familiares.

Esta pretensión, durante el Antiguo Régimen, se fundamenta en las doctrinas galicanas y regalistas en base a presupuestos confesionales de dudosa ortodoxia y con manifestaciones bien concretas de invasión de la tradicional competencia eclesiástica en materia matrimonial, como la constitución promulgada por José II en 1783, por la que se avocan las causas matrimoniales con carácter exclusivo al fuero civil.

Pero esas doctrinas y actuaciones encuentran la irreductible oposición de los Romanos Pontífices, que irán condenando sucesivamente cada una de las concretas doctrinas y actuaciones que abogan por la secularización del matrimonio. Una y otra vez se pone de relieve que por ingeniosa que resulte una fundamentación teológica encaminada a atribuir al Estado competencia en materia matrimonial, ese fundamento doctrinal, precisamente por su carácter confesional, resulta inoperante en cuanto merece la condena por parte de la autoridad eclesiástica.

Será necesaria la aparición del Estado liberal que postula como ideales la aconfesionalidad y la completa separación de la Iglesia, para que en los países católicos el Estado logre la exclusiva competencia sobre el matrimonio y el Derecho de familia. De esos principios liberales, reforzados con la doctrina de la separación entre contrato y sacramento para allanar incluso objeciones de carácter teológico, se llegará a la conclusión de que el Estado debe poseer una completa e íntegra legislación matrimonial, distinta de la canónica, la cual ninguna relevancia debe poseer para el Estado. El conocido postulado liberal —“la Iglesia y el Estado son como dos líneas paralelas que no se encuentran nunca”— encuentra su cabal expresión en la implantación del sistema de matrimonio civil obligatorio. Como decía el artífice de la ley española de matrimonio civil obligatorio de 1870: “... y mientras los cánones de la Iglesia católica regulan la institución del matrimonio según estiman más conveniente para los altos fines morales y religiosos, también la potestad civil puede legalmente esta-

6) Vid. SALVADOR CARRIÓN, *Historia y futuro del matrimonio civil en España*, Madrid, 1977, págs. 61 y sigs.

7) Vid. MANUEL GERPE, *La potestad del Estado en el matrimonio de cristianos y la noción de contrato-sacramento*, Salamanca, 1970, págs. 115 y sigs.

blecer reglas de las cuales dependan los efectos civiles y políticos de aquel acto" (8).

Y, en efecto, esa ley de matrimonio civil logra el perfecto paralelismo y simetría entre Iglesia y Estado en materia de Derecho matrimonial, pues reproduce, como es sabido, íntegramente todos los elementos de la legislación canónica sobre el matrimonio: desde el número y alcance de los impedimentos, hasta el principio de indisolubilidad del vínculo matrimonial.

El liberalismo decimonónico entendió que el principio de separación entre la Iglesia y el Estado debería traducirse en una completa indiferencia e ignorancia —cuando no hostilidad— del Estado con respecto a la Iglesia, que excluía entre ambos cualquier forma de colaboración o avenencia. Después de la guerra de 1914, sin embargo, ese principio informador de la legislación liberal del siglo pasado ha ido perdiendo terreno en la doctrina y en la práctica, para dar paso a entender por separación entre la Iglesia y el Estado la mutua autonomía de ambos, pero en modo alguno el mutuo desconocimiento y menos aún la hostilidad.

El Estado de nuestros días no considera ya que cualquier forma de colaboración con la Iglesia comprometa su aconfesionalidad y soberanía. Es más, para garantizar los derechos de libertad e igualdad religiosa proclamados por la generalidad de las constituciones, su legislación tiene cada vez más en cuenta un factor de tanta trascendencia en la convivencia ciudadana, como es el factor religioso.

El factor religioso no sólo constituye una importante área de la realidad social e histórica de cada país, sino que es origen de entes sociales orgánicamente estructurados que trascienden los límites territoriales del Estado y que generan normas e institutos jurídicos, siendo el instituto jurídico matrimonial de nuestra cultura contemporánea un ejemplo típico de esa fecundidad jurídica del factor religioso. Y precisamente por haber sido el instituto matrimonial creación de la legislación canónica, llegó un momento en que quedó sustraído a la soberanía del Estado un ámbito jurídico tan importante como el del estado civil de las personas, la familia y las situaciones familiares.

Para afirmar su soberanía en este campo, al Estado liberal no se le ocurrió mejor solución que considerar el matrimonio canónico como un mero hecho, negándole toda eficacia jurídica y creando una legislación matrimonial paralela, logrando así plena soberanía en este campo. Las leyes de matrimonio civil obligatorio, tanto la española de 1870 como el Código civil italiano de 1865, lo que pretenden no es modificar el régimen matrimonial —pues no introducen ninguna modificación sustancial al respecto—, sino reafirmar la soberanía del Estado en este campo.

A mi entender, sin embargo, el camino por el que el Estado logrará el control sobre el instituto matrimonial no es el de la secu-

(8) *Diario de sesiones*, 17-XII-1869, apénd. 1.º al n. 185, pág. 2.

larización del matrimonio, sino el de la secularización de los registros sobre el estado de las personas, que crea la Iglesia en el siglo XIV y pasan al Estado al ser secularizado el matrimonio, como lógica consecuencia de la secularización de éste.

Una vez que el registro sobre el estado civil de las personas obra en poder del Estado, poca merma de su soberanía supone que reconozca eficacia a un régimen matrimonial que, como el canónico, es similar al del Estado y cuya eficacia, tanto por lo que se refiere a la existencia del vínculo como por lo que se refiere a las situaciones familiares que origina, ha de pasar por la aduana del Registro civil estatal.

No es de extrañar, por tanto, que tanto España en 1875 como Italia en 1929 abandonasen el sistema de matrimonio civil obligatorio, pues haciendo pasar la eficacia civil del matrimonio canónico por el tamiz de un registro estatal, se consigue igualmente el perfecto control y ejercicio de soberanía en materia de Derecho de familia, con la ventaja de no herir así legítimas actitudes y sentimientos religiosos.

Ni siquiera cuando el Estado opta por una legislación divorcista —apartándose del modelo matrimonial canónico en un punto de gran trascendencia— se hace necesario desconocer globalmente efectos civiles al matrimonio canónico. Basta, como sucede en los sistemas matrimoniales de Italia y Portugal, no otorgar efectos civiles al vínculo canónico a partir del momento en que media sentencia civil de divorcio.

En suma, el sistema de matrimonio civil obligatorio imperante en gran número de países católicos es un producto del Estado liberal, destinado a afirmar el exclusivo control estatal sobre el matrimonio, la familia y las situaciones familiares. Sin embargo, ese control es compatible con el reconocimiento del matrimonio canónico como principio general, desde el momento en que a través del Registro civil el Estado puede otorgar o no efectos civiles al matrimonio canónico en la medida en que le interesa.

El sistema del matrimonio civil obligatorio vigente en diversos países católicos es especialmente vejatorio del sentimiento religioso, no ya sólo por no otorgar efectos civiles a la legislación matrimonial canónica en ninguno de sus aspectos, ni siquiera el de la forma —cosa normal en países no católicos—, sino porque en determinadas hipótesis se prohíbe la celebración de matrimonio religioso.

Disposiciones como los artículos 199 y 200 del Código penal francés que castigan a quienes infringen la prohibición de celebrar matrimonio religioso sin previo justificante de haber contraído matrimonio civil, resultan lesivas del sentimiento religioso. Lo mismo cabe decir del artículo 46 del Código civil alemán, cuyas medidas represivas han sido eliminadas en algunas hipótesis, en virtud del artículo 26 del Concordato de 1933. E igual cabe decir de la legislación belga, suiza y de varios países hispanoamericanos.

Se alega como fundamento de tales normas limitativas de la cele-

El principio de celebración previa de matrimonio canónico que constituye una necesidad de orden público impedir que de esa manera se comprometa o prejuzgue el estado civil de las personas. Pero esa consideración no puede considerarse válida, desde el momento en que se niega, por principio, efectos civiles a la celebración religiosa del matrimonio.

Mientras los Estados islámicos de Asia y Africa, lo mismo que Israel, Japón y los países protestantes de Europa, Australia y América reconocen efectos civiles no sólo a la celebración religiosa del matrimonio, sino también —cuando la tienen— a la restante legislación matrimonial de carácter confesional correspondiente a la mayoría de sus súbditos, los Estados de población católica, en su mayoría, han tomado la decisión de secularizar íntegramente la legislación matrimonial, y con frecuencia toman en cuenta la celebración de matrimonio canónico, para calificarlo como hecho jurídico penal.

Esta situación, aparte de ser lesiva de la libertad religiosa —y en consecuencia lesiva de las normas constitucionales que proclaman ese derecho— resulta hoy obsoleta. Corresponde a una época liberal decimonónica, hoy sobrepasada, pues, tras la secularización de los Registros civiles, el mantenimiento de esa situación no resulta necesaria para el pleno ejercicio de la soberanía estatal en materia de Derecho de familia.

Si bien España, al igual que otros países de mayoría católica, no ha adoptado un sistema de matrimonio civil obligatorio, ello es debido, sin embargo, a la confesionalidad católica del Estado, con la consecuencia de que sólo se reconoce el régimen matrimonial canónico, habiéndose a lo más llegado, por vía de tolerancia, a reconocer efectos civiles al régimen matrimonial islámico, en los años 50, en obsequio a los habitantes del Sahara español.

Entiendo, sin embargo, que tras la incorporación en 1967 del principio de libertad religiosa a nuestro Derecho constitucional, se hace necesario otorgar efectos civiles no sólo al matrimonio canónico, sino al régimen matrimonial de las restantes confesiones religiosas.

Tal ampliación no presenta la menor dificultad en el caso de las confesiones protestantes, pues denominador común de todas ellas es entender que la regulación del matrimonio corresponde al Estado, salvo en lo que se refiere a la forma de contraer matrimonio. Por otra parte, nuestro Derecho ya reconoce las formas religiosas de celebración de matrimonio en su amplia diversidad, cuando los españoles celebran matrimonio en el extranjero, y la ley local admite como válida la celebración religiosa del matrimonio; situación, por lo demás, frecuentísima en los países protestantes, e incluso en países católicos, como Italia.

Las únicas confesiones religiosas que poseen un régimen matrimonial completo —que comprende no sólo una forma religiosa de celebración, sino una reglamentación general del matrimonio— son tres: la católica, la hebrea y la islámica. En algunos aspectos tales

regímenes matrimoniales pueden resultar contradictorios con los principios patrios de orden público en materia matrimonial.

Tal dificultad, sin embargo, puede solucionarse fácilmente, desde el momento en que el Estado controla, desde 1870, con carácter exclusivo el Registro sobre el estado civil de las personas. Presupuesta la exclusiva competencia estatal sobre el Registro, resulta perfectamente factible hacer depender de los asientos registrales los efectos civiles de las situaciones matrimoniales nacidas al amparo de las legislaciones matrimoniales de carácter confesional.

Se logra de este modo tanto la plena adaptación de nuestro sistema matrimonial a la diversidad religiosa existente entre los españoles, como el logro de que por este motivo no escape al control del Estado la integridad del Derecho de familia.

