

# Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870-1978)

IVAN C. IBAN

**SUMARIO:** I.—Introducción. II.—La regulación del matrimonio en España hasta 1870. Inexistencia del matrimonio civil. III.—La primera ley moderna en materia matrimonial: Ley de 1870. El matrimonio civil como único matrimonio posible. IV.—La promulgación del Código civil y el establecimiento de un sistema matrimonial mixto. El término “profesar la religión católica”, primera normativa interpretadora del artículo 42. V.—La legislación matrimonial de la II República española. Establecimiento de un sistema de matrimonio civil obligatorio. VI.—Matrimonio civil y matrimonio canónico desde 1938 hasta la actualidad. La reforma de 1958. Las interpretaciones administrativas del artículo 42.

## I.—INTRODUCCION

La simple enumeración de las disposiciones legislativas de máximo nivel (Leyes constitucionales y ordinarias), que han regulado la celebración del matrimonio en España en el último siglo, llevaría a la errónea conclusión de que el legislador se ha manifestado como especialmente conservador en tal materia. En efecto, han transcurrido largos períodos —décadas, en ocasiones— sin que ninguna ley tratase de modificar la regulación matrimonial. Cualquiera especialista, sin embargo, es sabedor de que, por el contrario, tal calma aparente en la regulación del matrimonio se ha visto alterada con notable frecuencia en la práctica.

El propósito de este trabajo no es otro que el de realizar un catálogo, con pretensiones de exhaustividad, de las disposiciones de todo rango que han incidido en la regulación de la celebración del matrimonio. Más específicamente, nos hemos limitado a recoger aquellas disposiciones que han afectado a un punto esencial de la reciente Historia de la legislación española: cual ha sido la clase de matrimonio que se ha podido celebrar en España y, en los supuestos de pluralidad de clases, cuales han sido los requisitos necesarios para acceder a una u otra clase de matrimonio.

No pretendemos realizar una historia del sistema matrimonial español (concepto que ni tan siquiera definiremos). Sólo pretendemos realizar una historia de la legislación, entendiendo por legislación las disposiciones normativas dictadas con pretensión de generalidad (1).

Renunciaremos a estudiar las disposiciones dictadas por la Administración para resolver casos específicos (singularmente las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado), las interpretaciones doctrinales de tal o cual disposición, y las Sentencias dictadas por los Tribunales, y en especial por el Tribunal Supremo, para la interpretación y aplicación de una determinada norma o grupo normativo. Todo ello, y en especial la Jurisprudencia del Supremo, son elementos esenciales para determinar el sistema matrimonial vigente en España en un momento dado. Pero junto a ello la legislación ocupa un importante lugar, en ocasiones determinante, de ella nos vamos a ocupar.

## II.—LA REGULACION DEL MATRIMONIO EN ESPAÑA HASTA 1870. INEXISTENCIA DEL MATRIMONIO CIVIL

La regulación del matrimonio en España, hasta fechas muy recientes, constituye prácticamente una incógnita histórico-jurídica. No existe una obra que analice con precisión y en una visión de conjunto tan importante tema. Todos los factores se combinan para hacer de tan dilatado período, un período de oscuridad en materia legislativa. La inexistencia de la unidad jurisdiccional en España, derivada de la ausencia de unidad política; la ausencia de una regulación clara y concreta por parte del Derecho canónico del matrimonio hasta Trento; el ser la distinción entre clase y forma de matrimonio algo desconocido; todos ellos y otros muchos factores dificultan extraordinariamente cualquier investigación al respecto.

En toda la historia del sistema matrimonial español un año resulta clave: 1870; desde entonces se puede hablar de sistemas matrimoniales, hasta entonces nos encontramos en la prehistoria del sistema matrimonial. No es esta una peculiaridad de España, tal situación se da en todo el ámbito jurídico próximo al nuestro, si bien las fechas de arranque de la historia del sistema matrimonial son —es obvio— diversas.

Nuestra civilística, que es quien ha elaborado y manejado el concepto de sistema matrimonial, ha adoptado tres posturas ante tal situación de penuria de datos:

---

(1) Haremos alguna excepción, como se verá más adelante. Nos referimos a aquellas disposiciones que habiendo nacido para resolver un caso concreto, sin embargo lograron en la práctica una eficacia general.

1.—Renunciar al estudio de tal período (2).

2.—Renunciar al estudio, o aludir brevemente a algunos aspectos parciales, hasta 1564, y considerar que con la Real Cédula de 12 de julio de 1564 se establece un sistema de matrimonio religioso obligatorio (3).

