

Breve exposición de la eficacia civil del matrimonio canónico en el vigente sistema del Código Civil Español y del Concordato de 1953

POR EL

DR. DIEGO ESPIN CANOVAS

Catedrático de la Facultad de Derecho

I.—SISTEMA MATRIMONIAL VIGENTE EN ESPAÑA

1.—*Precedentes: ley de matrimonio civil de 1870.*—El sistema tradicional español, de matrimonio religioso, quedó truncado por consecuencia de la declaración de libertad de cultos promulgada por la Constitución de 1869 (art. 21), en desarrollo de la cual se promulgó la ley provisional de Matrimonio civil de 18 de junio de 1870, por la que se estableció como única forma de matrimonio reconocida por el Estado el matrimonio civil. Este sistema tan opuesto al tradicional, procuraba atenuar el contraste, declarando expresamente que los contrayentes podían celebrar el matrimonio religioso, antes, después o al tiempo del matrimonio civil (art. 34), y también en cuanto a la regulación que se establecía del matrimonio civil, se respetaban los caracteres del matrimonio religioso declarando que el matrimonio es por su naturaleza perpetuo e indisoluble (art. 1.º), considerando así mismo como impedimentos para el matrimonio civil, los de orden sagrado y profesión religiosa (art. 5.º) (1).

2.—*Decreto de 9 de febrero de 1875.*—El sistema anterior de matrimo-

(1) Según Gastrón (*Derecho civil español común y foral*, 7.ª ed., V, p. 68), «chocaba tanto el principio de secularización del matrimonio con las tradiciones patrias y con el ambiente social, que la observancia de la nueva ley encontró una gran resistencia y fueron muy numerosas las personas que no quisieron transigir con la reforma y siguieron celebrando exclusivamente el matrimonio ante la Iglesia».



nio civil obligatorio, incluso para los católicos, no prevaleció muchos años, pues en 1875 se dictó por el Ministerio Regencia, el Decreto de 9 de febrero de dicho año, cuyo propio preámbulo nos explica, las razones por las que se deroga la ley de 1870. Expone, en efecto, dicho Decreto el «desacuerdo lamentable entre la opinión pública, inspirada por la fe religiosa y por el influjo de inveteradas costumbres, y los preceptos y declaraciones de la ley reciente sobre el matrimonio civil; desacuerdo que inquieta las conciencias, estimula a la inobservancia de la misma ley, con grave perjuicio de los derechos de familia, y hace al fin recaer los efectos de ella con notoria injusticia sobre víctimas inocentes», todo lo cual impulsa al Gobierno al «deber imperioso de apresurarse a restablecer la conveniente armonía entre la legislación civil y la canónica en punto al matrimonio de los católicos, devolviendo a este Santo Sacramento todos los efectos que le reconocían nuestras antiguas leyes, y restituyéndolo a la exclusiva jurisdicción de la Iglesia» sin perjuicio de dejar en vigor dicha ley de 1870, para el matrimonio de los que no profesando la Religión Católica, «estén imposibilitados de santificarlo con el Sacramento».

En virtud de este Decreto de 9 de febrero de 1875, «el matrimonio canónico contraído o que se contrajera con arreglo a los sagrados Cánones producirá en España todos los efectos civiles que le reconocían las leyes vigentes hasta la promulgación de la provisional de 18 de junio de 1870» (art. 1.º), la cual «quedará sin efecto en cuanto a los que hayan contraído o contraigan matrimonio canónico, el cual se regirá exclusivamente por los sagrados Cánones y las leyes civiles que estuvieren en observancia hasta que se puso en ejecución la referida Ley» (art. 5.º, párrafo 1.º), «exceptuándose tan sólo de esta derogación las disposiciones contenidas en el Capítulo V de la misma ley, las cuales continuarán aplicándose cualquiera que sea la forma legal en que se haya celebrado el contrato del matrimonio» (art. 5.º, párrafo 2.º).

En cuanto al matrimonio de los no católicos, el citado Decreto, aunque con fórmula bastante imprecisa, deja en vigor la ley de 1870 (art. 6.º), aclarándose las dudas sobre quienes pueden contraer matrimonio civil, por la R. O. de 27 de febrero de 1875 según la cual, los Jueces Municipales sólo podían autorizar los matrimonios de aquellos que ostensiblemente manifesten no pertenecer a la Iglesia Católica.

Se instaura, pues, en virtud del citado Decreto, el sistema de matrimonio civil subsidiario, por el cual sólo los que no puedan contraer el matrimonio religioso, pueden celebrarlo civilmente (2), debiendo los católicos contraerlo con arreglo a los Sagrados Cánones.

(2) En cuanto a la situación creada por la ley de 1870, que no fué observada por numerosos católicos que sólo contrajeron el matrimonio canónico, el citado Decreto de 9 de febrero de 1875, dispuso que los matrimonios canónicos celebrados desde que empezó a regir la ley de

3.—*Código civil*.—El anterior sistema de forma religiosa para los católicos y forma civil para los acatólicos, es el que pasó al Código civil, previas negociaciones oficiosas del Gobierno con la Santa Sede, recogidas en la base 3.^a de la ley de 11 de mayo de 1888, en cumplimiento de la cual se redactó el art. 42 del Código civil en los siguientes términos: «La ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico, que deben contraer todos los que profesen la religión católica, y el civil, que se celebrará del modo que determina este Código». En otros preceptos complementarios se reconoce la competencia de la Iglesia tanto para regular el matrimonio canónico (arts. 75, 76 y 77 C. c.), como para resolver jurisdiccionalmente los pleitos de nulidad o divorcio de dicho matrimonio (art. 80).

La fórmula empleada por el Código en su artículo 42, planteó desde el primer momento la cuestión de quienes eran los que podrían celebrar el matrimonio civil, en el sentido de si era preciso manifestar ante la Autoridad civil por los que desearan contraer el matrimonio civilmente, que no pertenecían a la Iglesia Católica, o si no había de exigirse manifestación alguna. Esta imprecisión, dió lugar, a que según las diferentes concepciones políticas de los diversos Gobiernos, fuese interpretado el art. 42, de modos muy diversos y contradictorios con el espíritu que presidió su redacción, que como evidencian las negociaciones que le precedieron, imponía a los católicos como única forma posible de contraer matrimonio, la canónica.

En efecto, la R. O. de 28 de diciembre de 1900, dispone que es precisa la manifestación, ante el encargado del Registro civil competente, de no profesar la Religión Católica.

En abierta contraposición con la anterior interpretación la R. O. de 27 de agosto de 1906, ordenó, que no se exigiese a los que pretendan contraer matrimonio civil, declaración alguna relativa a la religión que profesan. En virtud de esta última interpretación del art. 42, en realidad se vulneraba el verdadero espíritu del mismo, que no era otro que el de permitir el matrimonio civil tan sólo a los no católicos, ya que para éstos bien explícitamente se imponía el matrimonio canónico. Contrariamente a esta interpretación del art. 42, la R. O. de 1906 venía a introducir en nuestra Patria el sistema de matrimonio de libre elección, ya que para los católicos venía a ser potestativo, según la misma, el celebrar el matri-

1870 hasta la fecha en que se dicta el Decreto surtirían efectos civiles desde la época de su celebración, sin perjuicio de los derechos adquiridos por consecuencia de ellos por terceras personas a título oneroso (art. 1.º, parfo. 2.º). Respecto a la situación de los hijos habidos de tales matrimonios, ya se había dispuesto por Decreto de 22 de enero de 1875, que se inscribiesen como *legítimos*, rectificándose a este efecto las inscripciones en que constasen con la condición de *naturales* a tenor de lo que dispuso la R. O. de 11 de enero de 1872.

monio bajo forma canónica o civil (3). Por ello dicha R. O. fué derogada prontamente.

Por la R. O. de 28 de febrero de 1907, se derogó, en efecto, la anterior, restableciéndose la de 1900, que estuvo en vigor hasta que por consecuencia de la Constitución republicana de 1931, y antes de modificarse el sistema del Código, por la ley de matrimonio civil a que después nos referiremos, se volvió a la interpretación del art. 42 que ya se había mantenido por la R. O. de 1906.

Consecuentemente con las ideas de aconfesionalidad de la segunda República, se dictó la O. de 10 de febrero de 1932, por la que se declara derogada nuevamente la R. O. de 28 de diciembre de 1900 y por lo tanto «no se exigirá a los que soliciten la celebración del matrimonio civil declaración alguna respecto a sus creencias religiosas». Nuevamente se instauraba así, el matrimonio civil facultativo, que sirvió de tránsito a la inmediata implantación del matrimonio civil obligatorio, como vamos a exponer (4).