Aparte de esta ampliación de nuestro sistema matrimonial a otros regímenes matrimoniales confesionales, también sería necesario a nuestro juicio modificar la proyección internacional de la composición religiosa de nuestro sistema matrimonial. En efecto, el artículo 42 del Código civil no dice “la ley reconoce para los españoles dos clases de matrimonio”, sino “la ley reconoce dos clases de matrimonio”, con la consecuencia de que el matrimonio canónico de los extranjeros surte efectos jurídicos ante el Derecho español, aunque no los surta ante su propia ley nacional.

Entiendo que, por deseable que sea el reconocimiento de las legislaciones confesionales en los países en que esto no acontece, esto no debe llevar al Derecho español —aunque éste lo haga respecto a los propios ciudadanos— a otorgar efectos civiles al matrimonio religioso de los extranjeros, cuando su propia ley nacional no le otorga efectos jurídicos.

Tal consideración deriva, no del hecho de que los regímenes matrimoniales religiosos sean menos dignos de reconocimiento de efectos civiles que los regímenes estatales, sino de que el Derecho internacional español no debe favorecer, al otorgar efectos jurídicos al matrimonio, una disociación entre las situaciones familiares que el Estado español reconoce y las situaciones familiares que reconoce la propia ley nacional.

3. A) CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO CIVIL

En su actual redacción, conforme a la ley de 24 de abril de 1958, el artículo 42 del Código civil en sus dos últimos párrafos dice así: “El matrimonio habrá de contraerse canónicamente cuando uno al menos de los contrayentes profese la religión católica. Se autorizará el matrimonio civil cuando se pruebe que ninguno de los contrayentes profesa la religión católica.”

Esta noción de “no profesar la religión católica” aparece por vez primera como presupuesto necesario para la celebración de matrimonio civil en un edicto de Luis XVI de Francia, de 1787, por el que se

permitía a quienes no profesaban la religión católica la posibilidad de presentarse con cuatro testigos ante el juez civil para celebrar matrimonio.

En el Derecho español esta noción aparece por vez primera en el preámbulo del decreto de 9 de febrero de 1875, en donde se señala que pueden contraer matrimonio civil quienes no profesen “la religión de nuestros padres”; es decir, la católica. Ese mismo criterio se repite en la base tercera de la Ley de 11-V-1888, y de ahí pasa al artículo 42 del Código civil, que en su anterior redacción decía así: “La ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico, que deben contraer todos los que profesan la religión católica, y el civil, que se celebrará del modo que determina este Código.”

La noción de “no profesar la religión católica” es lo suficientemente vaga como para que, independientemente de la actual o antigua redacción del artículo 42, quepa atribuir un diverso alcance y contenido a esa noción. Tradicionalmente el contenido del artículo 42 se fijaba a través de una Orden ministerial —o Real Orden en el caso de que hubiese monarquía— que permitía con mayor o menor libertad la celebración de matrimonio civil. A lo largo de su historia, en virtud de diversas Ordenes y Circulares, ha ido variando el contenido del artículo 42, según las ideas políticas y religiosas de quienes en un determinado momento gobernaban el país.

Entre esas Ordenes, merecen destacarse las de 27-VIII-1906 y la de 10-II-1932, porque proporcionaban las máximas facilidades para la celebración de matrimonio civil. La orden de 10-III-1941 fue, en cambio, la que en mayor medida restringió la posibilidad de celebrar matrimonio civil: sólo permitía celebrarlo a quien nunca hubiese pertenecido a la Iglesia católica.

El concordato de 1953 no se pronunció sobre este particular, pero con motivo de las modificaciones legislativas introducidas en la legislación española entre los años 1956 a 1959, con la finalidad de adaptar el Derecho español a lo estipulado en el Concordato, se instauró una normativa que permite la celebración de matrimonio civil a quienes abandonaron la Iglesia católica, inspirada en realidad en la Convención de 1924 entre la Santa Sede y Colombia.

Esta nueva regulación comprende normas de diverso rango. Se modificó el artículo 42 del Código civil no con la finalidad de aclarar el concepto de “no profesión de la religión católica”, sino sólo para subrayar, de un lado, que esa no profesión debe ser probada por quien pretende contraer matrimonio civil, y, de otro, que no es suficiente que uno de los contrayentes no la profese, sino que es necesario que lo prueben los dos.

Se modificó también el Reglamento del Registro civil por Decreto de 26-X-1956; modificación que recoge y completa el Reglamento del Registro civil de 14-XI-1958. Esta nueva normativa impone a quienes nunca pertenecieron a la Iglesia católica por bautismo o conversión, la necesidad de presentar prueba de no profesar la Religión católica, si pretenden celebrar matrimonio civil. Y la instruc-

ción de la D. G. R. de 2-IV-1957 precisó que para tales personas constituye suficiente medio de prueba la propia declaración de los contrayentes.

El Decreto de 22-V-1969, que modificó los artículos 244, 245, 246, 248 y 267 del Reglamento, y el Decreto de 1-XII-1977, que vuelve a modificar los artículos 244, 245, 246 y 248, no han modificado en este aspecto la normativa establecida por la reforma de 1958. Los no bautizados en la Iglesia católica ni convertidos a ella, continúan obligados a presentar —bastando como suficiente medio de prueba la simple declaración— la prueba de que no profesan la religión católica.

En cambio, ha variado en dos puntos —en virtud de la reforma efectuada por Decreto de 22-V-1969— la normativa sobre instrucción de expedientes prematrimoniales relativa a los bautizados en la Iglesia católica o convertidos a ella.

Conforme a la redacción de 1958 de los artículos 245 y 246 del Reglamento, se les exigía presentar al Encargado del Registro civil prueba de no profesar la Religión católica por abandono de la misma y al encargado, de practicar esa prueba, así como las acordadas de oficio. Ante las dudas que le pudiesen surgir al encargado sobre la suficiencia de la prueba debería consultar —a tenor del art. 250 del Reglamento— en comunicación clara y precisa a los Jueces de primera instancia, quienes las resolverían previa audiencia del Ministerio fiscal; pero el juez, tras dictar auto, debía suspender su ejecución y elevarlo, con el dictamen del fiscal y demás antecedentes a la Dirección General, para su resolución definitiva.

Las dudas nacían de que la disposición encaminada a precisar el concepto de no profesión de la religión católica —la citada Instrucción de 2-IV-1957—, en el caso de que ésta derive de abandono, sólo aclara negativamente el concepto de no profesión, señalando que no se acepte como suficiente el abandono de la religión católica con la finalidad de contraer matrimonio civil, y que, por tanto, se desconfie de las apostasías acaecidas al tiempo en que se pretende contraer matrimonio civil. Se señala que el supuesto de apostasía es excepcional y que ha de ser objeto de una interpretación restrictiva. Se señala que la apostasía ha de constar de manera evidente. Pero no se define positivamente en qué consiste la no profesión de la religión católica por abandono de la misma.

Por lo demás, la D. G. R. en su actividad consultiva nunca llegó a sentar una doctrina clara sobre lo que hay que entender por “no profesión de la religión católica en razón de abandono”, ni tampoco se pronunció con claridad sobre el plazo de tiempo que debería transcurrir entre el abandono de la religión católica y la celebración de matrimonio civil para que esa “no profesión” no fuese sospechosa de responder a un fraude de ley. Y la razón es obvia: la reforma de 1958 nunca aclaró ni pretendió aclarar en qué consiste no profesar la religión católica por razón de abandono, sino sólo en qué no consiste, consiguiendo así que fuese muy difícil probarla, porque es

muy difícil probar la existencia de un hecho, cuando no se sabe en qué consiste ese hecho.

La redacción de los artículos 244, 245 y 246 —conforme el Decreto de 22-V-1969— exoneraba, en cambio, a los contrayentes que abandonaron la religión católica de proponer a la autoridad civil y a ésta de practicar prueba alguna encaminada a apreciar la no profesión. Al encargado del Registro ya no se le podían plantear dudas acerca de la suficiencia de una prueba que no le tenía que ser presentada ni él debía practicar de oficio, y en consecuencia no necesitaba consultar a la D. G. R., a través del Juez de primera instancia, sobre la suficiencia de la prueba. Como consecuencia de la inercia, continuaron afluyendo consultas a la D. G. R.; pero ésta respondía —así la Resolución de 27-VI-1972— que no le correspondía dar ninguna respuesta, señalando cuáles eran los recursos gubernativos y procesales que en el caso procedían.

La actual redacción del artículo 245, conforme al Decreto de 1-XII-1977, vuelve a exigir, a quienes abandonaron la religión católica, la presentación ante la autoridad civil de la prueba de no profesión; pero señala como medio de prueba idóneo —en contradicción con el artículo 32 de la Ley de Libertad Religiosa— la simple declaración expresa del interesado.

El segundo punto en que la reforma de 22-V-1969 modificó la normativa anterior sobre el expediente prematrimonial de los bautizados en la Iglesia católica o convertidos a ella, estriba en que, según la anterior normativa, el encargado debía exponer circunstanciadamente el proyecto de matrimonio civil a la autoridad eclesiástica diocesana, la cual podía pedir información suplementaria, y el matrimonio civil no se podía celebrar hasta después del transcurso de un mes, contado a partir de la expedición de la última comunicación.

La normativa de 1969 suprime la existencia de ese plazo, y sustituye la comunicación circunstanciada por la simple comunicación —que puede hacer el propio encargado o los contrayentes, en cuyo caso deben presentar prueba de haberla hecho —al párroco del domicilio de haber abandonado la religión católica, para lo cual es suficiente el envío de una carta certificada con acuse de recibo.

La actual redacción del artículo 245, conforme al Decreto de 1-XII-1977, suprime la obligatoriedad de que el abandono de la religión católica sea comunicado —ni siquiera por simple comunicación no circunstanciada— a la autoridad eclesiástica, contradiciendo el artículo 32 de la Ley de Libertad Religiosa.

La autoridad eclesiástica, según la Instrucción de la Nunciatura de 25-III-1957, debe disuadir a los contrayentes de la celebración de matrimonio civil; y caso de conseguir su propósito, comunicar a la autoridad civil la renuncia de los interesados al matrimonio civil. La autoridad eclesiástica también debe comunicar a la autoridad civil, si así lo estima, que la no profesión de la religión católica no es conforme a la verdad. Pero si los contrayentes no renuncian a celebrar matrimonio civil o si la autoridad eclesiástica considera que

el abandono de la religión católica es conforme a la verdad, no es necesario que informe a la autoridad civil.

Así, pues, la reforma de 1969 no suprimió la necesidad de apreciar la prueba de no profesión de los bautizados en la Iglesia católica o convertidos a ella, sino que su apreciación se dejó exclusivamente en manos de la autoridad eclesiástica, mientras la anterior normativa exigía además que la autoridad civil apreciara la prueba de no profesión. La actual normativa de 1977 vuelve a atribuir a la autoridad civil la función de apreciar la prueba de no profesión por abandono, pero facilitando el medio de prueba.