3.—Considerar que el sistema matrimonial español es de matrimonio religioso obligatorio hasta 1870, sin especificar el momento en que se inicia tal sistema (4).

En cualquier caso, es lugar común en la doctrina el considerar, ya sea manifestándolo explícitamente, ya sea deducible del tenor del texto, que el único matrimonio existente en España en este período es el matrimonio religioso obligatorio (5). Tal deducción es, con toda probabilidad, exacta, pero requiere de ciertas matizaciones.

Es importante insistir en que la diferencia entre clase y forma de matrimonio, en el sentido que hoy se da a tal distinción, no aparece con claridad en tal época. La palabra forma de matrimonio sí tendrá algún sentido; se entenderá por forma en tal período el conjunto de ritos y formalidades externas que acompañan a la celebración del matrimonio (6). Pero si la expresión forma de matrimonio podía tener algún sentido, la palabra clase carecía de sentido alguno, al menos del que se le da en la actualidad.

No se puede hablar de un sistema de matrimonio religioso obligatorio, ya que si bien el matrimonio religioso es el único posible, ello no se deriva de una opción del legislador civil, sino del hecho de que no hay posibilidad de opción, puesto que el legislador civil ni siquiera se puede plantear la posibilidad de regular el matrimonio al margen de la Iglesia.

En definitiva, hasta 1870, el concepto de sistema matrimonial es un concepto inexistente, ya que uno de los elementos necesarios para que se pueda formular un sistema matrimonial es el matrimonio civil y no se puede hablar de esa figura en tal período.

La anterior afirmación no sería cierta de haber existido un

---

(2) PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos en Derecho Civil*, tomo IV, volumen I, «El matrimonio y el régimen matrimonial de bienes», Barcelona, 1967; ALBALADEJO, Manuel, *Manual de Derecho de Familia y sucesiones*, Barcelona, 1974.

(3) LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHEZ REBULLIDA, Francisco de Asís, *Derecho de Familia*, I, segunda edición, Barcelona, 1974, pág. 27; ESPÍN, Diego, *Manual de Derecho Civil Español*, volumen IV, 3.ª edición, Madrid, 1972, pág. 22.

(4) PUIG PEÑA, Federico, *Tratado de Derecho Civil Español*, tomo II, «Derecho de Familia», volumen I, «Teoría General del Matrimonio», Madrid, 1953, pág. 57; BONET RAMÓN, Francisco, *Compendio de Derecho Civil*, tomo IV, «Derecho de Familia», Madrid, 1960, pág. 63.

(5) Existe una notable excepción, a tal sentir general, que es la postura mantenida por SÁNCHEZ ROMÁN, a la que aludiremos más adelante.

(6) Puede verse un resumen de algunas de ellas en GONZÁLEZ, Jerónimo, *Formas y ritos matrimoniales*, «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», tomo V, 1929, págs. 593-609, 683-691, 809-826 y 913-928.

matrimonio civil en España con anterioridad a 1870; ello nos obliga a aludir, siquiera sea muy brevemente, a la posición de Sánchez Román.

Sánchez Román afirma textualmente: «...Desde que España se constituyó en nacionalidad, con vida y derecho propio, a principios del siglo v, hasta que muy vencido el xvi, Felipe II introdujo, como legislación del Estado en materia matrimonial, la Reforma Tridentina, más bien puede decirse que coexisten las formas *civil y religiosa* del matrimonio; y por consiguiente, que se mantuvo en las leyes españolas el concepto de la secularización jurídica del matrimonio por un número de siglos evidentemente mayor que los *trescientos ocho años* en los que subsiste como *exclusivo* el matrimonio *canónico*, después de la Real cédula de aquel monarca, no obstante el influjo social del clero y su intervención en la vida pública del país y hasta en las funciones del poder» (7). Dos aclaraciones son necesarias: 1.—Aunque Sánchez Román emplee la palabra «formas», estimamos que no la emplea en el sentido actual de la palabra, sino que, más bien —y así se deduce del contexto— se quiere referir a clase. 2.—El matrimonio en forma civil a que se refiere, es el llamado matrimonio a yuras, como se puede deducir de su afirmación: «Hasta la celebración del Concilio de Trento coexistió, al lado del matrimonio solemne religioso *in facie Ecclesiae*, el llamado primitivamente a *yuras* y después *presunto* o clandestino, por falta de párroco, y aún la ley otorgó cierta consideración civil a las imperfectas relaciones de los sexos que tomaron el nombre de barraganías» (8).