4.—*Ley de matrimonio civil de 28 de junio de 1932.*—Como consecuencia del principio de separación entre Iglesia y Estado proclamado por la Constitución de la segunda República de 9 de diciembre de 1931 (arts. 3 y 27, ap. 4), se implantó por segunda vez el matrimonio civil obligatorio en virtud de la ley de 28 de junio de 1932, según la cual a partir de su vigencia, sólo se reconocía una forma de matrimonio, el civil, que debería contraerse conforme a las disposiciones del Código civil respecto al mismo (art. 1.º). Pero esta segunda etapa española de matrimonio civil, fué mucho más radical que la anterior, pues además de establecerse el matrimonio civil, se declara la jurisdicción civil, única competente para decidir no sólo las cuestiones matrimoniales a que diere lugar aquel, sino incluso las que se originasen en los matrimonios canónicos contraídos en la época anterior (art. 4), se suprimieron los impedimentos de orden sagrado y profesión religiosa solemne, y finalmente se estableció ampliamente el divorcio vincular por la ley de 2 de marzo de 1932.

5.—*Restauración del sistema del Código civil.*—El Estado nacional triunfante en la pasada guerra civil, ha derogado toda la legislación secularizadora del matrimonio dictada durante la anterior etapa, como contraria a la tradición católica de la Nación. Aun antes de la terminación

(3) V. en el mismo sentido de considerar la R. O. de 27 de agosto de 1906, como implantadora del matrimonio civil facultativo o libre, GARCÍA CANTERO, *Matrimonio civil de acatólicos*. (ADC, VII, 1954, 137) y MALDONADO, *La exigencia del matrimonio canónico en nuestra legislación civil*. (ADC, VII, 1954, 152).

(4) V. en el mismo sentido de considerar que la Orden de 10 de febrero de 1932 implantó el matrimonio civil facultativo, ROMERO VIEITEZ, *Las normas de Derecho matrimonial promulgadas por el nuevo Estado español*. (RDP, XXV, 1941, 56).

de la contienda se dictó la ley de 12 de marzo de 1938, por la que se derogó la de matrimonio civil de 28 de junio de 1932 y disposiciones dictadas para su aplicación (art. 1.º), disponiéndose así mismo, que «hasta tanto se dicten nuevas normas, se declaran vigente el título cuarto del libro primero del Código civil y todas las normas complementarias del mismo, que estaban en vigor en la fecha de publicación de la ley que se deroga» (disposición transitoria) (5). También por la ley de 23 de septiembre de 1939, se derogó la de divorcio de 2 de marzo de 1932, restableciéndose así la legalidad existente al instaurarse la República, es decir, el sistema del Código civil (6).

En ejecución de la ley de 12 de marzo de 1938, y con objeto de proveer a la solución de los expedientes de matrimonio civil pendientes a la publicación de la referida ley, se dictó la Orden del Ministerio de Justicia de 22 de marzo de 1938, por la que, según expresa su preámbulo, «teniendo presente que el art. 42 del Código civil impone claramente y lo abonan uniformes Resoluciones, el matrimonio canónico a cuantos españoles profesen la Religión Católica, debe exigirse para autorizar la celebración del matrimonio civil la declaración expresa de no profesar la Religión católica por ambos contrayentes o al menos por uno de ellos», y conforme a ello dispuso que «los expedientes de matrimonio civil promovidos al amparo de la ley de 28 de junio de 1932 pueden seguir tramitándose y ultimarse siempre que ambos contrayentes, o uno de ellos declaren expresamente que no profesan la Religión Católica; sin esa declaración no podrá en modo alguno autorizarse el matrimonio civil para los españoles» (art. 1.º). Se insiste, pues, en esta orden en la interpretación predominante del art. 42 del Código, contenida en la R. O. de 1900 ya expuesta.

Una nueva etapa en la interpretación del citado art. 42 del Código civil, se iniciará con la Orden del Ministerio de Justicia de 10 de marzo de 1941, según la cual «los Jueces municipales no autorizarán otros matrimonios civiles que aquellos que, habiendo de contraerse por quienes no pertenezcan a la Religión católica, se pruebe documentalmente la acato-

(5) Observa, con razón, ROMERO VIERTEZ, que «la expresión de esta disposición final resulta claramente incorrecta: sólo parte del título IV del libro primero del Código civil había dejado de tener vigor; y en la fecha señalada de publicación de la ley de matrimonio civil estaba vigente, por ejemplo, la Orden de 10 de febrero de 1932, que convertía el matrimonio civil de subsidiario en facultativo, la vigencia de la cual, contra el propósito del legislador, está reconocida literalmente en la fórmula usada». (*Las normas de derecho matrimonial*, cit., RDP, XXV, 1941, 77). Según GARCÍA CANTERO, con la Ley de 1938, queda «en vigor la legislación vigente al tiempo de instaurarse la República, que es lo que, sin duda, quiso decir el legislador» (ADC, VII, 1954, 139).

(6) El restablecimiento de la legalidad consagrada por el Código civil, parece sin embargo, tener carácter transitorio, como lo demuestran las palabras empleadas por la propia disposición transitoria de la ley de 1938 al restablecer el título cuarto del libro primero del Código «hasta tanto se dicten nuevas normas».

licidad de los contrayentes, o, en el caso de que esta prueba documental no fuere posible, presenten una declaración jurada de no haber sido bautizados, a cuya exactitud se halla ligada la validez y efectos civiles de los referidos matrimonios» (7).

6.—*El Concordato de 27 de agosto de 1953.*—Recientemente por el vigente Concordato celebrado entre España y la Santa Sede, el 27 de agosto de 1953 (aprobado y ratificado por Decreto de 26 de octubre de 1953 (8), se ha regulado también el matrimonio, con las siguientes disposiciones: «El Estado español reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico» (art. XXIII). «El Estado español reconoce la competencia exclusiva de los Tribunales y Dicasterios eclesiásticos en las causas referentes a la nulidad del matrimonio canónico y a la separación de los cónyuges, en la dispensa del matrimonio rato y no consumado y en el procedimiento relativo al Privilegio Paulino» (art. XXIV, núm. 1); «En general todas las sentencias, decisiones en vía administrativa y decretos emanados de las Autoridades eclesiásticas en cualquier materia dentro del ámbito de su competencia, tendrán también efecto en el orden civil cuando hubieren sido comunicados a las competentes Autoridades del Estado, las cuales prestarán, además el apoyo necesario para su ejecución» (art. XXIV, núm. 4) (9). Se reconoce, pues, tanto en el aspecto legislativo como en el jurisdiccional la competencia de la Iglesia en materia de matrimonio canónico. También el Protocolo final, firmado en la misma fecha que el Concordato, contiene varias declaraciones, que según advierte el encabezamiento del Protocolo «formarán parte integrante del mismo Concordato», entre las cuales figuran unas, referentes al transcrito art. XXIII del texto del Concordato, que aclaran o detallan diversos puntos relativos al matrimonio canónico, como su inscripción en el Registro civil, que estudiaremos en su momento oportuno, y singularmente otras que aluden a competencia

(7) Se ha sostenido por LUNA (*La prueba del hecho negativo de la acatolicidad en el matrimonio civil*, Pretor, 1952, n.º 1, p. 31), que la Orden de 10 de marzo de 1941 infringió la ley de 12 de marzo de 1938, que restableció la legalidad vigente al promulgarse la ley de matrimonio civil de 1932, por estimar que entre las normas en vigor en esa época ninguna exigía los requisitos de la citada Orden, y que además, la ley de 1938, autorizó al Ministerio para dictar normas de ejecución de la misma, pero no para ir contra la misma (p. 34). V. una refutación a dicha tesis por GARCÍA CANTERO (ADC, VI, 1954, 142 s.).

(8) El Concordato fué enviado a las Cortes, en cumplimiento del art. 14 de la ley de creación de las mismas de 1942, acompañado de un mensaje del Jefe del Estado de fecha 24 de octubre de 1953, mensaje que pone de manifiesto el espíritu que guió al Estado al firmar el Concordato. Una vez aprobado por las Cortes el Concordato, fué ratificado por Decreto de 26 de octubre de 1953. (B. O. del E. de 19 de noviembre de 1953). Las ratificaciones, por ambas partes, del Concordato, fueron aprobadas en la Ciudad del Vaticano el 27 de octubre de 1953. Puede verse el citado mensaje en «Ecclesia», n.º 642 correspondiente al 31 de octubre de 1953, p. 55.

(9) También se contienen otras importantes disposiciones en los párrafos 2 y 3, que omitimos, del citado art. 24, que estudiaremos más adelante.

de la Iglesia en los matrimonios mixtos, que a continuación examinamos.

7. *Juicio crítico sobre el vigente sistema matrimonial español.*—La fórmula empleada por el Código civil en su art. 42, no fué muy afortunada, pues aunque la intención del legislador, dada la negociación de la base correspondiente con la Santa Sede, parecía ser sencillamente la de que los católicos no podrían contraer más que el matrimonio canónico, y por tanto tan sólo los acatólicos podrían contraer el civil, el texto del citado precepto no fué suficientemente expresivo para evitar, que haya podido ser interpretado del modo más contradictorio, como hemos visto, según las ideas políticas imperantes en los Gobiernos que se han sucedido en el Poder.