El artículo 247, que no ha sido derogado, continúa imponiendo al encargado que haya de autorizar el matrimonio, la suspensión de la celebración si conoce la existencia de algún obstáculo legal para su celebración —la “profesión de la religión católica” es el único obstáculo legal que la normativa civil sobre el matrimonio conoce, como se deduce del último párrafo del artículo 238 del Reglamento del Registro Civil— y obliga a todos aquellos a cuyo conocimiento llegue la pretensión de matrimonio civil —entre los que se cuentan las autoridades eclesiásticas— a denunciar, si existe, la existencia del obstáculo legal derivado de la profesión de la religión católica.

Ahora bien, a tenor del artículo 247 del Reglamento, la denuncia solamente causará suspensión cuando el encargado juzgue que está suficientemente probado el obstáculo legal. Así, pues, lo que pretendió la reforma de 1969 es invertir la carga de la prueba. El encargado no tenía ya que apreciar la prueba de “no profesión de la religión católica”, sino sólo apreciar la prueba de la existencia de obstáculo legal derivado de profesión de la religión católica, cuando se le facilitase por denuncia.

Si, en el caso de denuncia, el encargado no juzga suficientemente probada la existencia del obstáculo legal, se pasará la denuncia al Ministerio Fiscal; si dentro del plazo de quince días hábiles, siguientes a la comunicación al representante de la Ley, no se acredita la interposición de la demanda de oposición, puede procederse a la celebración.

Por su parte, el Ministerio Fiscal, aunque no haya denuncia, si estima frente al Juez que no suspende la celebración del matrimonio, que no debe procederse a su celebración, continúa estando obligado de oficio a interponer demanda de oposición.

Como señala López Alarcón “no puede exigir el encargado la proposición y práctica de prueba a modo judicial con empleo de todos los medios admitidos en Derecho, pues ello es materia reservada al juicio que puede promover el Ministerio Fiscal” (9).

Si el encargado acuerda la suspensión del matrimonio civil, cabe —continúa el art. 247 del Reglamento— “recurso en vía gubernativa, según las reglas establecidas para los expedientes en general”; es decir, la resolución del encargado la resuelve el Juez de primera

(9) *Matrimonio civil y obstáculo legal de profesión de la religión católica*, en “Revista Española de Derecho Canónico”, 29 (1973), pág. 121.

instancia y contra la decisión de éste se apela a la D. G. R. Según jurisprudencia del T. S. —29-V-1959 y 10-X-1959— contra la resolución del recurso en vía administrativa por la D. G. R. no cabe recurso contencioso administrativo.

Ahora bien, cabe igualmente que por el trámite de los incidentes se declare la inexistencia del obstáculo legal. Sólo los particulares que tengan interés en la suspensión del casamiento pueden formalizar por sí la oposición, debiendo, en caso contrario, pasarse denuncia al Ministerio Fiscal, como señala el artículo 98 del Código civil. En cualquier caso, el proceso incidental paraliza el recurso administrativo, si ya se hubiese incoado, cabiendo entonces sólo la resolución del asunto por sentencia.

La D. G. R., en resolución por vía de recurso de 3-VIII-1970 (Cfr. "B. O. E." 17-X-1970) considera "que en armonía con lo dispuesto en los artículos 31 y 32 de la Ley 44/1967 de 28 de junio sobre Libertad religiosa; el artículo 246 del Reglamento del Registro Civil, en la nueva redacción dada por el Decreto de 22 de mayo de 1969, admite la declaración expresa de los interesados de *no profesar la religión católica* como medio de prueba idóneo a los efectos de los artículos 42 y 86 del Código civil, que permite la celebración de su inmediato matrimonio civil, como lógica consecuencia del hecho de que quien dice no profesar en efecto no profesa, aunque pertenezca por el bautismo a tal religión".

Señala también que la cuestión se plantea de modo diverso cuando de lo que se trata es de lograr la transcripción en el Registro Civil español de un matrimonio civil ya celebrado por españoles en el extranjero, en cuyo caso es preceptivo tramitar el expediente previsto en el artículo 73 de la Ley de Registro Civil y desarrollada en el artículo 249 del Reglamento, en el que se prescribe la necesidad de practicar las debidas diligencias probatorias de la religión; porque ese artículo no ha sido objeto de reforma. A esos efectos "no puede en principio ser suficiente, por sí sola, la simple ulterior declaración de los contrayentes de que al tiempo del matrimonio cuestionado profesaban o no la religión católica, pues esta declaración al ir referida no al mismo momento en que se emite, sino a un tiempo anterior, ofrece matices diferentes, y además puede ir dirigida a eludir el cumplimiento de las leyes".

Con posterioridad a esta resolución, el Decreto de 1-XII-1977, reformó el artículo 249 del Reglamento, facilitando enormemente el expediente postmatrimonial por lo que a la prueba de no profesión se refiere, al establecer que "se presumirá la acatolicidad por el solo hecho de la celebración del matrimonio civil".

Esta resolución de la D. G. R., aunque afirma estar inspirada en la Ley de libertad religiosa y en la reforma de 22-V-1969, en realidad no capta bien el alcance de tales preceptos. En efecto, ambos textos legales —que se inspiran a su vez en la Instrucción de la D. G. R. de 2-IV-1957— distinguen, a efectos de probar la no profesión de una religión, distintos medios de prueba según se trate de

probar que nunca se ha pertenecido a una religión —no profesión por no adscripción— o se trate de probar que, aunque se perteneció a una religión, esa religión fue abandonada: no profesión por abandono. Pues bien, para la no profesión por no adscripción es medio de prueba idóneo la simple declaración del interesado, tal como señalaba el artículo 246 del Reglamento del Registro civil de acuerdo con su redacción de 1969, que por lo demás no innovó el Derecho anterior ya que también la Instrucción de 2-IV-1957 señalaba como medio de prueba idóneo para probar la no profesión por no adscripción la simple declaración del interesado.

En cambio, cuando se trata de probar la no profesión de la religión católica por abandono de la misma, el artículo 245 en su redacción de 1969 introdujo una innovación, consistente en que el encargado del registro no tiene que apreciar prueba alguna en torno a la no profesión de la religión católica por abandono, sino que esa prueba es sustituida por la obligación de comunicar al párroco del domicilio—bien por el propio encargado, bien por el interesado— el abandono de la religión católica.

Así, pues, siempre que se trata de personas que pertenecieron en algún momento de su vida a la religión católica, conforme a la antigua redacción de esos artículos de 1969, no hay que aplicar el artículo 246 del Reglamento, sino el artículo 245. Resulta por tanto sorprendente que la citada resolución de 3-VIII-1970 considere que el precepto aplicable al caso sea el artículo 246 del Reglamento, cuando el precepto que hay que aplicar es el artículo 245, por tratarse de personas que en su día pertenecieron a la religión católica, y en consecuencia nos encontramos ante la hipótesis de no profesión de la religión católica por abandono. Y resulta sorprendente igualmente que la citada resolución sienta el principio de que “quien dice no profesar en efecto no profesa, aunque pertenezca por el bautismo a tal religión”; porque quien ha pertenecido por el bautismo a la religión católica, sólo puede dejar de profesarla por abandono.

La esencia de la reforma de 22-V-1969 no consiste en admitir como medio de prueba idóneo para la no profesión por no adscripción la simple declaración del interesado: tal medio de prueba para esa hipótesis ya era admitido por la legislación anterior. Tampoco consiste la reforma de 22-V-1969 en extender ese medio de prueba a la no profesión por abandono, sino que la esencia de esa reforma consiste en suprimir del expediente prematrimonial de los adscritos a la Iglesia católica por bautismo o conversión la necesidad de probar —ni siquiera por un medio tan simple como es la declaración—, ante el encargado del Registro o ante cualquier otra autoridad civil, la no profesión por abandono de la religión católica. De donde se sigue que la autoridad civil no podía exigir, ni debía apreciar esa prueba, en relación con los expedientes prematrimoniales de quienes pretendían contraer matrimonio civil, como consecuencia de haber abandonado la religión católica.

En suma, ni la D. G. R. era competente para pronunciarse sobre cómo se prueba la no profesión de la religión católica por abandono de la misma en un expediente prematrimonial —por la sencilla razón de que, al no ser necesario presentar esa prueba ante la autoridad civil, menos aún cabía establecer un medio de prueba—, ni la doctrina que sobre ese particular sienta es correcta, pues contradice tanto la Ley de libertad religiosa, como el Decreto de 22-V-1969.

En relación con un expediente prematrimonial de quien abandonó la religión católica, sólo era competente durante la vigencia de la reforma de 1969, para pronunciarse acerca de la prueba de la existencia de obstáculo legal de profesión de la religión católica, cuando así le fuese solicitado en virtud de recurso administrativo. Y, además, la D. G. R. carece de competencia exclusiva en la apreciación de esta prueba, que como señala el artículo 247 del Reglamento del Registro Civil es concurrente con la de los tribunales ordinarios en los términos ya indicados.

La Instrucción de la D. G. R. de 7-VII-1971 sobre matrimonios civiles de españoles en el extranjero cita textualmente la resolución de 3-VIII-1970, para señalar que es suficiente medio de prueba la simple declaración del interesado de no profesar. Ahora bien, limita el alcance de ese medio de prueba a las hipótesis de no profesión por no adscripción.

No deja de sorprender, sin embargo, que cite textualmente esa resolución en el considerando en el que se afirma “quien dice no profesar, en efecto no profesa, aunque pertenezca por el bautismo a tal religión”; porque como vimos, cuando alguien ha pertenecido por el bautismo a una concreta religión, si luego la abandona, incide en la hipótesis de no profesión por abandono; hipótesis en que no había que apreciar prueba de no profesión por abandono por parte de la autoridad civil, y en consecuencia no era necesaria la prueba por declaración del interesado.

La Instrucción de la D. G. R. de 22-III-1974 sobre el expediente previo al matrimonio civil vuelve a citar la resolución de 3-VIII-1970, para señalar que es medio de prueba idóneo la simple declaración del interesado, pero suprime la frase “porque quien dice no profesar en efecto no profesa, aunque pertenezca por bautismo a tal religión”, que habíamos calificado como incongruente con la Ley de libertad religiosa y con el Decreto de 22-V-1969. Y, además, limita ese medio de prueba a las hipótesis de no profesión por no adscripción.

No deja de sorprender, sin embargo, que se cite —aunque sea cercenando la frase— una resolución tan desafortunada como la de 3-VIII-1970. Y sorprende también que tanto la Instrucción de 7-VII-1971 como la de 22-III-1974 hablan de que la propia declaración como medio de probar la no profesión por no adscripción constituye una innovación, pues ya la antigua instrucción de la D. G. R. de 2-IV-1957 admitía para idénticas hipótesis idéntico medio de prueba.

Toda esta normativa, encaminada a dar cumplimiento el último párrafo del artículo 42 del Código civil, está basada en impedir la

celebración del matrimonio civil a quienes profesan la religión católica, con motivo de la instrucción del expediente prematrimonial.