La doctrina posterior ha rechazado con toda fuerza la tesis de Sánchez Román. En algunos casos, la no adhesión a tal postura se desprende de la forma de enfocar el problema; el caso típico se da cuando se alude al sistema matrimonial español anterior a 1870 y se le califica como de matrimonio religioso (9). Otros autores, aun sin mencionarlo, tienen en su mente la afirmación y la rechazan (10). Por último, algunos aluden expresamente a la afirmación de Sánchez Román, así, por ejemplo, Puig Peña dice: «En [la Edad Media]... aunque se hayan reconocido y regulado distintas formas de matrimonio celebrado *in facie ecclesiae*, coexiste el llamado primitivamente matrimonio *a yuras*, y después, presunto o clandestino. Pero esta dualidad matrimonial, ¿puede dar a entender la coexistencia del matrimonio religioso con el civil? Así lo

(7) SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil*, tomo V, volumen I, «Derecho de Familia», segunda edición, Madrid, 1912, pág. 408.

(8) SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, ob. cit., pág. 404.

(9) No es necesario repetir anteriores citas.

(10) Así, por ejemplo: «Es un hecho históricamente incontrovertible que el matrimonio civil no es conocido en nuestra legislación hasta el año de gracia de 1870...». CARRIÓN OLMOS, Salvador, *Historia y futuro del Matrimonio Civil en España*, Madrid, 1977, pág. 55; «...inexistencia [en España] del matrimonio civil hasta el año 1870...». ALONSO PÉREZ, Mariano, *Matrimonio civil y divorcio*, en «Estudios de Derecho civil en honor del profesor Batlle Vázquez», Madrid, 1978, pág. 49.

entendió Sánchez Román... Estudios posteriores, sin embargo, han determinado que la naturaleza del matrimonio *a yuras* era bien distinta» (11). La práctica unanimitad doctrinal, nos exime de cualquier ulterior precisión. En definitiva, con anterioridad al siglo XIX (12) el matrimonio civil es una institución desconocida. Con anterioridad a 1870 no se puede hablar de sistema matrimonial.

La inexistencia del matrimonio civil, y la inexistencia de un sistema matrimonial, no implica que el legislador civil no pretenda regular algunos aspectos del matrimonio. El legislador civil no se limita a abstenerse de regular el matrimonio (lo que sería una remisión tácita al Derecho canónico), o a remitirse expresamente al Ordenamiento canónico; el legislador va más lejos y regula algunos aspectos, que sin afectar al fondo, inciden sobre el matrimonio. Los ejemplos son numerosísimos, y naturalmente no aludiremos a todos ellos, señalaremos solamente algunos, que permitan dejar constancia de que efectivamente tal regulación ha existido históricamente en España.

Así, si acudimos al Fuero de Soria (1109-1114), encontramos que su capítulo XXX lleva como título: «Capítulo de los casamientos».

Por su parte, el Fuero de Coria (anterior a 1227), regula diversos aspectos relativos a las sanciones por contraer matrimonio sin autorización paterna, matrimonio de viudas, o sanciones por abandono de familia. La transcripción de algunos de tales preceptos nos eximirá de ulteriores comentarios:

— 60 «Manceba en cabello que ascondamientre, sin sus parientes, tomar marido, sea deseredada. E el que la recibiere ixca por enemigo de sus parientes.»

— 62 «Manceba en cabello huerfana, los parientes de anbas las partes la casen. E si los parientes de la una parte la casaren, los que la casaren salgan por enemigos, e pechen el coto a los otros parientes, como si la matasen.»

— 63 «Biuda no faga boda en domingo, nin vaya cavallera, ni tome marido antes d'anno. E si lo recibier, peche la colona asi como dicho es.»

— 75 «Mugier que antes de anno tomar marido, peche III maravedis a los alcaldes de la hermandad. E si con mandado de los alcaldes casare, peche dos maravedis. E si mugier prennada recibier marido, sea deseredada e tomen la mitad del aver, tambien mueble como raiz, los parientes del muerto, e la otra meatad tomen poral castillo. El que recibiere por mugier, si muerta fue

---

(11) PUIG PEÑA, Federico, ob. cit., pág. 60.

(12) Sería interesante determinar el momento exacto en el que aparecen, a nivel doctrinal, las primeras alusiones a un matrimonio civil. No es tarea que corresponda realizar aquí.

la criatura, peche la colonna e salga por enemigo de las parientes: del muerto.