Cabe achacar, en efecto, al art. 42, que, conforme a la interpretación tradicional del mismo, de exigirse manifestación de acatolicidad por los contrayentes, o al menos de uno de ellos, para contraer matrimonio civil, éste resulta posible: a) para el católico que contrae con acatólico, con clara infracción de la competencia de la Iglesia, para regular dicho matrimonio, autorizándolo, cuando proceda la dispensa del impedimento de disparidad de cultos o mixta religión, o negándolo cuando no permita tal matrimonio a la parte católica; b) para aquellos católicos, que con apostasía de su fe, manifiesten no *profesar* la Religión católica, ya que la posibilidad de celebrar el matrimonio civil, depende simplemente de la manifestación de acatolicidad de los contrayentes. La primera posibilidad se produce por no haber delimitado de manera clara quien podía contraer matrimonio civil; la segunda por hacer depender el matrimonio canónico de que se *profese* la Religión católica, con lo que puede pensarse que se trata de una adhesión subjetiva por parte de los pertenecientes a la Iglesia católica (10).

Con laudable propósito la citada Orden de 10 de marzo de 1941, rectificó, en los términos que hemos visto, esta interpretación tradicional, y así frente a los dos extremos antes indicados, puede observarse: *ad a)* que en contra de la referencia a la acatolicidad de ambos «o al menos de uno» de los contrayentes, contenida en los preámbulos de la R. O. de 28 de diciembre de 1900 y de la O. de 22 de marzo de 1938, e incluso en el propio art. 1.º de esta última, se alude a «la acatolicidad de los contrayentes», es decir, de ambos, con lo que no sería posible la celebración del matrimonio civil, aun demostrada la acatolicidad de uno solo; *ad b)* que frente a la mera manifestación privada de acatolicidad hecha por los contrayentes, ahora se exige o la prueba documental o supletoriamente la de-

(10) V. una crítica del art. 42, en el sentido expuesto en el texto, con más amplitud, en: MOONTERO, *El matrimonio y las causas matrimoniales*, 5.ª ed., 1950, pp. 80 ss.; MALDONADO, *La exigencia del matrimonio canónico en nuestra legislación civil*. (ADC, VI, 1954, 149 ss.).

claración jurada, de cuya exactitud se hace depender la validez y efectos civiles del matrimonio.

Es pues, evidente, el progreso que marca la Orden de 1941 en el acercamiento de la interpretación del art. 42 del Código, con el Derecho canónico y con la que seguramente fué intención del legislador codificador, pero no obstante ese buen propósito, la formulación técnica de la disposición, presenta indudables defectos, que han sido señalados por la doctrina, principalmente respecto a los siguientes extremos: *a)* la citada Orden da al matrimonio canónico un ámbito subjetivo de aplicación más amplio que el que le corresponde según el propio derecho canónico en el canon 1099 del vigente *Codex iuris canonici*, modificado por el *Motu proprio* de S. S. Pío XII de 1.º de agosto de 1948, ya que la referida Orden exige para poder celebrar matrimonio civil, declaración jurada de no haber sido bautizados, sin distinción alguna, en tanto que las citadas normas canónicas eximen del matrimonio canónico a los acatólicos, aunque estén bautizados, pero no en la Iglesia católica (11); *b)* en cambio y contrariamente a lo anterior, tampoco hay perfecta concordancia con el Derecho canónico, por resultar la Orden demasiado restringida en su tenor literal, al referirse tan sólo al bautismo, sin aludir también a la *conversión*, desde la herejía o el cisma, ya que según el citado canon 1099, la forma canónica obliga no sólo a los bautizados en la Iglesia católica, sino también a los convertidos a ella de la herejía o del cisma, aunque tanto éstos como aquéllos la hayan después abandonado» (12).

Finalmente, el vigente Concordato de 1953, ha dado un paso más decidido en la determinación de las personas sujetas al matrimonio canónico, aunque también se hacen algunas observaciones críticas a su redacción en este punto. En efecto, la declaración contenida en el Protocolo final, en relación con el art. XXII, bajo la letra C) ordena que «en materia de reconocimiento de matrimonio mixto entre personas católicas y no católicas, el Estado pondrá en armonía su propia legislación con el Derecho Canónico», añadiéndose en el apartado D), que «en la regla-

(11) En el mismo sentido se expresan BARBERENA y MALDONADO. Según BARBERENA, «la Orden de 1941 tampoco coincide con las normas del canon 1099, porque aquella requiere una prueba de la cual resulte ausencia de cualquier bautismo, sin distinción, mientras que el canon 1099, párrafo segundo, exime de la forma canónica a los acatólicos, aunque uno o ambos estén válidamente bautizados, pero no en la Iglesia católica». (ADC, VII, 1954, 14).

Para MALDONADO, «más acorde con el canon 1099 hubiera sido decir, de no haber sido bautizados en la Iglesia católica (pues los bautizados en alguna secta acatólica ya sabemos que no están obligados según este canon, a la forma católica del matrimonio), ni haberse convertido a ella de la herejía o del cisma (pues los no bautizados en ella, ya hemos dicho que, conforme al mismo, pueden quedar obligados a guardar esa forma si han efectuado alguna vez tal conversión)». (ADC, VII, 159). V. una exposición completa y muy detallada de la evolución en la interpretación al art. 42, en este interesante trabajo.

(12) V. en el citado trabajo de MALDONADO, esta observación, que se recoge en las palabras que transcribimos del mismo en la nota anterior, al final.

mentación jurídica del matrimonio para los no bautizados, no se establecerán impedimentos opuestos a la ley natural». Parece pues, que si en caso de matrimonio mixto (parte católica y parte no católica, bautizada o no) habrá de armonizarse la legislación del Estado con el Derecho Canónico, lo que equivale a decir que tales matrimonios habrán de celebrarse canónicamente (con la correspondiente dispensa del impedimento, en su caso), la única hipótesis en que se podrá contraer matrimonio civil, es la de que ninguno de los contrayentes pertenezcan a la Iglesia católica.

Pero en punto a quienes se consideran pertenecientes a la Iglesia católica, o más exactamente, obligados por ella a observar la forma canónica en el matrimonio, se observa que el Concordato en el citado apartado D) del Protocolo final, alude a los no bautizados, de donde *a contrario sensu*, parece inferirse que sólo a los bautizados les obliga el matrimonio canónico, y ya hemos visto, que según el canon 1099, el ámbito obligatorio de éste, es más amplio, pues comprende a «todos los que han sido bautizados en la Iglesia católica y todos los que se han convertido a ella de la herejía o del cisma, aunque tantos éstos como aquéllos la hayan después abandonado, si es que contraen matrimonio entre sí» (13).

Por otra parte estando pendientes de dictarse normas por parte del Estado español, ya que según el art. XXXVI, párrafo 2.º del Concordato, se «promulgarán, en el plazo de un año, las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para la ejecución» del mismo, es de esperar que estos puntos queden mejor perfilados con dichas disposiciones en el sentido de una completa armonía entre legislación civil y canónica.

(13) El siguiente número de este párrafo del canon citado se dedica a los matrimonios mixtos, que también se declaran obligados a la forma canónica. En el sentido indicado en el texto observa MALDONADO (loc. cit., p. 165), que «el texto canónico menciona a bautizados en la Iglesia católica o convertidos a ella, y el concordatario a bautizados sin distinción; pero no se olvide que el canon 1099 se refiere sólo a la forma de celebración del matrimonio y el Protocolo a la reglamentación completa del mismo».

II. EFICACIA CIVIL DEL MATRIMONIO CANONICO EN ESPAÑA

Hemos visto cómo el Código civil español admite el matrimonio canónico para los católicos (art. 42), reconociendo además, expresamente la competencia de la Iglesia católica, tanto para establecer los requisitos, forma y solemnidades de dicho matrimonio (art. 75), como para conocer por medio de sus propios Tribunales, de los pleitos sobre nulidad y separación de los matrimonios canónicos (art. 80). Aunque en realidad tales declaraciones implican de suyo el reconocimiento de la eficacia civil del referido matrimonio, todavía de modo más explícito, dispone el Código, que «el matrimonio canónico producirá todos los efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes» (art. 76).

Restablecida la vigencia del Código civil, después de la legislación laica de la segunda República, por virtud de la ley de 12 de marzo de 1938, derogadora de la ley de matrimonio civil de 1932, el sistema del Código civil ha sido recientemente reafirmado, en el sentido de conceder eficacia civil al matrimonio canónico, por el reciente Concordato de 27 de agosto de 1953, en el que se dispone, que «el Estado español, reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico» (art. XXIII), reconociéndose también, como ya vimos, la competencia exclusiva de los Tribunales y Dicasterios eclesiásticos en las causas referentes al matrimonio canónico, cuyas resoluciones «tendrán también efecto en el orden civil cuando hubieren sido comunicados a las competentes Autoridades del Estado, las cuales, prestarán, además, el apoyo necesario para su ejecución» (art. 24, núms. 1 y 2).