A lo largo de la vigencia de dicho precepto, se discutió, sin embargo, si era posible celebrar matrimonio civil en el extranjero conforme a la forma del país, a tenor de la regla "locus regit actum", que sanciona el artículo 11 del Código civil, o por el contrario, eran sólo los Cónsules o Vicecónsules los únicos competentes para autorizar los matrimonios de españoles celebrados en el extranjero. Aunque mejor fundada en la exégesis la tesis de la suficiencia de la forma local extranjera, acarrea, sin embargo, desde el punto de vista sistemático, la posibilidad de fraude de ley, al eliminar de la instrucción del expediente prematrimonial la posibilidad de que la celebración del matrimonio civil fuese suspendida por insuficiencia de prueba de no profesión de la religión católica.

La reforma de 1958 zanjó la discusión, admitiendo de manera expresa la posibilidad de celebrar matrimonio civil con arreglo a la forma del país, en el artículo 73 de la Ley de Registro civil. Pero, al mismo tiempo, estableció que la inscripción sólo procederá en virtud de expediente y el artículo 272 del Reglamento del Registro añadió que la celebración de matrimonio civil contraído sin que se acredite debidamente que ambos cónyuges no profesan la religión católica, sólo será objeto de anotación. Esa anotación, a tenor del artículo 38 de la Ley en ningún caso constituye la prueba que proporciona la inscripción, pues como señala el artículo 145 del Reglamento posee un carácter simplemente informativo. Y a tenor del artículo 70 de la Ley ese matrimonio queda privado de efectos civiles, hasta tanto no se acredite debidamente, en virtud de expediente —tal como prevé el art. 249 del Reglamento— que ambos contrayentes no profesaban la religión católica.

La reforma de 22-V-1969 dejó intacto el artículo 249, según el cual, cuando el matrimonio de un español se celebra conforme a la forma del país, sin que las autoridades españolas competentes en el extranjero para la instrucción del expediente prematrimonial intervengan en su instrucción, no basta presentar la prueba de que el abandono ha sido comunicado por el interesado al párroco del domicilio, sino que es necesario —para que el matrimonio sea inscribible— instruir con posterioridad un expediente postmatrimonial, en el que se acredite la no profesión de la religión católica. El artículo 249 del Reglamento, que no fue entonces derogado, continuó haciendo necesaria la práctica de la prueba de no profesión, como por los demás recordó la Instrucción de la D. G. R. de 7-VII-1973 y la resolución, antes citada, de 3-VIII-1970.

La instrucción del expediente postmatrimonial —tanto en este caso como en el de matrimonio "in articulo mortis"— se diferenciaba del prematrimonial en que el encargado de instruir el expediente debía suspender la inscripción del matrimonio —en vez de su cele-

bración— y en que era motivo de suspensión de la inscripción —motivo que no se daba en el expediente prematrimonial— el que los interesados en la inscripción no probasen suficientemente la no profesión de la religión católica de los contrayentes en el momento de contraer. Y era posible en este caso, a tenor del artículo 250 del Reglamento, la consulta a la D. G. R. que en este precepto se señala.

Por lo demás, los recursos a que pueda dar lugar la suspensión de la inscripción, aunque sean los mismos antes indicados a propósito de la suspensión de la celebración de matrimonio en el expediente prematrimonial, tenían por objeto que se apreciase la prueba de no profesión, que corría a cargo de los interesados en la inscripción, pues no era necesario probar —para que la inscripción se suspendiese— la existencia de obstáculo legal de profesión de la religión católica, sino que era suficiente —aunque ese obstáculo no se probase— que no resultaba suficientemente probada la no profesión de la religión católica.

Si practicadas las pruebas, la no profesión de la religión católica resultaba suficientemente probada, no procedía que ese matrimonio permaneciese perpetuamente en la situación de matrimonio válido, pero ineficaz, sino que procedía iniciar los trámites del juicio declarativo de mayor cuantía, para que el tribunal competente declarase finalmente por sentencia la validez o nulidad del matrimonio por razón de profesión de la religión católica, siendo en el primer caso inscribible el matrimonio, y dando lugar la sentencia de nulidad a la cancelación de la anotación.

El artículo 42 del Código civil es el que prohíbe a quienes profesan la religión católica la celebración de matrimonio civil. Y el T. S. en diversas sentencias —21-X-1959; 12-XI-1959; 16-II-1961; 5-VII-1965; 15-IV-1967— declaró nulo con nulidad radical el matrimonio civil de quien en el momento de contraerlo profesaba la religión católica, en razón de carácter imperativo del artículo 42 y la nulidad de los actos ejecutados contra tales disposiciones derivada del antiguo artículo 4.º del Código civil, hoy 6.º, § 3. Una sentencia de 11-III-1975, invocando otra de 20-I-1974, considera superada esa doctrina aunque no entra a discutir los fundamentos de Derecho en que se basa, limitándose ambas sentencias a apreciar, para declarar la validez del matrimonio civil, que aparece suficientemente probada la no profesión de la religión católica en el momento de contraer en razón de la conducta anterior y posterior de los contrayentes.

Para la consolidación de la doctrina de la nulidad del matrimonio civil por razón de profesión de la religión católica por parte del T. S. constituyó, sin embargo, un factor importante la innovación introducida por el Decreto de 26-X-1956 que equiparó —en el antiguo art. 43 § 3, hoy 247 del Reglamento— la profesión de la religión católica a los impedimentos, a efectos de instrucción de los expedientes matrimoniales.

La reforma de 22-V-1969, se limitó simplemente a eliminar de los expedientes prematrimoniales la obligación de que quienes aban-

donaron la religión católica presentasen a las autoridades civiles pruebas de no profesión y de que éstas las practicasen. Pero no eliminó esta obligación de los expedientes postmatrimoniales, y dejó intacta la equiparación del obstáculo legal de profesión de la religión católica a los impedimentos tanto en los expedientes prematrimoniales, como en los postmatrimoniales.

La reforma de 1-XII-1977, dejando también intacta la equiparación del obstáculo legal de profesión de la religión católica a los impedimentos, vuelve a exigir que en los expedientes prematrimoniales la autoridad civil aprecie la prueba de no profesión, pero señalando como suficiente medio de prueba la simple declaración expresa del interesado. En los expedientes postmatrimoniales, en cambio, elimina la necesidad de probar la no profesión, al reformar el artículo 249 en el sentido de que "se presumirá la acatolicidad por el sólo hecho de la celebración del matrimonio civil". Motivo por el cual también se ha derogado el último párrafo del artículo 249, donde se establecía 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, dicho matrimonio sólo será eficaz si los contrayentes no profesan la religión católica".

Este Decreto de 1-XII-1977 acoge los criterios sentados por la resolución de la D. G. R. de 3-VIII-1970, por los que se violaban el artículo 32 de la Ley 44/1967 y el Decreto de 22-V-1969. Al derogar el Decreto de 1977 el anterior de 1969, ha conseguido que sólo se viole la ley 44/1967.

3. B) VALORACIÓN DE LA CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO CIVIL

Nuestro sistema matrimonial suele ser calificado como un sistema de matrimonio civil subsidiario, en la medida en que sólo permite la celebración de matrimonio civil a quienes no profesan la religión católica, de tal forma que para que un matrimonio civil resulte válido es necesario que quienes lo celebren no estén obligados por la Ley española a contraer matrimonio canónico.

Este sistema, aparte de la dificultad que entraña precisar el concepto de no profesión de la religión católica en el caso de católicos que han abandonado el catolicismo, constituye un criterio lesivo de la libertad religiosa, porque la legislación estatal tiene en cuenta la religión profesada por los contrayentes para imponerles una u otra clase de matrimonio.

Una reforma de nuestra legislación en este sentido exige la supresión de los dos últimos párrafos del artículo 42 del Código civil, así como el concepto de obstáculo legal de profesión de la religión católica, presente en la Ley y Reglamento del Registro civil a propósito de los expedientes pre y post matrimoniales.

Tras la reforma, en 1967, del artículo 6.º del Fuero de los Españoles, en orden a incorporar a nuestro Derecho constitucional el principio de libertad religiosa, constituye una exigencia de congruencia constitucional la implantación de un sistema de matrimonio civil facultativo. La reforma de 22-V-1969 y de 1-XII-1977, como hemos visto, constituyen un mero paliativo de los últimos párrafos del artículo 42 del Código civil, siendo necesaria una reforma legislativa que no se limite simplemente a dulcificar la prueba de no profesión de la religión católica, sino que elimine radicalmente la necesidad de esa prueba.

4. A) EFICACIA CIVIL DEL MATRIMONIO CANÓNICO SURGIDO COMO CONSECUENCIA DE UNA CELEBRACIÓN CIVIL Y LAS HIPÓTESIS DE DOBLE MATRIMONIO —CIVIL Y CANÓNICO— ENTRE LOS MISMOS CONTRAYENTES

Pese a que fue la propia legislación eclesiástica la que introdujo en la cultura jurídica la necesidad de una forma de celebración para la validez del matrimonio, la legislación canónica admite en algunos casos la posibilidad de celebrar matrimonios canónicos informes. Esa posibilidad de celebración de matrimonios informes lleva consigo la consecuencia de que, en virtud de la celebración de matrimonio civil, además del matrimonio civil, surge entre los contrayentes vínculo canónico válido, si por lo demás no median impedimentos ni vicios de consentimiento. Las principales hipótesis en que como consecuencia de una celebración civil surge, además, vínculo canónico son las siguientes:

a) Matrimonio de bautizados no obligados a la forma canónica de celebración de matrimonio. La legislación canónica sobre el matrimonio está destinada a todos los bautizados (10), independientemente de que sean católicos o no. Ahora bien, sólo los bautizados en la Iglesia católica o convertidos a ella de la herejía o del cisma están obligados —para que su matrimonio sea reconocido como válido— a la celebración de matrimonio en la forma canónica (11). En consecuencia, cuando un bautizado en una secta protestante celebra matrimonio civil con otro protestante o con un no bautizado, ese matrimonio posee para el Derecho de la Iglesia la calificación de matrimonio canónico válido, si no median impedimentos ni vicios del consentimiento.

b) Matrimonio de bautizados obligados a la forma canónica de celebración de matrimonio, pero dispensados de ella, cuando contraen matrimonio civil, como consecuencia de lo cual surge el vínculo canónico válido.

(10) Cfr. C. I. C., cc. 12 y 1016.

(11) Cfr. C. I. C., 1099 y M. P., *Crebrae allatae*, 22-II-1949, c. 90.

c) Sanación en la raíz de un matrimonio civil. Como señala el canon 1.139 del Código de Derecho canónico, todo matrimonio celebrado con el consentimiento de ambas partes naturalmente suficiente, pero jurídicamente ineficaz por existir defecto de forma legítima, puede subsanarse en la raíz, si el consentimiento inicialmente prestado no ha sido revocado. En consecuencia, una vez que se ha producido el intercambio de consentimiento matrimonial en virtud de la celebración civil, la autoridad eclesiástica puede sanar por acto unilateral el defecto de forma legítima, momento a partir del cual surge vínculo matrimonial canónico.

d) Celebración de matrimonio civil entre dos no bautizados y posterior nacimiento de vínculo canónico, como consecuencia del bautismo de uno al menos de los contrayentes. La naturaleza canónica de este matrimonio surge automáticamente como consecuencia de la recepción del bautismo, sin necesidad de nueva celebración ni de nuevo intercambio de consentimiento.