— 287 «Todo ome que su muger de benicion o de juras dexar, o ella a el, vaya al obispo o el que tovier sus vezes, e el obispo manda a los alcaldes que apierten que tornen el marido a la muger o la muger al marido. E si los alcaldes no acotaren ho no apartaren fasta que se ayunten en uno, e si ansi no fizieren, elos alcaldes sean perjuros e pechen X maravedis al obispo o al que tovier sus vezes. E el pariente que la anparar, peche diez maravedis al marido, cada día de trasnochar en casa del pariente» (13).

No realizaremos, ya lo hemos dicho, ningún comentario ulterior sobre estos textos (14).

Prosiguiendo esta rápida enumeración, meramente a título de ejemplo, podemos citar el Fuero Real, cuyo título I, libro III lleva como encabezamientos «De los casamientos». La enumeración de los encabezamientos de las leyes que componen este título, será suficiente para hacerse una idea general de su contenido, que es lo único que ahora pretendemos.

Ley I - No lleva encabezamiento. Haremos referencia a su contenido más adelante.

Ley II - Como la muger que casare sin licencia de los hermanos, no debe ser deseredada.

Ley III - Como la muger viuda, o que haya tenido amigo, o señor, si casare sin licencia de los parientes, no puede ser deseredada.

Ley IV - Como toda muger viuda puede casar sin licencia de su padre, e madre.

Ley V - Como la moza en cabello que casare sin licencia de su padre, o madre, no les sucede.

Ley VI - Como la moza que estuviera en poder de los parientes, si la no casaren fasta treinta años, pueda casar sin pena.

Ley VII - Como ninguno sea osado de casar contra los Mandamientos de la Sancta Iglesia.

Ley VIII - Que ninguno sea osado de casar, seyendo su muger viva.

Ley IX - Como antes de la cópula carnal habida, el marido, o la muger pueden entrar en religión.

Ley X - Como el matrimonio de futuro se desfaze por el matrimonio de presente.

---

(13) Aparece con toda claridad en este precepto el hecho de que el poder civil no cuestiona en absoluto la competencia del poder religioso en materia matrimonial. El aparato represivo para evitar el abandono de familia se pone en marcha por el obispo «o el que tovier sus vezes», aunque utilizando los instrumentos del poder secular. Por otra parte, es destacable de este precepto la mención de las dos formas de matrimonio («de benicion o de juras») sin establecer ninguna distinción; de seguir la postura de SÁNCHEZ ROMÁN, el matrimonio de juras sería un matrimonio civil, y entonces, ¿cómo explicar la intervención del obispo en su protección?

(14) Puede verse un comentario en: *El Fuero de Coria. Estudio Histórico-Jurídico*, por José MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, transcripción y fijación del texto, Emilio SÁEZ, Madrid, 1949.

Ley XI - Como ninguna muger puede casar con otro, fasta ser certificada de la muerte del otro primer marido.

Ley XII - Como ninguno puede casar con la muger que conoció viviendo la suya.

Ley XIII - Como la muger viuda no puede casar antes del año.

Ley XIV - Como ninguno case con la moza en cabello, sin licencia de su padre, o madre.

Al margen de la manifestación expresa de acatamiento a la legislación canónica, en las Leyes I y VII, se desprende de la lectura del Título completo un respeto general al sistema de la Iglesia católica.

Junto a las regulaciones amplias, valga la expresión, de diversos aspectos del matrimonio, también aparecen alusiones muy específicas o aspectos muy concretos, en diversos cuerpos, así por ejemplo la Ley LXII de las leyes de Estilo relativa a la prueba del adulterio, o la tan citada Ley XLIX de Toro (1505) (15) que supone una clara remisión expresa al ordenamiento canónico para la calificación de un matrimonio como clandestino.

Pondremos punto final a este brevísimo epígrafe con un análisis, algo más detallado, de dos disposiciones: la Ley de Partidas y la Real Cédula de 12 de julio de 1564.

La Partida cuarta lleva como título: «Que fabla de los desposorios, e de los casamientos».

Se abre esta Partida con el reconocimiento del origen divino de la institución matrimonial (16).

Su primer Título viene dedicado a la regulación de los desponsorios, que son «...el prometimiento que fazen los omes por palabra quando quieren casar...» (17).