Pero además de estas disposiciones que sancionan, con carácter general, la eficacia civil del matrimonio canónico, tanto el Código, como el

Concordato contienen otras disposiciones más concretas, que vienen a regular la manera de llevar a la práctica esa misma eficacia civil, aunque algunas de esas disposiciones del Código, plantean el problema de su recta interpretación, para que no resulte contrariada, al menos en ciertos supuestos, la eficacia civil del matrimonio canónico, que ha sido reconocida por otros preceptos del mismo código.

Dividiremos, la exposición de esta materia, en los siguientes puntos:

a) Prohibiciones matrimoniales civiles en orden al matrimonio canónico.

b) Asistencia del Juez municipal a la celebración del matrimonio canónico.

c) Inscripción del matrimonio canónico en el Registro civil.

d) Eficacia civil de los matrimonios canónicos de excepción.

e) Prueba civil del matrimonio canónico.

1. *Prohibiciones civiles en relación con el matrimonio canónico.*—El Código civil establece con el carácter de simples prohibiciones no anuladoras del matrimonio, es decir, como impedimentos *impedientes*, según la técnica canonista, ciertas prohibiciones de contraer matrimonio, con referencia a ambas formas del mismo, canónica y civil, ya que los preceptos que las establecen están incluidos en una sección común a ambas formas de matrimonio (14). Por consecuencia, según el Código civil, las prohibiciones a que nos referimos son aplicables al matrimonio canónico. Dichas prohibiciones son las contenidas en el art. 45, según el cual, «está prohibido el matrimonio:

1.º Al menor de edad que no haya obtenido la licencia, y al mayor que no haya solicitado el consejo de las personas a quienes corresponde otorgar una y otro en los casos determinados por la ley.

2.º A la viuda durante los trescientos un días siguientes a la muerte de su marido, o antes de su alumbramiento si hubiese quedado encinta, y a la mujer cuyo matrimonio hubiera sido declarado nulo, en los mismos casos y términos, a contar desde su separación legal.

3.º Al tutor y sus descendientes con las personas que tenga o haya tenido en guarda hasta que, fenecida la tutela, se aprueben las cuentas de su cargo, salvo el caso de que el padre de la persona sujeta a tutela hubiese autorizado el matrimonio en testamento o escritura pública».

El carácter meramente impeditivo de estas prohibiciones, está expresamente reconocido en el art. 50, que mantiene la validez del matrimonio celebrado con infracción de las mismas, sin perjuicio de determinadas

(14) La Sección segunda del Capítulo primero del Título IV del Libro I del Código, a que corresponde el art. 45, lleva por epígrafe: «Disposiciones comunes a las dos formas de matrimonio».

sanciones civiles que se contienen en el propio artículo, además de las sanciones penales que sean procedentes.

Fuera del Código civil, varias disposiciones, establecen también la prohibición de contraer matrimonio (canónico o civil en su caso, puesto que no se distingue), las personas comprendidas en las mismas, sin obtener previamente *licencia superior*. Tales disposiciones son las siguientes:

1.º Por razón de pertenencia al Ejército, la ley de 23 de junio de 1941, exige para el matrimonio de los Generales, jefes, oficiales y suboficiales del Ejército (comprendidos los de Marina y Aire), licencia especial, que se concede por el Ministro del Ramo (o por el Capitán General si se trata de suboficiales), licencia que no se puede conceder a los que no hayan cumplido 25 años de edad, exigiéndose también que la esposa sea española de origen, hispanoamericana o filipina, o nacionalizada en España, y en todo caso católica y no divorciada (arts. 1, 3 y 5).

2.º Por razón de servicio militar, las leyes del Ejército y la Marina, establecen la prohibición de contraer matrimonio los individuos que permanezcan en filas, sin obtener una licencia especial.

3.º Por pertenecer al Cuerpo Diplomático, la ley de 23 de noviembre de 1940 (y Decreto-Ley de 3 de enero de 1951), prohíbe a los funcionarios de dicho cuerpo, contraer matrimonio con extranjera, salvo que se trate de hispanoamericana, filipina, portuguesa o brasileña.

Por su parte el reciente Concordato, en las declaraciones que integran el Protocolo final ha dispuesto que «las normas civiles referentes al matrimonio de los hijos, tanto menores como mayores, serán puestas en armonía con lo que disponen los canones 1.034 y 1.035 del Código de Derecho Canónico». (Declaración del Protocolo final, en relación con el art. XXIII, letra B). Y como quiera que el Estado español se ha comprometido a promulgar en el plazo de un año las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para la ejecución del Concordato, es de esperar que en plazo no lejano se dicten las necesarias disposiciones para conseguir dicha armonía (15).

2. *Asistencia del Juez Municipal a la celebración del matrimonio canónico* (16).—El Código civil impuso la asistencia del Juez Municipal,

(15) V. el interesante trabajo de DR CASTRO, *El matrimonio de los hijos*. (ADC, VII, 1954, 35), en el que, a modo de conclusión, se ofrece un ensayo sobre las posibles modificaciones de los arts. 45 a 50 del Código civil, del cual recogemos lo siguiente:

«Art. 45. Está prohibido el matrimonio: 1.º Al menor de edad que no haya obtenido licencia y al mayor que no haya dado conocimiento de su proyectado matrimonio, en los casos determinados por la ley».

«Art. 49. Los llamados a conceder la licencia lo harán o negarán sin razonarla. No obstante la negativa de la licencia, podrá celebrarse el matrimonio canónico, hecha por el párroco la debida consulta al ordinario del lugar».

(16) De FUENMAYOR, *La inscripción del matrimonio canónico en el Registro civil*. (ADC, VII, 1954, 61); SANCHEZ REBULLIDA, *Las formalidades civiles del matrimonio canónico*. (Madrid, 1955, pp. 93 a 120).

a fin de que tenga lugar la inmediata inscripción del matrimonio canónico en el Registro civil. En efecto, el art. 77, párrafos 1.º y 2.º dispone que «al acto de la celebración del matrimonio canónico asistirá el Juez Municipal u otro funcionario del Estado, con el sólo fin de verificar la inmediata inscripción en el Registro civil. Con este objeto los contrayentes están obligados a poner por escrito en conocimiento del Juzgado municipal respectivo, con veinticuatro horas de anticipación por lo menos, el día, hora y sitio en que deberá celebrarse el matrimonio, incurriendo, si no lo hicieren, en una multa de 5 á 80 pesetas. El Juez Municipal dará recibo del aviso de los contrayentes. Si se negare a darlo, incurrirá en una multa que no bajará de 20 pesetas ni excederá de 100. No se procederá a la celebración del matrimonio canónico sin la presentación de dicho recibo al cura párroco» (17).

El propio art. 77, preveía también en sus párrafos 3.º y 4.º la hipótesis de que el matrimonio llegase a celebrarse sin la asistencia del Juez Municipal, distinguiendo según que fuese debido a culpa del Juez, por haber recibido el aviso, o a culpa de los contrayentes, por no haber avisado; en el primer caso se ordena hacer la transcripción de la partida del matrimonio canónico en el Registro civil, a costa del Juez, a quien además se impone una multa, y el matrimonio producirá todos sus efectos civiles desde el instante de su celebración; en el segundo, los contrayentes podrán subsanar la falta solicitando la inscripción del matrimonio en el Registro civil, pero «en este caso no producirá efectos civiles el matrimonio, sino desde su inscripción».

Esta sanción para los contrayentes que omitieron el aviso al Juzgado, ha sido en cierto modo desvirtuada por una interpretación jurisprudencial que ha venido a proclamar que los efectos del matrimonio canónico, en caso de omisión del aviso previo, deben retrotraerse completamente, una vez convalidado el matrimonio por la inscripción en el Registro civil, a la fecha de su celebración. (Ss. de 16 de febrero de 1892, 21 de noviembre de 1918 y 15 de febrero de 1928; v. también la Resolución de 1.º de julio de 1916).

Así pues, la presencia del Juez Municipal, o más bien el aviso al mismo, por parte de los contrayentes, llega a ser, según el citado art. 77, párrafo 4.º del Código, requisito necesario para que el matrimonio pueda producir efectos civiles desde su celebración, ya que la falta de aviso acarrea que los efectos no se produzcan sino desde su inscripción, con notoria incongruencia, que la doctrina ya había señalado, con el art. 76, según el cual «el matrimonio canónico produce todos los efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes» y

(17) V. la Instrucción de 26 de abril de 1899, arts. 5 y 6. Respecto a los casos de matrimonio in artículo mortis y de matrimonio de conciencia, v. infra.

aún con el propio art. 77, párrafo 1.º, al indicar de modo expreso, que la asistencia del Juez municipal tiene «el sólo fin de verificar la inmediata inscripción en el Registro civil» (18).