Aparte de estas hipótesis, también se dan otras en las que la mera celebración civil de un matrimonio hace nacer vínculo canónico, como consecuencia de que, pese a exigir la legislación eclesiástica una forma *ad validatatem* de celebración, los requisitos de la forma son tan elementales que dan lugar con frecuencia a que una forma civil de celebración del matrimonio constituya simultáneamente forma válida de celebración canónica. Las principales hipótesis que al respecto cabe mencionar son las que surgen como consecuencia de las formas no ordinarias de celebración de matrimonio canónico que establecen el canon 1.098 de un lado y el Decreto *Crescens matrimonium*, de 22-I-1967, de otro.

Por último, también cabe mencionar la hipótesis en que dos personas, tras contraer matrimonio civil, contraen matrimonio canónico en forma ordinaria.

En todos estos casos, la existencia de una celebración civil, no es óbice para que entre los mismos contrayentes surja un vínculo canónico. Y al respecto hay que plantearse, hasta qué punto el Derecho español otorga efectos civiles a esos matrimonios canónicos surgidos como consecuencia de una unión civil o con posterioridad a ella.

Como señala un autorizado expositor de la reforma legislativa introducida en el sistema matrimonial español en los años 1956, 1957 y 1958, supuestos de hecho de este tipo —a los que denomina *matrimonios canónicos en forma civil*— han sido expresamente contemplados en el artículo 263 del Reglamento del Registro civil, que lleva fecha de 14-XI-1958, y dice así: “la resolución canónica de que un matrimonio inscrito como civil fue desde el principio o ha pasado a ser válido matrimonio canónico y la celebración del último entre los mismos cónyuges, se inscribirá al margen en virtud de certificación eclesiástica. Inscrita la ulterior celebración, no se podrá inscribir sentencia sobre validez, nulidad o separación, mientras no se inscriba la declaración canónica de nulidad del segundo enlace”.

Y explica así el sentido de la reforma: “el sistema matrimonial del Código civil estaba dominado por un criterio formalista que influía poderosamente en el régimen del matrimonio canónico y del civil, pues se atendía a la forma de celebración como criterio decisivo para determinar la competencia de la Iglesia o del Estado respecto a cada matrimonio: si se había celebrado en forma civil, era competente en todo caso el Estado; y lo era la Iglesia sólo si la celebración se había hecho *in facie Ecclesiae*. Para comprobar esta característica del anterior sistema basta leer, en su texto primitivo, los artículos 75 y 80 del Código civil, en relación con los artículos 103 y 107 del mismo Cuerpo Legal. Después de la reforma, el criterio formalista ha perdido su valor catalizador. Ahora es únicamente criterio orientador del régimen de competencia en los casos de forma canónica. No lo es si los contrayentes celebraron su unión en forma civil, ya que caben *matrimonios canónicos en forma civil*, a los cuales debe aplicarse el régimen canónico (salvo en lo relativo al régimen de forma, donde parece deberá aplicarse el de la ley civil) tanto en lo que mira a su validez como en lo tocante a la jurisdicción competente para conocer en las causas que ellos puedan originar, tratándolos a tal respecto como si hubieran sido contraídos en la forma canónica” (12).

Por otra parte, el artículo 80 en su nueva redacción de 1958 dice que el conocimiento sobre las causas de nulidad y separación de los matrimonios canónicos corresponde exclusivamente a la jurisdicción eclesiástica y que sus sentencias y resoluciones firmes tendrán eficacia en el orden civil. De donde concluye Fuenmayor: “siempre que un matrimonio merezca la calificación de canónico según el Derecho de la Iglesia, será competente la jurisdicción eclesiástica para conocer las causas que puedan dimanar de él. Y esto es así dentro del nuevo régimen establecido por la reciente reforma para todos los supuestos imaginables, incluso los que hemos denominado matrimonios canónicos en forma civil” (13).

A mi entender, no es correcta la calificación de estos vínculos matrimoniales como “matrimonios canónicos en forma civil”, ya que si en esos casos surge un vínculo matrimonial canónico no es porque haya una canonización de la forma civil, pues el vínculo matrimonial surge exclusivamente en virtud de normas canónicas. Sucede simplemente que o bien no hay necesidad de forma canónica por estar los contrayentes dispensados o no obligados a ella; o bien que la forma civil constituye simultáneamente forma canónica no ordinaria; o bien que tras la celebración civil sigue la celebración canónica. Pero la presencia de una forma civil de celebración de matrimonio es absolutamente irrelevante para la calificación de esos matrimonios como matrimonios canónicos.

Hay, sin embargo, un caso en que con toda propiedad puede ha-

(12) AMADEO DE FUENMAYOR, *El matrimonio y el concordato español*, Madrid, 1963, págs. 58-59.

(13) *El matrimonio...*, cit. pág. 117.

blarse de celebración de matrimonio canónico en forma civil: cuando la forma civil es exigida "ad validitatem" por el Derecho canónico para que nazca el vínculo canónico. Esa posibilidad ha surgido como consecuencia de la normativa establecida por el Motu Proprio *Matrimonia mixta*, de 31-III-1970, que atribuye a las conferencias episcopales la facultad de establecer normas para conceder la dispensa de la forma canónica ordinaria, cuando se trate de la celebración de matrimonios mixtos. La conferencia episcopal española, con fecha de 25-I-1971, ha establecido que esa dispensa le corresponde otorgarla al Ordinario del lugar y que una de las posibles formas que pueden sustituir a la canónica es la celebración "ante la competente autoridad civil y en la forma civil legítimamente prescrita". En esta específica hipótesis a que ha dado lugar el M. P. *Matrimonia Mixta* hay una canonización de la forma civil de celebración del matrimonio, la observancia de cuyos requisitos es necesaria para que surja el vínculo canónico.

Entiendo que sólo en esta específica hipótesis cabe hablar de matrimonio canónico en forma civil. En las anteriores hipótesis, nos encontramos o bien ante la simultánea celebración de un matrimonio canónico y otro civil, o bien ante la celebración de un matrimonio civil y posterior unión canónica de esas dos mismas personas.

La reforma llevada a cabo —pese al art. 263 del Reglamento del Registro civil— resulta, sin embargo, insuficiente para concluir que siempre que un matrimonio merezca la calificación de canónico para el Derecho de la Iglesia producirá efectos civiles.

Se opone a esa consideración el artículo 42 del Código civil, que autoriza el matrimonio civil cuando se pruebe que ninguno de los contrayentes profesa la religión católica; prueba sumamente fácil —incluso con anterioridad al decreto de 22-V-1969—, cuando los contrayentes, por ser protestantes nunca pertenecieron, ni en consecuencia profesaron, la religión católica. Tal matrimonio no puede menos de tener para el Derecho español —pese a constituir un matrimonio canónico válido para el Derecho de la Iglesia— la calificación de matrimonio civil, pues de otro modo quedaría frustrado el alcance del artículo 42 del Código civil, ya que de nada les serviría a los protestantes españoles celebrar matrimonio civil —derecho que les reconoce también la ley de libertad religiosa de 28-VI-1967 en su artículo 6—, si la autoridad eclesiástica pudiese, sin contar con la voluntad de los cónyuges, promover la inscripción de que tal matrimonio fue desde el principio válido matrimonio canónico, pasando así a obtener esa consideración en lo sucesivo.

Es más, se daría la contradicción de que el matrimonio civil de los católicos que en el momento de contraer no profesaban la religión católica —por estar obligados a la forma canónica de celebración según el Derecho de la Iglesia— no podría originar la resolución eclesiástica de que desde el principio fue un matrimonio canónico válido. En cambio, el matrimonio civil de quienes nunca profesaron el catolicismo, por haber sido bautizados en una secta pro-

testante a la que en ningún momento dejaron de estar afiliados, quedaría al albur de una eventual inscripción marginal promovida unilateralmente por la autoridad eclesiástica, que les obligaría a seguir la vía canónica para obtener una declaración de nulidad o separación.

Hay, pues, que concluir, con carácter general que el matrimonio civil de los que no están obligados en virtud del artículo 42 del Código civil a contraer matrimonio canónico tienen para el Derecho español la consideración de matrimonio civil, pese a que pueda merecer también la calificación de canónico.

El fundamento legal de esta conclusión, se encuentra en el artículo 42 del Código civil, que autoriza a quienes no profesan la religión católica, no simplemente a celebrar un matrimonio canónico en forma civil —el art. 42 habla de dos clases de matrimonio, no de dos formas de contraer matrimonio canónico—, sino a situar la entera situación matrimonial en el ámbito de las leyes civiles.

En apoyo de la existencia de esta limitación al reconocimiento de efectos civiles al matrimonio canónico cabe citar la resolución de la D. G. R. de 23-III-1976, que permite contraer matrimonio civil —pese a la existencia de vínculo canónico— a quien con anterioridad sólo había celebrado un matrimonio canónico informe surgido como consecuencia de una previa celebración civil.

Una de las razones por las que el Derecho español no otorga efectos civiles a los vínculos canónicos surgidos como consecuencia de una celebración civil, estriba en que nuestro sistema matrimonial, si bien puede ser calificado como sistema de matrimonio civil subsidiario, en la medida en que sólo permite la celebración de matrimonio canónico a quienes profesan la religión católica, en la medida en que permite a quienes no la profesan elegir entre el vínculo canónico y el vínculo civil, constituye un sistema de matrimonio civil facultativo. Quienes, no profesando la religión católica, optan por la forma civil y no por la canónica, manifiestan suficientemente que ejercitan la facultad de elección entre matrimonio canónico y civil, que les otorga el artículo 42 del Código civil, en el sentido de situar su relación matrimonial en el ámbito de las leyes civiles.

Ciertamente, el artículo 263 del Reglamento del Registro civil permite que, si un matrimonio civil fue desde el principio o ha pasado a ser válido matrimonio canónico, pueda recibir la calificación de canónico, que se hace constar por nota marginal. Ahora bien, esta disposición reglamentaria en modo alguno constituye una limitación a la facultad de elegir entre vínculo canónico y civil que otorga el artículo 42 del Código civil, así como el artículo 6.º de la Ley de libertad religiosa. Antes al contrario, el artículo 263 del Reglamento del Registro civil establece una ampliación de la facultad de elección entre el matrimonio canónico y el civil.

En efecto, el artículo 42 del Código civil no impone a quienes no profesan la religión católica la obligación de contraer matrimonio civil, sino que también les permite la posibilidad de celebrar matri-

monio canónico. Y esa facultad de elección no queda aminorada, sino potenciada, si —una vez celebrado matrimonio civil— se permite el tránsito del régimen civil al canónico. Pero la nota marginal a que se refiere el artículo 263 del Reglamento del Registro civil —por lo que un matrimonio inscrito como civil pasa a tener la calificación de canónico— en modo alguno significa que a partir de ese momento la relación matrimonial entre los contrayentes pase a estar regulada por el Derecho canónico, pues aparte de que esta disposición reglamentaria no puede hacer inoperante la facultad de opción entre el vínculo canónico y civil que establece el artículo 42 del Código civil, como señala la sentencia del T. S. de 25-I-1963, el hecho de que conste registralmente la existencia de un vínculo canónico entre dos personas no significa que ese matrimonio canónico surte efectos jurídicos.