El segundo título está dedicado a los casamientos; la definición que se da de casamiento es la siguiente: «Matrimonio es ayuntamiento de marido, e de muger, fecho con tal entención de beziv siempre en vno, e de non se departir; guardando lealtad cada vno dellos al otro e non se ayudando al varón a otra muger, nin ella a otro varón, biviendo ambos a dos» (18), y su origen es consensual (19). El resto del título está dedicado, prácticamente en su totalidad, a las causas que hacen nulo el matrimonio, la coinciden-

---

(15) «Mandamos que el que contragiere matrimonio que la Iglesia tuviere por clandestino con alguna muger, por el mismo hecho él y los que en ello interviniere y los que de tal matrimonio fueren testigos, incurran en perdimiento de todos sus bienes, et sean aplicados á nuestra Cámara, y sean desterrados de estos nuestros reinos, en los quales no entren, sopena de muerte; y que esta sea justa causa para que el padre y la madre puedan desheredar, si quisieren á sus hijos o hijas que el tal matrimonio contraxeren: lo cual otro ninguno no puda acusar sino el padre, y la madre, muerto el padre.»

(16) «... que fue fecho, e ordenado por Dios mismo en el Parayso...»

(17) P. 4, 1, 1.

(18) P. 4, 2, 1.

(19) «Consentimiento solo, con voluntad de casar, faze matrimonio». P. 4, 2, 5.

cia en este punto con el ordenamiento canónico es prácticamente total (20).

El título III está dedicado monográficamente a los «casamientos que se refazen encubiertos»; es éste uno de los problemas que más preocupa al legislador secular en materia matrimonial. La falta de seguridad jurídica que supone el hecho de que pueden existir matrimonios válidos no conocidos en el fuero externo, es, tal vez, uno de los mayores puntos de fricción entre el ordenamiento secular y el religioso, hasta que el Derecho Canónico pasa a reconocer la necesidad de una forma *ad validitatem* (21).

Distingue tres tipos de matrimonios «ascondidos»: 1. Cuando se realiza encubiertamente y sin testigos. 2. Cuando se celebra sin autorización del padre o de la madre y «nin le dan sus arras ante ellos, nin les fazen las otras onrras que Santa Iglesia», y 3. Cuando no se comunica a su parroquia (22).

Respecto a la posible nulidad de los matrimonios clandestinos, la Ley II de este mismo título es lo suficientemente clara como para que baste con su transcripción.

«Levantándose desacuerdo entre el marido, e la muger que fuessen casados ascondidamente, si aquel que se partiesse del otro casasse despues con otro, o con otra a paladinas, judgaria Santa Iglesia, que valiesse el segundo casamiento, e non el primero. Como quiez que el primero sea verdadero, e vale quanto a Dios, e aquellos quel fizieron. E esto sería, por la razón que es dicha en la fin de la ley ante desta. Otrosi, confessando, e conociendo manifiestamente, que eran marido e muger, algunos de los que diximos que avian casado en ascondido; vale su confesión, o su conoscencia: e deven los tener parende por marido, e por muger. Fuera ende, si despues desto apareciesse alguno, o alguna que dixesse que era casado, o casada con alguno dellos primero; e lo provasse segund manda Santa Iglesia. Ca estonce la conoscencia non embargaria el casamiento que assi fuesse provado. E como quier que tal conoscencia vala, para durar el casamiento, segund que es sobredicho; si algunos fiziessen otra conoscencia para se departir, como si dixesen que eran parientes, o cuñados, o otra cosa semejante; non valdria, a menos de lo provar, o a menos de ser tal fama en la mayor parte de la vezindad, que assi era como ellos noscieran. Pero si alguno destes cassados confesasse que fiziera adulterio, en tal razón seria creyda la conoscencia. E esto es, por que por tal conoscencia non se desfaze el matrimonio del todo, salvo e quanto a non se ayuntar carnalmente».

Es decir, tales matrimonios son válidos, pero como el poder secular trata de evitarlos establece algunas sanciones —nunca la nulidad, es obvio— en las siguientes Leyes de este Título.

(20) De hecho la similitud entre la Partida IV y las Decretales es notable.

(21) Algunas precisiones a este respecto pueden verse en ACUÑA, Sara, *La forma del matrimonio hasta el Derecho «Ne temere», «Ius Canonicum»*, vol. XIII, núm. 25, enero-junio 1973, págs. 137-192.

(22) P. 4, 3, 1.



El Título IX señala la jurisdicción componente para declarar la nulidad o separar un matrimonio, y en ello se insiste en el Título X.

El Título XII establece que «Casamentar... pueden los omes e las mugeres, dos vegadas o mas, después que fuere departido el primero matrimonio por algun embargo derecho, o por muerte...» (23).

El Título XIV regula la barragania, y los títulos XIII y XV y siguientes constituyen lo que podríamos llamar —con un amplísimo criterio— derecho de filiación y hereditario.