El sistema del Código, desarrollo de la base 3.ª de la ley de 1888, impone por tanto, para la eficacia civil del matrimonio canónico, no sólo la inscripción del mismo en el Registro civil, sino también la presencia del Juez municipal al acto de su celebración (19). Prescindiendo por ahora de lo referente a la inscripción, objeto del siguiente apartado, vamos a ver la modificación que en orden a la presencia del funcionario civil ha impuesto el reciente Concordato.

Dispone, en efecto, el vigente Concordato, en su declaración del Protocolo final, en relación con el art. XXII del mismo Concordato, lo siguiente:

«A) Para el reconocimiento, por parte del Estado, de los efectos civiles del matrimonio canónico, será suficiente que el acta del matrimonio sea transcrita en el Registro civil correspondiente.

Esta transcripción se seguirá llevando a cabo como en el momento presente. No obstante, quedan convenidos los siguientes extremos:

1. En ningún caso la presencia del funcionario del Estado en la celebración del matrimonio canónico será considerada condición necesaria para el reconocimiento de sus efectos civiles».

Prescindiendo por ahora, como ya hemos indicado, de lo referente a la inscripción, en orden a la cual se contienen otras prescripciones a continuación de lo anteriormente transcrito, respecto a la presencia del funcionario civil, está expresado de modo contundente en el Concordato, que su presencia no es necesaria para el reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio. Por tanto, no cabe, conforme al Concordato, hacer depender los efectos del matrimonio, de la asistencia del funcionario estatal, en ningún caso, teniendo por tanto que armonizarse, con esta norma concordada, los preceptos del Código, que se oponen a ella, como ocurre, según acabamos de ver, con el caso previsto por el párrafo cuarto del art. 77, es decir, con el de inasistencia del Juez por falta de aviso por culpa de los contrayentes.

Ahora bien, si el funcionario civil, no es necesario, que asista a la celebración, para el reconocimiento de efectos civiles, ello no quiere decir, que el Concordato haya prohibido su asistencia. Antes al contrario, pa-

(18) V., por ejemplo, CASTÁN, *ob. cit.*, V, p. 110, 7.ª ed.

(19) Sobre la controversia que el requisito de la presencia del Juez Municipal, en la celebración del matrimonio canónico, suscitó al discutirse en las Cámaras legislativas, así como la crítica formulada posteriormente por la doctrina, véase el interesante y completo trabajo de FURNMAYOR, ya citado. *La inscripción del matrimonio canónico*, ADC, VII, 1954, p. 61 y sgts. y esp. 67 a 73.

rece deducirse de las declaraciones antes transcritas, que *normalmente* seguirá asistiendo, ya que la transcripción del acta del matrimonio canónico en el Registro civil, se indica que «se seguirá llevando a cabo como en el momento presente», lo que equivale a decir, que se hará por conducto del funcionario que haya asistido a la ceremonia, ya que éste es el sistema vigente en el Código. Pero, como por otra parte también se establece, que la transcripción podrá llevarse a cabo siempre, bastando la presentación en el Registro civil de una copia auténtica del acta parroquial (n.º 2 de la misma declaración final) parece llegarse a la conclusión de que en el sistema concordatorio dependerá en definitiva de los propios contrayentes, el que la transcripción de su matrimonio se haga por intermediación del funcionario civil asistente al acto, o directamente por la presentación en el Registro civil de una copia auténtica del acta parroquial (20).

3. *Inscripción del matrimonio canónico en el Registro civil* (21).—Al examinar en el anterior número el requisito de la asistencia del Juez municipal al acto de la celebración del matrimonio, hemos visto, que en el sistema concordatario, su presencia no es requisito necesario para el reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio canónico, quedando por tanto la inscripción en el Registro civil de dicho matrimonio, como requisito único, del que se hacen depender dichos efectos. Dice, en efecto, la declaración final del texto concordado, en relación con el art. XXIII del mismo, que «para el reconocimiento, por parte del Estado, de los efectos civiles del matrimonio canónico, será suficiente que el acta del matrimonio sea transcrita en el Registro civil correspondiente». Resulta por tanto suprimida la necesidad de la presencia a la celebración del matrimonio del funcionario civil, resaltando en cambio en toda su importancia el requisito de la inscripción en el Registro civil del matrimonio. Dicha inscripción sí que es requisito *necesario*, para el reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio canónico por parte del Estado y solamente del mismo, depende tal reconocimiento. Sentado, pues, el destacado valor que cobra la inscripción en el Registro civil, veamos cómo se verifica la misma.

La referida declaración final concordataria contiene sobre esta materia las siguientes disposiciones, en parte antes transcritas:

(20) FUEBMAJOR (loc. cit., p. 64 y nota 3) afirma que en el Concordato «se suprime, por tanto, el requisito de la presencia del funcionario del Estado en la celebración del matrimonio canónico y los requisitos concomitantes del previo aviso al Juez Municipal y del recibo de tal aviso. Pero esto no quiere decir que se prohíba la presencia del funcionario civil en el acto de la celebración. Antes al contrario, se desea que acuda dicho funcionario para facilitar la inscripción del matrimonio; mas si no asistiere, por cualquier causa, no por eso se priva de eficacia al matrimonio canónico».

(21) FUEBMAJOR, *La inscripción del matrimonio canónico*. (ADC, VII, 1954, 61); SANCHO REBULLIDA, *Las formalidades civiles del matrimonio canónico*. (Madrid, 1955, pp. 154 a 253).

«Esta transcripción se seguirá llevando a cabo como en el momento presente. No obstante, quedan convenidos los siguientes extremos:

1. En ningún caso la presencia del funcionario del Estado en la celebración del matrimonio canónico será considerada condición necesaria para el reconocimiento de sus efectos civiles.

2. La inscripción de un matrimonio canónico que no haya sido anotado en el Registro inmediatamente después de su celebración, podrá siempre efectuarse a requerimiento de cualquiera de las partes o de quien tenga un interés legítimo en ella.

A tal fin, será suficiente la presentación en las oficinas del Registro civil de una copia auténtica del acta de matrimonio extendida por el Párroco en cuya Parroquia aquél se haya celebrado.

La citada inscripción será comunicada al Párroco competente por el encargado del Registro civil.

3. La muerte de uno o de ambos cónyuges no será obstáculo para efectuar dicha inscripción.

4. Se entiende que los efectos civiles de un matrimonio debidamente transcrito regirán a partir de la fecha de la celebración canónica de dicho matrimonio. Sin embargo, cuando la inscripción del matrimonio sea solicitada una vez transcurridos los cinco días de su celebración, dicha inscripción no perjudicará los derechos adquiridos, legítimamente, por terceras personas».

A la vista de estas normas concordatarias, cabe hacer las siguientes apreciaciones:

a) La transcripción del acta de matrimonio en el Registro civil podrá hacerse por uno de estos dos medios, o directamente por el funcionario civil que asista al acto, como ahora ocurre, medio que parece el normal, ya que se dice que la «transcripción se seguirá llevando a cabo como en el momento presente», o bien mediante la directa presentación en el Registro civil de una copia auténtica del acta parroquial, lo que como antes se dijo, parece dependerá en definitiva de la libre voluntad de los contrayentes según hayan avisado o no al Juzgado.

b) La inscripción, en el caso de inasistencia del funcionario civil al matrimonio, es decir, cuando se precise la presentación de la copia del acta parroquial, podrá efectuarse no sólo a requerimiento de cualquiera de las partes, sino de quien tenga un interés legítimo en ella, no siendo obstáculo la muerte de uno o de ambos cónyuges.

c) Los efectos civiles de un matrimonio transcrito en el Registro civil, se retrotraen siempre a la fecha de la celebración del mismo, pero cuando dicha transcripción sea solicitada después de los cinco días de su

celebración, la inscripción no perjudicará los derechos legítimamente adquiridos, por terceras personas (22).

4. *Eficacia civil de los matrimonios canónicos de excepción* (23).—El Código civil en relación con el matrimonio canónico contraído en peligro de muerte, que como se sabe es uno de los dos casos en que el Código canónico autoriza la forma extraordinaria de su celebración, dispone que, «los que contrajeran matrimonio canónico *in artículo mortis*, podrán dar aviso al encargado del Registro civil en cualquier instante anterior a la celebración, y acreditar de cualquier manera que cumplieron este deber. Las penas impuestas a los contrayentes que omitieren aquel requisito no serán aplicables al caso del matrimonio *in artículo mortis*, cuando conste que fué imposible dar oportunamente el aviso. En todo caso, para que el matrimonio produzca efectos civiles desde la fecha de su celebración, la partida sacramental deberá ser inscrita en el Registro dentro de los diez días siguientes» (art. 78).

El concordato no ha previsto de modo especial esta hipótesis, por lo que parece ha de quedar sujeta a la doctrina común, lo que equivale a decir en orden a su eficacia civil, que si la inscripción en el Registro se verifica después de los cinco días de la celebración del matrimonio, no perjudicará los derechos adquiridos legítimamente por terceras personas, y que en todo caso, la inscripción surtirá efecto, con la mencionada salvedad, desde la fecha de la celebración.