El alcance del artículo 263 del Reglamento del Registro civil es tria, por tanto, en otorgar a quienes optaron por el vínculo civil la facultad de optar, con posterioridad, por el vínculo canónico, bien mediante la celebración de matrimonio canónico o bien, si el vínculo canónico ya surgió como consecuencia de la unión civil, prestando su consentimiento a que el matrimonio celebrado pase a tener la calificación de canónico.

A nadie se le oculta, por otra parte, que esa posibilidad del tránsito del régimen civil al canónico se presta al fraude de ley. En efecto, si dos protestantes españoles, en virtud de la facultad de opción por el matrimonio civil que el Derecho español les confiere, celebran matrimonio civil, previa dispensa, por parte de la autoridad civil, de un impedimento —consaguinidad, afinidad, crimen, etc.—, probablemente les resultaría difícil obtener una declaración de nulidad de su matrimonio civil. En cambio, lograrían fácilmente su propósito de verse libres para contraer nuevas nupcias, si les bastase promover la inscripción de su matrimonio como canónico, mediante nota marginal, para a continuación obtener una declaración canónica de nulidad por impedimento canónico no dispensado, ya que la previa dispensa civil no aprovecha al vínculo canónico. Y en definitiva, siempre resultaría fácil a dos contrayentes procurarse la simultánea celebración de un matrimonio civil válido y un matrimonio canónico nulo, para en el momento en que deseasen romper su unión lograr una declaración canónica de nulidad.

Para evitar esta posibilidad de fraude de ley, el artículo 263 del Reglamento del Registro civil precisa que la resolución de que un matrimonio civil fue desde el principio matrimonio canónico ha de tratarse de una resolución en que se declare que ese matrimonio fue desde el principio válido matrimonio canónico; no que fue desde el principio matrimonio canónico nulo.

La consecuencia que de esto se deriva es que si dos personas casadas civilmente consideran, por motivos de conciencia, que su situación matrimonial debe regirse por el Derecho canónico, el artículo 263 del Reglamento del Registro civil les facilita que su unión

canónica tenga efectos civiles. Y así, si surge la necesidad de separación entre ambos cónyuges, no necesitarán acudir a los tribunales civiles, sino a los tribunales eclesiásticos.

Ahora bien, si tras promover la calificación de su matrimonio civil como matrimonio canónico, se produce una declaración canónica de nulidad, esa declaración canónica en modo alguno extingue el vínculo civil por ellos contraído, sino que el efecto que produce es la cancelación de la nota marginal en la que se decía que aquel matrimonio inicialmente civil pasó a tener la consideración de válido matrimonio canónico, ya que el artículo 263 del Reglamento del Registro civil permite el tránsito del régimen civil al canónico sólo cuando se trata de válido matrimonio canónico. Pero en modo alguno dice que la resolución eclesiástica de que un matrimonio civil fue desde el principio matrimonio canónico nulo extingue el vínculo civil o tiene acceso al registro. El efecto de la declaración canónica de nulidad de ese matrimonio estriba en que cesa el título en virtud del cual los cónyuges debían acudir a la autoridad eclesiástica para obtener la separación.

En resumen, el hecho de que un matrimonio inscrito como civil haya sido desde el principio o haya pasado a ser válido matrimonio canónico, sólo titula para recurrir a los tribunales eclesiásticos en vez de a los civiles en caso de separación. Pero ese tránsito nunca conlleva la extinción del vínculo civil.

Este mismo criterio —el art. 263 del Reglamento del Registro civil constituye una ampliación y no una restricción a la facultad de opción entre vínculo canónico y civil— ha de ser aplicado al caso de que quien celebra matrimonio civil no esté capacitado para hacerlo por profesar la religión católica. Tampoco en esa hipótesis hay que concluir que la mera celebración de matrimonio civil, si da origen a un vínculo canónico, equivale a una opción por la celebración canónica del matrimonio; ya que, si bien profesando la religión católica no existe la posibilidad de optar por el vínculo civil, tras el Decreto de 22-V-1969, sí existe la posibilidad de optar por el vínculo civil, previo abandono de la religión católica. En efecto, la Instrucción de la D. G. R. de 2-IV-1957 y la circular de la Nunciatura Apostólica en España de 25-III-1957, que inspiraron la restante legislación vigente hasta el citado Decreto de 22-V-1969, sentaban el criterio de que la facultad de celebrar matrimonio civil prevista por el artículo 42 del SCódigo civil no alcanzaba a quienes apostataban con la finalidad de contraer matrimonio civil, y en consecuencia, debería desconfiarse de las apostasías producidas al tiempo en que se pretendía contraer matrimonio civil. Tras el Decreto de 1969, sin embargo, el criterio ha variado, y después de esa disposición, se permite contraer matrimonio civil, no sólo a quienes no profesan la religión católica, sino también a quienes la abandonan para celebrar matrimonio civil.

En consecuencia, la hipótesis de que alguien celebre matrimonio civil sin previo abandono de la religión católica sólo tiene probabi-

lidades de producirse cuando el matrimonio se celebra en el extranjero con arreglo a la *lex loci*, pues de celebrarse el matrimonio ante las autoridades españolas, éstas darían cumplimiento al artículo 245 del Reglamento del Registro civil relativo al matrimonio civil de las personas que hubieran abandonado la religión católica. En cambio, si el matrimonio se celebra en el extranjero conforme a la *lex loci*, es muy posible que la autoridad local no dé cumplimiento a ese precepto.

Parece improcedente que por la omisión de ese requisito, que conlleva la ausencia de legitimación para contraer matrimonio civil, pueda declararse a los contrayentes —en el caso de que la celebración civil dé lugar también a un vínculo canónico— casados canónicamente. Si tras la celebración del matrimonio civil, y en virtud de expediente, resultase probada la falta de legitimación de los contrayentes para contraer matrimonio civil, a tenor del artículo 263 del Reglamento del Registro civil sólo es posible otorgar efectos civiles al vínculo canónico que haya podido surgir entre los contrayentes en el caso de que éstos opten con posterioridad por situar su relación matrimonial en el ámbito de la ley canónica.

Por todos estos motivos, considero criticable una sentencia del T. S. de 27-V-1967, donde se plantea el caso de un matrimonio celebrado en Rusia por varón católico y mujer no bautizada. El matrimonio se celebró según la *lex loci*. Pero comoquiera que en razón de la forma extraordinaria prevista por el canon 1098 este matrimonio también era matrimonio canónico, el varón solicitó y obtuvo ante los tribunales eclesiásticos la declaración de nulidad por razón del impedimento de disparidad de cultos. Presentado ante la autoridad civil el Decreto de nulidad eclesiástico para su ejecutoriedad, la mujer se opuso, declarando no haber lugar a ella, pretensión que estimó el juzgado; interpuesto recurso de reposición el juez lo desestimó, por lo que el varón recurrió en apelación a la audiencia territorial, que confirmó el anterior fallo. Pero en recurso de casación ante el T. S. se casa la sentencia y se ordena la ejecutoriedad del decreto de nulidad eclesiástico.

Esta sentencia del T. S. se apoya en la doctrina, antes rechazada, que lleva a calificar a ese matrimonio como matrimonio canónico en forma civil. Y por otra parte considera de aplicación el artículo 263 del Reglamento del Registro civil, que permite calificar de canónico un matrimonio civil, cuando desde el principio surgió entre esas dos mismas personas vínculo canónico.

No es posible calificar este matrimonio como matrimonio canónico en forma civil, porque, como decíamos, el matrimonio canónico no surge como consecuencia de una canonización de la forma civil de celebración de matrimonio, sino que se trata de un matrimonio canónico en forma canónica extraordinaria, a tenor del canon 1098, siendo irrelevante la presencia de una forma civil para la validez de la celebración canónica.

Por otra parte, el artículo 263 del Reglamento del Registro civil,

sólo consiente que un matrimonio inscrito inicialmente como civil pase a tener la calificación de canónico, en el caso de que se trata de un matrimonio canónico válido. Por tanto, el decreto de nulidad eclesiástico carece de efectos civiles, porque implica carencia de título —existencia de matrimonio canónico válido— para calificar de canónico el matrimonio celebrado entre esas dos personas.

Finalmente, si bien el artículo 42 del Código civil prohíbe a quienes profesan la religión católica contraer matrimonio civil, cuando alguien celebra matrimonio civil en el extranjero conforme a la *lex loci* sin estar legitimado para celebrarlo, a lo más, se podrá declarar que su matrimonio civil es nulo, pero en modo alguno esa declaración conlleva la calificación de ese matrimonio como matrimonio canónico, faltando de un lado el título que legitima el tránsito del régimen civil al canónico —la validez del matrimonio canónico— y de otro la opción de los contrayentes por esa clase de matrimonio.

La misma solución tiene la hipótesis inversa: celebración de matrimonio en forma canónica, siendo esa forma canónica apta para hacer surgir el vínculo civil, en la medida en que el Derecho civil admite la celebración de matrimonios civiles en forma religiosa. Esta posibilidad nace de que, siendo posible para los españoles celebrar matrimonio civil en el extranjero con arreglo a la *lex loci* por lo que se refiere a la forma de celebración, y habiendo países que admiten las formas religiosas de celebración de matrimonio como formas válidas de hacer surgir el vínculo civil, la forma canónica resulta también apta para hacer surgir el vínculo civil entre españoles.

En tal caso, cuando dos españoles celebran matrimonio en forma canónica en el extranjero y esa forma es también apta para hacer surgir el vínculo civil según el Derecho español, da lugar al nacimiento de un vínculo canónico. Caso de que no resulte posible el nacimiento de vínculo canónico por falta de capacidad para contraerlo —por estar, por ejemplo, los contrayentes sin bautizar o inválidamente bautizados—, no hay por eso que concluir que se ha celebrado un matrimonio civil, sino simplemente que se ha celebrado un matrimonio canónico inválido.

Esta misma posibilidad —celebración de matrimonio en una forma canónica apta también para hacer surgir el vínculo civil puede producirse en España, como consecuencia de la normativa —a la que ya hemos hecho alusión— de la Conferencia Episcopal española de 25-I-1971, que conmuta en determinadas hipótesis de celebración de matrimonios mixtos, la forma religiosa por la forma civil, para la celebración de matrimonio canónico. Si tras la celebración de un matrimonio canónico en estas condiciones se averiguase la carencia de bautismo en ambas partes, tampoco habría que concluir que los contrayentes celebraron matrimonio civil, en razón de que carecían de capacidad para celebrar matrimonio canónico.

4. B) VALORACIÓN DE LA EFICACIA CIVIL DEL MATRIMONIO CANÓNICO SURGIDO COMO CONSECUENCIA DE UNA CELEBRACIÓN CIVIL Y LAS HIPÓTESIS DE DOBLE MATRIMONIO —CIVIL Y CANÓNICO— ENTRE LOS MISMOS CONTRAYENTES.