Creemos, pues, que de la Cuarta partida se puede deducir la siguiente idea. La cuarta partida pretende ser una regulación bastante amplia del Derecho de familia, aún a pesar de que tal pretensión no entra nunca en aspectos de fondo (clase) del matrimonio, e incluso sus alusiones a las formalidades (forma) son escasas. La Ley de partidas respeta, en lo substancial, la legislación eclesiástica sobre la materia; ello se desprende, no sólo de algunas alusiones a la Iglesia, sino del tenor general del texto.

En un análisis de la Legislación estatal en materia matrimonial, es imprescindible aludir a la Real Cédula de 12 de julio de 1564 (Novisima, 1, 1, 13).

El texto completo de tal Real Orden es el que sigue: «Cierta y notoria es la obligación que los Reyes y Príncipes cristianos tienen a obedecer, guardar y cumplir, y que en sus Reynos, Estados y Señoríos se obedezcan, guarden y cumplan los decretos y mandamientos de la Santa Madre Iglesia, y asistir, ayudar y favorecer á el efecto y execución y á la conservación de ellos, como hijos obedientes y protectores y defensores de ella, y la que ansimismo por la misma causa tienen el cumplimiento y la execución de los Concilios universales que legítima y canónicamente, con la autoridad de la Santa Sede Apostólica de Roma, han sido convocados y celebrados: La autoridad de los quales Concilios universales fue siempre en la Iglesia de Dios de tanta y tan grande veneración, por estar y representarse en ellos la Iglesia Católica y universal y asistir a su dirección y progreso el Espíritu Santo. Uno de los quales Concilios ha sido y es el que últimamente se ha celebrado en Trento, el qual primeramente á instancia del Emperador y Rey mi Señor, después de muchas y grandes dificultades fue indicto y convocado por la felice memoria de Paulo III. Pontífice Romano, para la extirpación de las heregías y errores que en estos tiempos en la cristiandad tanto se han extendido, y para la reformation de los abusos, excesos y desórdenes, de que tanta necesidad había. El qual Concilio fué en vida de dicho Pontífice Paulo III comenzado y después con la autoridad de la buena memoria de Julio III se prosigió, y últimamente con la autoridad y bulas de N. M. S. P. Pío IV se ha continuado y proseguido hasta se concluir y acabar; en el qual intervinieron y concurrieron de toda la cristiandad, y especialmen-

---

(23) P. 4, 12, 1.

te de estos nuestros Reynos, tantos y tan notables Prelados y otras muchas personas de gran doctrina, religión y exemplo; asistiendo asimismo los Embaxadores del Emperador nuestro tío y nuestros, y de los otros Reyes y Principes, Republicas y Potentados de la cristiandad: y en el con la gracia de Dios y asistencia del Espiritu Santo se hicieron en lo de la Fe y Religión tan santo y tan católicos decretos; y asimismo se hicieron y ordenaron en lo de reformation muchas cosas muy santas y muy justas, y muy convenientes y importantes al servicio de Dios nuestros Señor y bien de su Iglesia, y al gobierno y policía eclesiástica. Y ahora habiéndonos S. S. enviado los decretos del dicho Santo Concilio impresos en forma auténtica, nos como Rey Católico, y obediente y verdadero hijo de la Iglesia, queriendo satisfacer y corresponder a la obligación en que somos, y siguiendo el exemplo de los Reyes nuestros antepasados, de gloriosa memoria, habemos aceptado y recibido y *aceptamos y recibimos el dicho sacrosanto Concilio; y queremos, que en estos nuestros Reynos sea guardado, cumplido y executado;* y daremos y prestaremos para la dicha execución y cumplimiento, y para la conservación y defensa de lo en él ordenado nuestra ayuda y favor, interponiendo á ello nuestra autoridad y brazo Real, quanto será necesario y conveniente. Y así encargamos y mandamos á los Arzobispos y Obispos y á otros Prelados, y á los Generales, Provinciales, Priors, Guardianes de las Ordenes, é á todos los demás á quienes esto toca é incumbe, que hagan luego publicar é publiquen en sus Iglesias, distritos y diócesis, y en las otras partes y lugares do conviniere, el dicho Santo Concilio; y lo guarden y cumplan y hagan guardar, cumplir y executar con el cuidado, zelo y diligencia que negocio tan del servicio de Dios y bien de su Iglesia requiere. Y mandamos á los del nuestro Consejo. Presidentes de las nuestras Audiencias, y á los Gobernadores, Corregidores é á otras qualesquier Justicias, que den y presten el favor y ayuda que para la execución y cumplimiento de dicho Concilio y de lo ordenado en él será necesario; y Nos ternemos particular cuenta y cuidado de saber y entender como lo suso dicho se guarda, cumple y executa, para que en negocio, que tanto importa al servicio de Dios y bien de su Iglesia, no haya descuido ni negligencia» (24). Numerosos comentarios podría suscitar el texto de la Real cédula de Felipe II, y no podemos detenernos en ello (25). Desde nuestra perspectiva sólo cabe decir que supone la integración en el ordenamiento jurídico estatal de los cánones tridentinos, y más específicamente: la recepción en el ordenamiento estatal de la regulación matrimonial de Trento.