En cuanto al matrimonio secreto o de conciencia, también regulado por el Código canónico, dispone el Código que «el «matrimonio secreto de conciencia celebrado ante la Iglesia, no está sujeto a ninguna formalidad en el orden civil, ni producirá efectos civiles sino desde que se publique mediante su inscripción en el Registro. Este matrimonio producirá, sin embargo, efectos civiles desde su celebración, si ambos contrayentes, de común acuerdo, solicitaren del Obispo que lo haya autorizado un traslado de la partida consignada en el Registro secreto del Obispado, y la remitieren directamente y con la conveniente reserva a la Dirección general del Registro civil, solicitando su inscripción. Al efecto la Dirección general llevará un Registro especial y secreto con las precauciones necesarias para que no se conozca el contenido de estas inscripciones hasta que los interesados soliciten darles publicidad trasladándolas al Registro municipal de su domicilio» (art. 79).

El Concordato tampoco ha regulado el matrimonio de conciencia, por lo que cabe pensar así mismo que deberían aplicarse los principios generales, pero en este punto necesariamente han de atemperarse a las

(22) V. sobre toda esta materia de la inscripción el ya citado trabajo de FUENMAYOR.

(23) FUENMAYOR y SANCHEZ REBULLIDA, trabajos ya citados.

especialidades del matrimonio secreto, ya que, por ejemplo, no podría obtenerse, por cualquier interesado una copia del acta parroquial del matrimonio, ya que dicho matrimonio no consta en Registro parroquial. Hay que subordinar pues la posibilidad de aplicar la norma concordataria sobre la inscripción del matrimonio en general, a las normas del Código canónico sobre el propio matrimonio secreto (Cs. 1105 y sgts.).

Nos parece, por tanto, acertado lo que sostiene FUENMAYOR en este punto, que resume del siguiente modo:

«1) Que debe mantenerse el régimen del artículo 79 del Código civil en todo lo relativo al modo de practicar la inscripción en el Registro secreto de la Dirección general y, en su caso, del Juzgado municipal competente.

2) Que debe, consiguientemente, limitarse la amplitud de la fórmula concordataria, permitiendo únicamente—a solicitud de cualquiera de las partes, o quien tenga un interés legítimo en promoverla—la transcripción del matrimonio en los casos en que permite el Código de Derecho canónico la publicación del matrimonio de conciencia.

3) Que debe estimarse denegado lo dispuesto en el apartado primero del artículo 79 del Código civil, sometiendo el matrimonio de conciencia a la regla general del número cuarto del Protocolo. Sólo en el caso de transcripción tardía en el Registro municipal, podrá pretender el tercero que se le respeten los derechos que adquiriera legítimamente antes de ella. Y en los demás casos—cuando la transcripción se realice dentro de los cinco días inmediatos a la celebración— se entenderá, sin excepción alguna, que los efectos civiles del matrimonio regirán a partir de la fecha de la celebración canónica» (24).

5. *Prueba civil del matrimonio canónico.*—Dedica el Código una sección del Capítulo I del Título referente al matrimonio, a la prueba del mismo, y aunque dicha sección figura a continuación de la que contiene las «disposiciones comunes a ambas formas de matrimonio», nuestra doctrina estima también aplicables las normas sobre prueba matrimonial, al matrimonio canónico, es decir, a la prueba en el orden civil de dicho matrimonio. Dichas normas son las siguientes:

a) «Los matrimonios celebrados antes de regir este Código, se probarán por los medios establecidos en las leyes anteriores. Los contraídos después se probarán sólo por certificación del acta del Registro civil, a no ser que los libros de éste no hayan existido o hubiesen desaparecido, o se suscite contienda ante los Tribunales, en cuyos casos será admisible toda especie de prueba» (art. 53).

b) «En los casos a que se refiere el párrafo segundo del artículo ante-

(24) FUENMAYOR, loc. cit., p. 112.

rior, la posesión constante de estado de los padres, unida a las actas de nacimiento de sus hijos en concepto de legítimos, será uno de los medios de prueba del matrimonio de aquellos, a no constar que alguno de los dos estaba ligado por otro matrimonio anterior» (art. 54).

c) «El casamiento contraído en país extranjero, donde estos actos no estuviesen sujetos a un registro regular o auténtico, pueden acreditarse por cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho» (art. 55).

En relación con el matrimonio de los españoles en el extranjero, la ley de Registro civil de 17 de junio de 1870, dispone que dichos matrimonios se inscribirán en el Registro especial que han de llevar los agentes diplomáticos y consulares de España (art. 4.º), cuyas inscripciones son sin embargo provisionales en el sentido de que por dichos Agentes se han de remitir copias a la Dirección general, que en caso de tratarse de personas con domicilio conocido en España, las remitirá a su vez al Registro del Juez municipal correspondiente (arts. 24 y 25 de la ley Registro civil).

La R. O. de 4 de junio de 1915 ordenó la inscripción de los matrimonios celebrados por españoles en el extranjero, a solicitud de los interesados, háyase celebrado el matrimonio con o sin asistencia del Cónsul y reconózcale o no eficacia civil la legislación del país en que tenga lugar. Y de modo terminante, la R. O. de 16 de mayo de 1921 dispone que los matrimonios de españoles en el extranjero, celebrados conforme a las disposiciones de la Iglesia católica, pueden ser transcritos en los libros del Registro civil, tanto a cargo de los Jueces municipales, como de los Cónsules, siempre que aparezca indudable la nacionalidad española de los contrayentes, o del contrayente varón, y que el documento que deba transcribirse, por la autoridad eclesiástica competente y su autenticidad no ofrezca duda, puesto que según los artículos 42, 75 y 76 del Código, los matrimonios canónicos producen todos los efectos civiles.

III. COMPETENCIA PARA CONOCER LOS PLEITOS SOBRE NULIDAD Y DIVORCIO DEL MATRIMONIO CANONICO Y SUS EFECTOS CIVILES

Ya vimos que el sistema establecido por el Código civil, nuevamente imperante después de la derogación de las leyes de matrimonio civil de 28 de junio de 1932 y de divorcio de 2 de marzo del mismo año, reconoce la competencia de la Santa Iglesia tanto para regular el matrimonio canónico, forma que han de observar los que profesen la religión católica (art. 42, 75, 76 y 77), como para resolver jurisdiccionalmente los pleitos de nulidad o divorcio de dicho matrimonio (art. 80).

En efecto, y por lo que respecta a la competencia para conocer de dichos pleitos, dispone el Código, que «el conocimiento de los pleitos sobre nulidad y divorcio de los matrimonios canónicos corresponde a los Tribunales eclesiásticos» (art. 80). Esta competencia exclusiva de la Iglesia, está nuevamente reafirmada en el vigente Concordato, que como también vimos dispone que «el Estado español reconoce la competencia exclusiva de los Tribunales y Dicasterios eclesiásticos en las causas referentes a la nulidad del matrimonio canónico y a la separación de los cónyuges, en la dispensa del matrimonio rato y no consumado y en el procedimiento relativo al Privilegio Paulino» (art. XXIV, núm. 1).

Ahora bien, la competencia reconocida a los Tribunales eclesiásticos para el conocimiento de los pleitos de nulidad y divorcio del matrimonio canónico, no afecta a las consecuencias derivadas de la simple incoación de tales pleitos, o de las sentencias firmes dictadas por tales Tribunales eclesiásticos, pues dichas consecuencias implican la ejecución de determinadas medidas, bien provisionales, frente a la incoación de dichos pleitos, bien definitivas, cuando se dicte sentencia firme resolviéndolos, y la *ejecución* de dichas medidas provisionales o definitivas queda reservada a los

Tribunales civiles o estatales. Dicha ejecución de lo acordado por los Tribunales eclesiásticos, pertenece a los llamados *efectos civiles del matrimonio canónico*, respecto a los cuales el propio Código de Derecho canónico, reconoce la competencia del Estado, al decir, que «el matrimonio de los bautizados se rige no sólo por el derecho divino, sino también por el canónico, sin perjuicio de la competencia de la potestad civil, sobre los efectos meramente civiles del mismo matrimonio» (c. 1016) (25).

De acuerdo con esta doctrina de la separación de la competencia para conocer las causas matrimoniales canónicas, reservada al Tribunal eclesiástico, y los *efectos civiles* de las sentencias recaídas en dichas causas, atribuida al Tribunal civil, dispone el Código, que «los efectos civiles de las demandas y sentencias sobre nulidad de matrimonio y sobre divorcio sólo pueden obtenerse ante los Tribunales ordinarios» (art. 67), añadiendo que, «incoada ante el Tribunal eclesiástico una demanda de divorcio o de nulidad de matrimonio, corresponde al Tribunal civil dictar, a instancia de la parte interesada, las disposiciones referidas en el artículo 68» (art. 81), y que «la sentencia firme de nulidad o divorcio del matrimonio canónico se inscribirá en el Registro civil, y se presentará al Tribunal ordinario para solicitar su ejecución en la parte relativa a los efectos civiles» (art. 82). De esta forma tanto las medidas provisionales, como las definitivas, a que antes nos referíamos, y que estudiaremos después, quedan reservadas a la competencia del Estado, que viene así a dar ejecución práctica a lo resuelto por la Iglesia.