Hemos hecho notar que, pese a que tanto el artículo 23 del Concordato como diversos preceptos del Código civil parecen dar a entender que el Derecho español otorga efectos jurídicos al matrimonio canónico en todos los casos, existe un límite a ese reconocimiento en aquellas hipótesis en que el matrimonio canónico surge no como consecuencia de una opción de los contrayentes por esa clase de matrimonio, sino como consecuencia de una celebración civil. Tal criterio, sin embargo, no se encuentra expresamente consignado en texto legal alguno, sino que ha de ser deducido interpretativamente, como una necesidad de congruencia sistemática inherente a nuestro Derecho. Sería, por tanto oportuno —especialmente en vistas a la implantación de un sistema de matrimonio civil facultativo— despejar cualquier posibilidad de duda en punto tan relevante, introduciendo un precepto en el que se consigne que el Derecho español sólo otorga efectos jurídicos al matrimonio canónico nacido como consecuencia de una opción de los contrayentes por esa clase de matrimonio.

El artículo 263 del Reglamento del Registro civil permite que un matrimonio civil pase a tener la consideración de canónico a efectos civiles.

Para respetar también en este caso la opción de los contrayentes por una u otra clase de matrimonio, es necesario que a la certificación eclesiástica de que el matrimonio fue desde el principio o pasó a ser posteriormente válido matrimonio canónico acompañe, para que surta efectos civiles, una declaración de ambos contrayentes en la que opten, con posterioridad a la celebración civil, por el matrimonio canónico. Tampoco en este caso la necesidad de esa declaración de los contrayentes se encuentra expresamente establecida en el texto legal, sino que ha de ser deducida interpretativamente como una necesidad de congruencia sistemática. Sería, por tanto, oportuno que se consignase expresamente en el texto legal para despejar cualquier duda.

Como hemos señalado, interpretando el artículo 263 del Reglamento del Registro civil, ese tránsito del régimen civil al canónico tiene como único efecto modificar el régimen de separación conyugal, ya que los llamados por la doctrina canónica “efectos meramente civiles del matrimonio” —la cuantía de la dote, la legítima de herencia, la sociedad conyugal de gananciales, etc.— se rigen en todo caso por el Derecho civil. Ese tránsito del régimen civil al canónico, como ya expusimos, no afecta al régimen de declaración de nulidad. Por este motivo, entendemos igualmente como necesario para despejar toda duda consignar expresamente que esa opción tardía por el ré-

gimen matrimonial canónico sólo afecta al régimen de separación conyugal, pero no al de declaración de nulidad.

Entendemos, para concluir, que del mismo modo que se permite el tránsito del régimen civil al canónico a efectos de separación conyugal, debería permitirse en al misma medida —a efectos sólo de separación— el tránsito del régimen canónico al civil, sentando así un criterio de igualdad en la facultad de opción entre el régimen civil y el canónico.

5. A) HIPÓTESIS DE DOBLE MATRIMONIO —CIVIL Y CANÓNICO— ENTRE DIVERSOS CONTRAYENTES

De lo anteriormente dicho se deduce que es posible, según nuestro Derecho, celebrar matrimonio civil válido con tercera persona, pese a la existencia de vínculo canónico válido, siempre que ese matrimonio canónico haya surgido como una mera consecuencia de una celebración civil, y sin que haya mediado opción, por parte de los contrayentes, por esa clase de matrimonio. En apoyo de lo cual cabe citar la resolución de la D. G. R. de 23-III-1976, que permite contraer matrimonio civil —pese a la existencia de vínculo canónico— a quien con anterioridad sólo había celebrado un matrimonio canónico informe, surgido como consecuencia de una previa celebración civil.

Nada se opone por tanto, a que, una vez declarado nulo un matrimonio civil entre dos protestantes españoles, pueda cada uno de ellos celebrar matrimonio civil con tercera persona, pese a que tal vez exista entre ellos un vínculo canónico válido, nacido como consecuencia de la anterior celebración civil, y en cualquier caso no declarado nulo previamente. No podrían, en cambio, en ese caso, celebrar válido matrimonio canónico.

El matrimonio canónico sólo origina impedimento de ligamen, en nuestro Derecho, cuando el vínculo canónico ha surgido como consecuencia de una opción por esa clase de matrimonio.

Existe en cambio gran diversidad de opiniones en torno a los efectos que produce el matrimonio canónico con tercera persona subsiguiente a otro civil, cuando ese segundo matrimonio canónico es calificado como válido por el Derecho de la Iglesia y ha surgido como consecuencia de una opción expresa por esa clase de matrimonio.

Esta diversidad de opiniones, a mi modo de ver, responde sobre todo a la dificultad de plantear correctamente el problema. Pero correctamente planteado, la solución presenta dificultades mucho menores.

Un error de planteamiento en que, a mi juicio, han incidido los civilistas españoles al estudiar esta hipótesis estriba en que se han planteado este tema de un modo excesivamente exegético, principalmente en torno a los artículos 51, 69 y 76, que hablan de produc-

ción de efectos civiles en relación con el matrimonio. Esto les ha llevado a especular con las nociones de validez, nulidad, existencia, eficacia e ineficacia en relación con esos preceptos.

En mi opinión, para resolver las dificultades que las hipótesis de doble matrimonio presentan, es de muy escasa utilidad la aplicación exegética de nociones como validez-invalidéz, eficacia-ineficacia, existencia-inexistencia y demás conceptos jurídicos afines. El problema no es exegético, sino sistemático. Lo que hay que aplicar son nociones básicas de Derecho matrimonial que no figuran en el Código de Derecho civil español, sino que son propios de la cultura jurídica relativa al matrimonio; concretamente, la distinción entre matrimonio "in fieri" y matrimonio "in facto esse" y el principio del "favor matrimonii".

Sea por este motivo, sea por otro, el caso es que en el planteamiento de esta cuestión, se han confundido problemas distintos que exigen soluciones diversas. El primer problema puede enunciarse así: en caso de doble celebración matrimonial con distintas personas, ¿qué efectos se derivan de la primera celebración matrimonial —es decir, del primer matrimonio "in fieri—" sobre los efectos jurídicos del segundo matrimonio "in facto esse"? Este problema ha de ser cuidadosamente distinguido de este otro: en caso de doble celebración matrimonial, ¿qué efectos jurídicos produce un matrimonio "in facto esse" sobre el otro matrimonio "in facto esse"? El tercer problema puede enunciarse así: en caso de doble celebración matrimonial, ¿qué efectos jurídicos —independientemente de los que pueda producir sobre el otro— produce cada uno de los matrimonios "in facto esse"?

El primer problema tiene, a mi entender, la siguiente respuesta: la mera existencia de una celebración matrimonial es título suficiente sin necesidad de declaración de nulidad alguna para impedir que un segundo matrimonio con tercera persona surta efectos jurídicos. A ese título sólo se puede oponer la declaración de nulidad o de disolución del primer matrimonio.

Un amplio sector de la doctrina y de la jurisprudencia ha llegado a una conclusión parecida sobre la base de calificar al segundo matrimonio, en caso de doble celebración matrimonial, de matrimonio inexistente. Aunque la conclusión que se sigue de esta calificación —no es necesario obtener declaración de nulidad alguna para declarar sin efectos el segundo matrimonio— puede resultar correcta en la mayoría de los casos, en otros no sucederá así, porque semejante calificación es incorrecta.

El concepto de matrimonio inexistente es un concepto procesal —en el terreno del "matrimonio in facto esse" matrimonio inexistente y matrimonio nulo son una misma cosa— tendente a poner de relieve que para solicitar una demanda en relación con la validez de un matrimonio —sea en favor de la validez, sea en favor de la nulidad— es necesaria la existencia de cierta apariencia de matrimonio. En este sentido, se califican de matrimonios inexistentes aquéllos

que no necesitan de una declaración de nulidad para ser considerados nulos; y matrimonios nulos, a aquéllos que, pese a serlo, necesitan de una declaración de nulidad para ser considerados tales.

Ahora bien, que un segundo matrimonio no necesite declaración de nulidad para ser considerado nulo depende de las circunstancias. Si el segundo matrimonio ha originado posesión de estado matrimonial, no puede ser considerado inexistente por el simple hecho de estar precedido por otro anterior; será necesario atacar su validez para que pueda ser considerado nulo. Precisamente porque ha originado apariencia de vínculo matrimonial, debe ser calificado como matrimonio existente.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que el impedimento de ligamen no constituye el único capítulo por el que un matrimonio puede ser declarado nulo, por lo que incluso en caso de doble o triple celebración de matrimonio, puede ser declarado válido el tercero y nulos los anteriores, tras la correspondiente demanda. Cualquier celebración matrimonial es de suyo suficiente —y en ese sentido se debe calificar de matrimonio existente— para promover un juicio de declaración de validez de ese matrimonio. Y es admisible la demanda en este sentido, que, para que prospere, necesitará, lógicamente atacar la validez de los matrimonios anteriores.

En suma, el hecho de que normalmente el segundo matrimonio no necesite declaración de nulidad para que se pueda declarar privado de efectos jurídicos no da pie para que se le pueda calificar de matrimonio inexistente.

La razón de que baste comprobar la existencia de la primera celebración matrimonial para, sin necesidad de declaración de nulidad alguna, se pueda declarar sin efectos el segundo matrimonio, estriba en el principio del “favor matrimonii”. En virtud del “favor matrimonii” se presume que a toda celebración corresponde la existencia de un vínculo válido. Y esto es así, incluso en caso de doble o múltiple celebración matrimonial. Sucede, sin embargo, que el segundo matrimonio sólo se presume válido en la medida en que no sea válido el primero; y el tercero sólo se presume válido en la medida en que no resulten válidos los dos anteriores, y así sucesivamente. Cualquier celebración matrimonial no sólo no constituye un matrimonio inexistente, sino que incluso goza del favor del Derecho, aunque en muy escasa medida en el caso de celebraciones posteriores a matrimonios no declarados nulos o disueltos.

Consecuencia de este principio jurídico matrimonial es que basta demostrar la existencia de una celebración matrimonial, para que se pueda declarar sin efectos el segundo matrimonio. Porque la validez del primer matrimonio —que se presume mientras no medie declaración de nulidad o de disolución— precluye la posibilidad de que un segundo matrimonio esté llamado a producir efectos jurídicos.

Esto es así aun en el caso de que los dos matrimonios sucesivos se presenten como igualmente válidos.

Esta manifestación del “favor matrimonii” se ha aplicado a los

casos de doble celebración matrimonial en los que el primer matrimonio se presenta como de validez dudosa. En cuyo caso ese vínculo goza del favor del Derecho; es decir, aunque quizá no lo sea, se presume válido; pero a su vez la duda en torno al primer vínculo da pie a que el segundo vínculo sea también y en la misma medida de validez dudosa, por lo que también ese segundo vínculo se presume válido y en ese sentido goza del favor del Derecho. Pero como el Derecho debe tutelar no sólo los matrimonios de validez dudosa —y ambos lo son— sino también la unidad del matrimonio, que excluye la existencia de derechos y deberes conyugales con respecto a dos personas distintas, el favor del Derecho sólo alcanza al primer matrimonio por lo que a efectos jurídicos del vínculo conyugal se refiere, con exclusión del segundo. Pero como quiera que el segundo matrimonio se presume también válido, una vez disuelto el primer matrimonio de validez dudosa por muerte del cónyuge no bínubo, el cónyuge bínubo no puede contraer matrimonio con persona distinta de aquélla con quien celebró el segundo matrimonio dudosamente válido. Y este último, mientras no se disuelva su matrimonio de validez dudosa, no puede contraer matrimonio con tercera persona.