Nuestra civilística ha destacado tal fecha con especial relieve

---

(24) El subrayado es nuestro.

(25) ¿Es tal integración voluntaria o forzosa? La expresión: «Queriendo satisfacer y corresponder a la obligación en que somos», ¿se refiere a una obligación jurídica o moral? ¿Es tal distinción posibles en el XVI?

ve (26), no discutiremos la indiscutible importancia de la Real cédula, pero, ¿es el primer ejemplo de una adopción, expresa, de la regulación canónica en materia matrimonial? Estimamos que no, basten dos ejemplos para probar nuestro aserto.

Un ejemplo es próximo, anterior a la Real Cédula de 1564, y el objeto es el mismo: la normativa tridentina. El firmante del precepto, el mismo Felipe II. Nos referimos a la Real Cédula expedida por el Príncipe Don Felipe, por ausencia de Carlos I, en 27 de octubre de 1553, en la que manda observar lo prescrito en el Concilio de Trento.

Un segundo ejemplo sería la Ley I del Libro III del Fuero Real, que dice: «Establecemos, é mandamos, que todos los casamientos se fagan por aquellas palabras que manda la Santa Iglesia...».

Es bien cierto que la pretensión de esta Ley I es evitar los matrimonios clandestinos, pero el método empleado para evitar tales matrimonios (que, sin duda, plantean graves problemas de seguridad jurídica) es una clara remisión expresa a la regulación canónica.

Se puede afirmar, y no sería inexacto, que tal remisión es sólo a la forma del matrimonio, pero no al fondo, a tal hipotética objeción responderemos con una pregunta de fácil respuesta, ¿es que el poder civil, tenía la más mínima sospecha de que alguien distinto a la Iglesia puede regular el fondo del matrimonio?

Como resumen de la exposición que antecede diremos:

1. La diferencia entre forma y clase es cuestión sin sentido en la época analizada.
2. El concepto «sistema matrimonial», es concepto inexistente en nuestro ordenamiento hasta el siglo XIX.
3. El legislador estatal no muestra ninguna pretensión de regular el fondo del matrimonio.
4. El legislador estatal acata la regulación eclesiástica en materia matrimonial, ya explícita ya implícitamente.
5. Hasta el 18 de junio de 1870 el matrimonio civil en España no existe.

### III.—LA PRIMERA LEY MODERNA EN MATERIA MATRIMONIAL: LEY DE 1870. EL MATRIMONIO CIVIL COMO UNICO MATRIMONIO POSIBLE

Como consecuencia de la Revolución de 1868, y su cristalización jurídica en la Constitución de 1869, se promulga la Ley de 18 de junio de 1870 que introduce en España —por primera vez— la figura del matrimonio civil.

Los juicios de esta disposición por la doctrina posterior no son

---

(26) No queremos ser reiterativos en exceso, mencionemos sólo dos ejemplos. LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, ob. cit., pág. 27; ESPÍN, Diego, ob. cit., pág. 22.

muy favorables, se ha dicho de ella que «...emborriona las páginas de nuestro Derecho Matrimonial patrio...» (27), que «...provocó muchas y muy hondas perturbaciones en las familias y en la moralidad pública...» (28), que «...chocaba... con las tradiciones patrias y con el ambiente social...» (29), que «...hacía tabla rasa del régimen anterior con un criterio rabiosamente secularizador...» (30).

También se habla «...de los graves estragos que causara en menos de un quinquenio de vigencia...» (31).

También el método que se siguió para aprobarla ha sido criticado y calificado como «Travesura de Ruiz Zorrilla» (32).

Independientemente de cual sea el juicio de la doctrina, un análisis detenido de la Ley Provisional de Matrimonio Civil de 1870 merece ser hecho.

Mediante Ley de 18 de junio de 1870 (publicada el día 21), el Regente D. Francisco Serrano y Domínguez manda publicar: «... como ley provisional el proyecto de la de matrimonio civil presentado a las Cortes, sin perjuicio de las alteraciones que las mismas tuvieran por conveniente hacer en él en su discusión definitiva...» (33).