También el vigente Concordato de 1953, reconoce ser de la competencia del Estado la ejecución de los efectos civiles de la nulidad o separación decretada en el matrimonio canónico por Tribunales eclesiásticos, pues contiene las siguientes normas:

a) «Incoada y admitida ante el Tribunal eclesiástico una demanda de separación o de nulidad, corresponde al Tribunal civil dictar, a instancia de la parte interesada, las normas y medidas precautorias que regulen los efectos civiles relacionados con el procedimiento pendiente» (art. XXIV, ap. 2).

b) «Las sentencias y resoluciones de que se trate, cuando sean firmes y ejecutivas, serán comunicadas por el Tribunal eclesiástico al Tribunal civil competente, el cual decretará lo necesario para su ejecución en cuanto a efectos civiles y ordenará—cuando se trate de nulidad, de dispensa *super rato* o aplicación del Privilegio Paulino—que sean anotadas en el Registro del Estado civil al margen del acta de matrimonio» (art. XXIV, ap. 3).

(25) V. también los canones 1960 y 1961.

c) «En general todas las sentencias, decisiones en vía administrativa, y decretos emanados de las Autoridades eclesiásticas en cualquier materia dentro del ámbito de su competencia, tendrán también efecto en el orden civil, cuando hubieren sido comunicados a las competentes Autoridades del Estado, las cuales, prestarán, además, el apoyo necesario para su ejecución» (art. XXIV, ap. 4).

IV. EFECTOS CIVILES DE LA NULIDAD DEL MATRIMONIO CANONICO

1. *Efectos provisionales.*—La mera incoación de un pleito sobre nulidad de matrimonio, lleva consigo la necesidad de adoptar ciertas medidas perentorias encaminadas a salvaguardar tanto la necesaria independencia de la mujer mientras el pleito se tramita, y el posible perjuicio que en la administración de sus bienes le ocasione el marido, como el cuidado de los hijos. Se trata por tanto de medidas provisionales, que cesarán al resolverse el pleito, o según los casos, se elevarán a definitivas. Dichas medidas son comunes al matrimonio canónico y al civil y como después veremos son las mismas también para el caso de pleitos de divorcio o separación, y se encuentran reguladas por el Código civil (arts. 67 y sigts.), y por la ley de enjuiciamiento civil en lo que afecta al depósito de la mujer (arts. 1880 y sigts.).

Según el art. 68 del Código civil, «interpuestas y admitidas las demandas de (nulidad de matrimonio y divorcio), se adoptarán, mientras durare el juicio, las disposiciones siguientes:

- 1.º Separar los cónyuges en todo caso.
- 2.º Depositar la mujer en los casos y forma prevenidos en la Ley de Enjuiciamiento civil.
- 3.º Poner los hijos al cuidado de uno de los cónyuges, o de los dos, según proceda.
- 4.º Señalar alimentos a la mujer y a los hijos que no queden en poder del padre.
- 5.º Dictar las medidas necesarias para evitar que el marido que hubiese dado causa al divorcio o contra quien se dedujese la demanda de nulidad del matrimonio, perjudique a la mujer en la administración de sus bienes».

En relación con el cónyuge que ha de hacerse cargo de los hijos, este precepto no lo resuelve de modo explícito, limitándose a decir, que quedan al cuidado de uno de los cónyuges o de los dos «según proceda» (disposición 3.^a), con lo cual se ha planteado en nuestra doctrina la cuestión de si procederá aplicar las soluciones previstas en el propio Código para cuando de modo definitivo hay que resolver esta cuestión, después de dictarse sentencia firme de nulidad o divorcio (arts. 70, 71 y 73), tesis defendida por SANCHEZ ROMÁN, o más bien habrá que acudir al art. 1887 de la ley de enjuiciamiento civil, como piensa DE DIEGO, ya que mientras no haya sentencia no cabe hablar de buena o mala fe de los cónyuges, y aquellos preceptos del Código dictados para después de existir sentencia se basan en la distinción de la buena fe e inocencia o mala fe y culpabilidad de los cónyuges. Por el contrario el criterio del citado art. 1887, es puramente objetivo al disponer que los hijos que no tuvieren tres años cumplidos quedarán en poder de la madre y los que pasen de esta edad en poder del padre, hasta que en el juicio correspondiente se decida lo que proceda. El Tribunal Supremo, aun partiendo de la aplicación del repetido art. 1887, lo aplica no de modo automático, sino flexible, estableciendo que depositado un niño en poder de la madre, y cumplidos después los tres años, puede acordarse que continúe en poder materno (S. 26 junio 1916) y que es forzoso reconocer las modernas orientaciones del derecho, en orden a dar al juzgado de instancia amplias facultades discrecionales para resolver en cada caso y momento del depósito de personas lo más conveniente al interés de los hijos (S. 14 diciembre 1931).

2. *Efectos definitivos.*—La declaración de la nulidad del matrimonio hecha por el competente Tribunal eclesiástico o civil, según se trate de un matrimonio canónico o civil, produce la desaparición del matrimonio que aparentemente existía, de tal forma que en adelante no puede considerarse como tal y en cuanto al pasado hay que estimarlo como si no hubiese existido. Por consecuencia el efecto fundamental de la nulidad, es la absoluta libertad de los cónyuges, que son libres de contraer nuevo matrimonio, ya que nunca han estado casados *válidamente*; por lo tanto no se trata propiamente de la extinción de un vínculo existente, sino de la constatación de la inexistencia de un vínculo, y por ello los efectos tienen eficacia retroactiva. Ahora bien, como serían en muchos casos injustas las consecuencias que acarrearía ese matrimonio nulo, la doctrina del matrimonio putativo, viene a remediar dichas consecuencias atenuando su rigor. De ello nos ocuparemos separadamente a continuación.

El Código, para el caso de la nulidad del matrimonio declarada por

sentencia firme, dicta las siguientes reglas, para resolver de modo definitivo la situación de los hijos del matrimonio y de los bienes de los cónyuges.

a) Situación de los hijos: Los arts. 70 y 71 disponen lo siguiente:

1.º «Los hijos e hijas menores de tres años estarán en todo caso, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre, a no ser que, por motivos especiales, dispusiere otra cosa la sentencia» (art. 70, ap. 4).

2.º «Ejecutoriada la nulidad del matrimonio, quedarán los hijos varones mayores de tres años al cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe» (art. 70, ap. 1), salvo que de común acuerdo proveyeren de otro modo los cónyuges (art. 71).

3.º «Si la buena fe hubiese estado de parte de uno solo de los cónyuges, quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos» (art. 70, ap. 2), salvo que también en este caso, los cónyuges libremente hubiesen proveído de otro modo al cuidado de los hijos (art. 71).

4.º «Si la mala fe fuere de ambos (cónyuges), el Tribunal resolverá sobre la suerte de los hijos en la forma que dispone el párrafo segundo del número 2.º del art. 73» (art. 70, ap. 3), es decir, nombrando un tutor.

b) Situación de los bienes: «La ejecutoria de nulidad producirá, respecto de los bienes del matrimonio, los mismos efectos que la disolución por muerte, pero el cónyuge que hubiera obrado de mala fe no tendrá derecho a los gananciales. Si la mala fe se extendiera a ambos, quedará compensada» (art. 72).

3. *Especial consideración del matrimonio putativo* (26).—Matrimonio putativo es un matrimonio nulo en el que concurre la circunstancia de que su nulidad es ignorada por alguno de los cónyuges o por ambos, el cual (o los cuales) lo han contraído por tanto de buena fe, en la creencia de su validez. Así pues, si objetivamente el matrimonio putativo, es simplemente un matrimonio nulo, subjetivamente es un matrimonio nulo, contraído de buena fe y de aquí su denominación de *putativus*, considerado ser lo que no es. En consideración a dicha buena fe, surge en el derecho canónico la doctrina del matrimonio putativo, como una atenuación al rigor de los efectos de la nulidad del matrimonio, según la

(26) VALVERDE, *El art. 69 del Código civil*. (Revista de los Tribunales, XXVIII, 1894, p. 719); COVIAN, *Matrimonio putativo*. (Enciclopedia Jurídica Española, XXII, p. 90); FUENMAYOR, *El derecho sucesorio del cónyuge putativo*. (RGLJ, t. 170, 1941, 434).

MONEL, *Étude historique du mariage putatif* (thèse, París, 1913); GALLARDO, *L'institution du mariage putatif en droit français* (thèse, París, 1938); CARON, *Les conditions du mariage putatif* (thèse, Lille, 1939); GAUBEMET, *Du mariage putatif et de ses effets* (Dijon, 1865); DOLIVO, *Le mariage, ses effets et sa dissolution en Droit soviétique* (Lausanne, 1936).