Entiendo que esta aplicación del “favor matrimonii” a los casos de doble celebración matrimonial en las que ambos vínculos se presentan como igualmente válidos es aplicable el caso de matrimonio canónico válido, subsiguiente a otro matrimonio civil válido, pues existe el mismo fundamento: ambos vínculos se presentan como válidos. Se trata, en definitiva, no de un problema de sistema matrimonial, sino de “favor matrimonii”. Puesto que el favor del Derecho alcanza por igual al vínculo civil y al canónico, es irrelevante la calificación del matrimonio como canónico o civil a la hora de aplicar el principio del “favor matrimonii”. Si en caso de dos vínculos civiles o canónicos que se presentan como igualmente válidos, se prefiere el primero al segundo, lo propio sucede en caso de que el primero sea civil y el segundo canónico.

El criterio de que la mera celebración matrimonial es título suficiente para impedir que un segundo matrimonio —incluso canónico— surta efectos jurídicos, sin necesidad de sentencia de nulidad alguna, se encuentra expresamente sancionado en el artículo 252 del Reglamento del Registro civil, que priva del derecho a la inscripción —y en consecuencia de los efectos que de la inscripción se derivan— al ulterior matrimonio con tercera persona de quien aparece registralmente casado con otra. Y, en cualquier caso, aunque se inscriba, como dice la sentencia del T. S. 25-I-1963, la inscripción no significa producción de efectos civiles. Para que el segundo matrimonio —aunque inscrito— produzca efectos, es necesario que recaiga sentencia de nulidad sobre el primer matrimonio.

En virtud de esta disposición, la D. G. R. denegó, según Resolución de 15-X-1960, la inscripción de matrimonio canónico celebrado en 1958 por persona casada civilmente en 21 de mayo de 1936; es

decir, bajo la vigencia de la Ley de Matrimonio civil republicana. Este criterio ya había sido sentado por la anterior resolución de 29-VIII-1949, cuando aún no estaba vigente la actual redacción del artículo 252 del Reglamento del Registro civil.

Tras estas puntualizaciones, resulta fácil responder al segundo problema: ¿qué efectos jurídicos produce un matrimonio "in facto esse" sobre el otro matrimonio "in facto esse"? La celebración de matrimonio canónico válido produce normalmente impedimento de ligamen, respecto a otro matrimonio canónico o civil. El matrimonio civil válido produce impedimento de ligamen respecto a otro matrimonio civil. El matrimonio civil válido, no siempre produce impedimento de ligamen respecto al matrimonio canónico; sólo cuando ese matrimonio civil es calificado de "legítimo" por el Derecho canónico. Hasta ahí, esta respuesta es común a la de cualquier autor. Y como aportación original, añado por mi parte: en cualquier caso, en virtud del "favor matrimonii", el primer matrimonio válido o de dudosa validez impide que un segundo matrimonio —por válido que sea— surta efectos jurídicos.

Estos problemas —el problema de los efectos jurídicos que produce la primera celebración matrimonial respecto a los efectos jurídicos de posteriores matrimonios, y el problema de los efectos jurídicos que produce un vínculo matrimonial respecto a otro— no deben ser confundido con un tercer problema que hemos enunciado en estos términos: en caso de doble celebración matrimonial, ¿qué efectos jurídicos —independientemente de los que pueda producir uno sobre el otro— produce cada uno de los dos matrimonios "in facto esse"?

La civilística ha considerado relevante, para responder a esta pregunta, distinguir las hipótesis en que un matrimonio puede ser calificado de putativo de aquéllas en que no procede esta calificación; concepto éste —el de matrimonio putativo— que presupone a su vez los conceptos de validez y nulidad. Y al respecto ha planteado en términos exegéticos una opción por esta alternativa: a) el artículo 69 del Código civil es una excepción al artículo 51; es decir, la regla general es que el segundo matrimonio nulo no producirá efectos jurídicos; no obstante, en el caso excepcional de que haya buena fe —hipótesis prevista en el art. 69— el segundo matrimonio producirá efectos jurídicos. b) El artículo 51 es una excepción al artículo 69; es decir, la regla general es que en caso de doble celebración de matrimonio, nunca los produce, ni siquiera cuando media buena fe.

Otro sector de la civilística ha entendido que para la resolución del problema es también relevante distinguir las hipótesis en que hay un matrimonio canónico de aquéllas en que no lo hay.

Combinando los elementos matrimonio civil, matrimonio canónico de un lado; matrimonio nulo, matrimonio válido, matrimonio dudosamente válido, de otro, y teniendo en cuenta que el matrimonio nulo puede haber sido o no celebrado de buena fe; la combinación de estos elementos da lugar a 64 hipótesis diferentes. Aplicando a

estas hipótesis los conceptos de eficacia e ineficacia, resultan teóricamente posibles 256 opiniones diferentes en torno a los efectos jurídicos del matrimonio en caso de doble celebración matrimonial. Cifra que se elevaría enormemente si se aumentasen las hipótesis a los casos de triple o cuádruple celebración matrimonial.

De estas opiniones teóricamente posibles, considero que hay que rechazar todas aquéllas que no se basan en este principio: sólo producirá efectos jurídicos, con exclusión de cualquier otro, el primer matrimonio válido de los celebrados. Es decir, en el terreno de los principios, procede pronunciarse por la absoluta incompatibilidad de producción de efectos jurídicos de uno o más matrimonios, en los términos de la máxima rotundidad. La razón por la que, en el terreno de los principios, hay que pronunciarse por la incompatibilidad en la producción de efectos estriba no en consideraciones exegéticas, sino en que el matrimonio, tal como lo concibe la cultura occidental —y expresamente lo recoge el Fuero de los Españoles en su art. 22— es una unión entre un solo varón y una sola mujer.

Al mismo tiempo, conviene hacer hincapié en la necesidad de no confundir los principios jurídicos con los criterios utilizables para resolver situaciones fácticas. De hecho hay situaciones que dan lugar a una doble vida matrimonial, en la que cabe apreciar una doble existencia de sociedad conyugal de bienes, una doble vida marital, una duplicidad de hijos inscritos como legítimos, etc. Es decir, cabe apreciar la existencia de lo que podríamos llamar “ineficacia de las declaraciones legales de ineficacia”. Y esa facticidad genera situaciones en muchos casos irreversibles así como derechos adquiridos, que es necesario tutelar.

Al respecto, cabe señalar que el precepto del artículo 69 —“el matrimonio contraído de buena fe produce efectos jurídicos”— no constituye un principio jurídico matrimonial, destinado a precisar si corresponde o no a un matrimonio producir efectos jurídicos, sino un criterio práctico para resolver situaciones matrimoniales irregulares.

No pueden situarse en un mismo plano los principios jurídicos matrimoniales sobre producción de efectos jurídicos que los criterios prácticos utilizables para resolver situaciones matrimoniales de hecho.

El criterio de la buena fe ciertamente constituye un criterio relevante —pero no único— a la hora de resolver los efectos jurídicos de situaciones matrimoniales irregulares.

Por otra parte, el Código civil español parece poner la buena fe sólo en relación con el momento de celebración del matrimonio, pero nada dice en relación con la mala fe sobrevenida.

Aparte de la problematicidad de la relevancia de la buena fe en relación con otros aspectos del matrimonio y de la vida matrimonial distintos de la celebración, también resulta problemática la expresión “produce efectos jurídicos”, pues no se señala qué efectos jurídicos son esos, nada más que en relación con los hijos y los bienes

gananciales. Pero no señala si la declaración de nulidad pone algún límite a la producción de efectos jurídicos del matrimonio putativo o no pone ninguno.

En fin, sean cuales fueren los criterios prácticos utilizados para resolver situaciones de hecho, la solución del caso debe estar presidida por el principio de que el Derecho debe proteger la unidad del matrimonio, permitiendo la existencia de un único complejo de derecho y de deberes, tendente a favorecer preferentemente los efectos jurídicos del primer matrimonio válido, lo que llevará, cuando sea necesario, y en la medida de lo posible, a una "restitutio in integrum".

5. B) VALORACIÓN DE LAS HIPÓTESIS DE DOBLE MATRIMONIO —CIVIL Y CANÓNICO— ENTRE DIVERSOS CONTRAYENTES

Dado que, según dijimos, el matrimonio canónico sólo surte efectos civiles cuando surge como consecuencia de una opción de los contrayentes por esa clase de matrimonio, la regla para resolver las hipótesis de primera celebración canónica y segunda celebración civil con tercera persona es clara: si el previo matrimonio canónico produce efectos civiles, el subsiguiente matrimonio civil con tercera persona será nulo en razón del impedimento de vínculo, no produciéndose el impedimento en caso contrario. La cuestión, pues, se resuelve según el criterio anteriormente sentado para fijar la producción de efectos civiles del matrimonio canónico.

Cuestión más espinosa es la relativa a los efectos civiles del matrimonio canónico con tercera persona subsiguiente a una unión civil, para resolver la cual parece haberse dictado el artículo 51 del Código civil.

En la interpretación de este precepto se han mezclado dos problemáticas diversas: de un lado, si los efectos jurídicos propios del matrimonio putativo resultan posibles en caso de que el segundo matrimonio resulte nulo por impedimento de ligamen; de otro, en qué medida el Derecho español otorga efectos jurídicos al matrimonio canónico con tercera persona subsiguiente a otro civil. Ambos problemas, a mi juicio, exigen ser desglosados y contemplados mediante normas distintas.

Respecto al segundo problema, hemos dado una solución basada en la aplicación del principio del "favor iuris", en caso de existencia de doble vínculo. Tal solución podría concretarse en el siguiente precepto: "Se presume, sin posibilidad de prueba directa en contrario, que el matrimonio canónico con tercera persona subsiguiente a otro civil es nulo por impedimento de ligamen, mientras subsista el vínculo civil".

Esta solución implica que, independientemente de que el segundo matrimonio canónico con tercera persona sea válido o nulo, es tenido siempre por nulo por el Derecho español, mediante una presunción

“*iuris et de iure*”. No es posible, por tanto, la prueba directa en contrario —es decir, demostrar que pese a todo el matrimonio canónico es válido—, sino sólo la prueba indirecta: demostrar que no se da el supuesto de hecho —existencia de vínculo civil válido— sobre el que opera la presunción. Por lo cual, extinguido por muerte el vínculo civil o declarado nulo, el matrimonio canónico tendría la consideración de matrimonio válido.

Esta disposición podría sustituir la actual redacción del artículo 51 del Código civil, sin que, a mi juicio, sea necesario redactar un específico precepto para declarar sin efectos civiles los matrimonios nulos por impedimento de vínculo, siendo también aplicable a esa hipótesis el artículo 69 del Código civil.