GALGANO, *Sulla storia del matrimonio putativo* (Rivista di diritto civile, XXIII, 1921, p. 438); CRISAFULLI, *Il matrimonio putativo in Diritto civile* (Torino, 1915); ANDRADE PIERES DE LIMA, *O casamento putativo no direito civil português* (Coimbra, 1929).

cual, declarada la nulidad ésta debería producir efectos retroactivos; la doctrina del matrimonio putativo suprime dicha retroactividad, por lo que la nulidad no producirá efectos más que en el futuro.

Fué en el siglo XII, cuando aparece la doctrina del matrimonio putativo en las obras doctrinales (PEDRO LOMBARDO y otros). Según PLANIOL, fué obra de la doctrina y no de la legislación y tuvo por causa probablemente la exageración de las prohibiciones del matrimonio entre parientes, que exponía a un gran número de personas, a contraer matrimonios nulos de absoluta buena fe, por lo que se hizo preciso encontrar un paliativo (27). El Código francés aceptó la doctrina del matrimonio putativo (art. 201), pasando por su influencia a la mayoría de las legislaciones latinas.

Nuestro Código civil también acepta esta especialidad de la nulidad matrimonial, disponiendo que «el matrimonio contraído de buena fe produce efectos civiles, aunque sea declarado nulo. Si ha intervenido buena fe de parte de uno solo de los cónyuges, surte únicamente efectos civiles respecto de él y de los hijos. La buena fe se presume si no consta lo contrario. Si hubiere intervenido mala fe por parte de ambos cónyuges, el matrimonio sólo surtirá efectos civiles respecto de los hijos» (art. 69).

El requisito fundamental del matrimonio putativo, es pues la buena fe, de ambos o al menos de uno de los cónyuges. Pero, como advierte la doctrina, es preciso también que exista una condición previa, a saber, que se trate al menos de una *apariencia de matrimonio* (28). Hemos de examinar, por tanto ambos requisitos, apariencia de matrimonio y buena fe.

El requisito de la apariencia de matrimonio hace innecesaria la doctrina del matrimonio putativo en aquellos casos en que faltan las condiciones de existencia de todo matrimonio. La doctrina partidaria de la categoría de la inexistencia como distinta de la nulidad, considera con perfecta lógica, que el matrimonio putativo puede aplicarse a los casos de nulidad matrimonial, pero no a los de inexistencia, excluyendo por tanto los de identidad de sexo, falta absoluta de consentimiento o celebración (29).

En cuanto a la *buena fe*, ya hemos visto que es el elemento decisivo, la razón de ser de la doctrina del matrimonio putativo, por lo que en rigor, no cabría aplicarla si al menos uno de los cónyuges, no era de buena fe, es decir, si ninguno de los cónyuges ignoraba que el matrimonio no podía contraerse válidamente. Sin embargo el Código español, ha hecho una extensión de los efectos del matrimonio putativo en favor de

(27) PLANIOL, I, n.º 1041, p. 376, 4.ª ed. París, 1948.

(28) PLANIOL, I, n.º 1042; FUENMAYOR (RGLJ, I, 170, 1041, p. 432 ss.); CASTÁN, V, p. 473, 7.ª ed.

(29) V. los autores citados en la nota anterior.

los hijos, pues según el citado art. 69, último apartado, «si hubiere intervenido mala fe por parte de ambos cónyuges, el matrimonio sólo surtirá efectos civiles respecto de los hijos». Es decir, que la nulidad del matrimonio, no impide a pesar de la mala fe de los cónyuges, los efectos civiles en favor de los hijos. Esta generosa disposición, que evidentemente cae fuera de la órbita tradicional de la doctrina del matrimonio putativo, ha sido objeto en nuestra doctrina de encontrados comentarios, siendo más bien favorables los de la doctrina más reciente (30).

(30) V. en contra SÁNCHEZ ROMÁN (V-1.º, p. 912). En favor: MANRESA, *Comentario al art. 69*, CASTÁN (V, 472), PUIG PEÑA, ROYO.

V. EFECTOS CIVILES DE LA SEPARACION O DIVORCIO EN EL MATRIMONIO CANONICO

1. *Efectos provisionales.*—Ya dijimos al tratar de los efectos de la nulidad, que estos eran o provisionales o definitivos, y lo mismo acontece con los efectos de la separación personal o divorcio no vincular de los cónyuges. Las medidas provisionales corresponden al período de tramitación de los correspondientes pleitos de separación, bien ante los Tribunales eclesiásticos, cuando se trate de matrimonio canónico, bien ante los Tribunales civiles, cuando afecte a un matrimonio civil. Las medidas o efectos definitivos son las correspondientes a la ejecución de la sentencia que resuelva dichos pleitos. Respecto a los efectos provisionales ya dijimos también que eran los mismos para el caso de nulidad que para el de divorcio o separación, y por tanto nos remitimos a lo allí expuesto en relación con el art. 68 del Código que regula tales efectos.

2. *Efectos definitivos.*—Los efectos definitivos de la sentencia de divorcio, es decir, de separación personal, están regulados por el Código en el art. 73. Dicha regulación es aplicable tanto si se trata de matrimonio canónico como si lo fuese civil, ya que como hemos visto, los efectos civiles de la sentencia firme de divorcio canónico hay que ejecutarlos por medio de los Tribunales ordinarios o civiles (art. 82).

Los efectos que producirá la sentencia firme de divorcio, canónico o civil serán, según el citado art. 73, los siguientes:

«1.º La separación de los cónyuges.

2.º Quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente.

Si ambos fueren culpables, se proveerá de tutor a los hijos, conforme

a las disposiciones de este Código. Esto no obstante, si la sentencia no hubiera dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado, en todo caso, a los hijos menores de tres años.

A la muerte del cónyuge inocente volverá el culpable a recobrar la patria potestad y sus derechos, si la causa que dió origen al divorcio hubiese sido el adulterio, los malos tratamientos de obra o las injurias graves. Si fué distinta, se nombrará tutor a los hijos. La privación de la patria potestad y de sus derechos no exime al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que este Código le impone respecto de sus hijos.

3.º Perder el cónyuge culpable todo lo que le hubiese sido dado o prometido por el inocente o por otra persona en consideración a éste, y conservar el inocente todo cuanto hubiese recibido del culpable; pudiendo, además, reclamar desde luego lo que éste le hubiera prometido.

4.º La separación de los bienes de la sociedad conyugal y la pérdida de la administración de los de la mujer, si la tuviere el marido, y si fuere quien hubiese dado causa al divorcio.

5.º La conservación, por parte del marido inocente, de la administración, si la tuviere, de los bienes de la mujer, la cual solamente tendrá derecho a alimentos».

Otros preceptos del Código añaden otros efectos o repiten alguno de los ya expuestos, a saber:

a) El cónyuge culpable del divorcio pierde su cuota legal usufructuaria que normalmente le correspondería (art. 834).

b) Si la separación se acordase por haber dado motivo para el divorcio el marido, perderá éste la administración de los bienes de la mujer, entrando ésta en la administración de su dote y de los demás bienes que por resultado de la liquidación le hayan correspondido (art. 1436, ap. 2, coincidente con lo dispuesto en el art. 73, n.º 4º).

c) «La facultad de administrar los bienes del matrimonio, otorgada por este Código al marido, subsistirá cuando la separación se haya acordado a su instancia; pero no tendrá la mujer en este caso derecho a los gananciales ulteriores, y se regularán los derechos y obligaciones del marido por lo dispuesto en las secciones segunda y tercera, capítulo III de este título» (art. 1435; v. art. 73, n.º 5).

3. *Efectos de la reconciliación de los cónyuges divorciados.*—«La reconciliación pone término al juicio de divorcio y deja sin efecto ulterior la sentencia dictada en él; pero los cónyuges deberán poner aquella en conocimiento del Tribunal que entienda o haya entendido en el litigio:

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, subsistirán, en cuanto a los hijos, los efectos de la sentencia cuando ésta se funde en el

conato o la connivencia del marido o de la mujer para corromper a sus hijos y prostituir a sus hijas; en cuyo caso, si aún continúan los unos o las otras bajo la patria potestad, los Tribunales adoptarán las medidas convenientes para preservarlos de la corrupción o prostitución» (art. 74).

«Cuándo cesare la separación por la reconciliación en caso de divorcio (o por haber desaparecido la causa en los demás casos), volverán a regirse los bienes del matrimonio por las mismas reglas que antes de la separación, sin perjuicio de lo que durante ésta se hubiese ejecutado legalmente. Al tiempo de reunirse harán constar los cónyuges, por escritura pública, los bienes que nuevamente aporten, y estos serán los que constituyan respectivamente el capital propio de cada uno. En el caso de este artículo, se reputará siempre nueva aportación la de todos los bienes, aunque en parte o en todo sean los mismos existentes antes de la liquidación practicada por causa de la separación» (art. 1439).