(27) ESCUDERO ESCORZA, Fernando, *Matrimonio de acatólicos en España*, Vitoria, 1964, pág. 13.

(28) HERNÁNDEZ ASCO, Miguel, *Problemas latentes en el sistema matrimonial español*, Valladolid, 1964, pág. 11.

(29) CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo quinto, «Derecho de Familia», vol. I, «Relaciones conyugales», novena edición, Madrid, 1976, pág. 124.

(30) DE FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo, *El matrimonio como contrato civil*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», febrero 1976, pág. 94.

(31) DE FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo, *El sistema matrimonial español. Comentario al artículo 42 del Código Civil*, Madrid, 1959, pág. 6.

(32) DE FUENMAYOR describe esta «travesura» con las siguientes palabras, que nos resistimos a no transcribir: «... el proyecto de matrimonio civil se votó casi por sorpresa y escamoteo (que los periódicos llamaron *travesura*), después de una pobrísima discusión. La *travesura* tuvo lugar en la sesión de 24 de mayo, que constituye una página poco honrosa del parlamentarismo español. Lo ocurrido fue que, a instancias del Presidente, el diputado García San Miguel interrumpió el discurso que estaba pronunciando aquella tarde sobre un tema muy alejado, por cierto, de la discutida cuestión matrimonial. El diputado trataba, en su larga disertación, de oponerse a un proyecto de ley municipal y provincial. Ruiz Zorrilla le pidió, amablemente, que suspendiera por breve tiempo su discurso para proceder a la aprobación de varios proyectos de ley. En aquel momento, los diputados presentes en el salón de sesiones no llegaban a treinta. El secretario encargado de la lectura cumplió su tarea en voz tan tenue que ni las tribunas se dieron cuenta de que se trataba del proyecto de ley que autorizaba al Gobierno para publicar, como leyes provisionales, los proyectos presentados por el Ministerio de Gracia y Justicia, y entre ellos el relativo al matrimonio civil. Así queda definitivamente aprobado, por el descuido de los diputados de la oposición y por la habilidad de Ruiz Zorrilla, que —logrado su intento— solicitó amablemente de García San Miguel prosiguiera su interrumpido discurso de oposición a la ley municipal y provincial». DE FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo, *El matrimonio...*, cit., págs. 97 y 98.

(33) Artículo 1.º.

Se transforma así el proyecto de Ley en Ley.

Enfrentado el legislador con la tarea de regular la institución matrimonial, volvió sus ojos —sin duda— a la regulación más acabada de dicha institución, a una regulación plurisecular: la canónica. Un somerísimo análisis de la Ley provisional permite llegar a tal conclusión. El matrimonio es perpetuo e indisoluble (art. 1.º), no existe acción para obligar al cumplimiento del contrato de esponsales (art. 3.º), impedimento de edad (art. 4.º, primero), uso de razón (art. 4.º, segundo), impedimento de impotencia (art. 4.º, tercero), impedimento de vínculo (art. 5.º, primero), impedimento de orden y voto solemne (art. 5.º, segundo), impedimento de consanguinidad (art. 6.º, primero), impedimento de crimen (art. 6.º, octavo), posibilidad de dispensas de los impedimentos (sección segunda del capítulo II), formalidades necesarias para su validez (capítulo IV), etc...

Sin embargo, ninguno de aquellos preceptos tiene especial interés para nosotros. El precepto clave a nuestros efectos es el artículo 2.º:

«El matrimonio que no se celebre con arreglo a las disposiciones de esta ley, no producirá efectos civiles con respecto a las personas y bienes de los cónyuges y de sus descendientes.»

En este precepto se establece, por primera vez en la historia del ordenamiento jurídico español, un sistema de matrimonio civil obligatorio. Si este extremo es de notabilísima importancia, tal vez la tenga aún mayor el hecho de que con esta ley se «construya» por primera vez la figura de «matrimonio civil».

De la lectura de la doctrina, ya citada, que comenta la elaboración, puede deducirse que en el caso presente nos encontrábamos en un supuesto de desajuste entre normativa jurídica y realidad social. La sociedad española no era propicia a la secularización de la institución matrimonial. Es muy probable que los impulsores del proyecto no quisieran apartarse, tampoco, de la doctrina eclesiástica; las siguientes palabras del Ministro Montero Ríos (34), tal vez sirvan de prueba de tal afirmación: «si yo creyera, si sospechara siquiera, con la sinceridad de mi fé religiosa que el proyecto de matrimonio civil se opone en manera alguna a las creencias que profeso, y que pienso profesar toda mi vida; si yo creyera que el matrimonio civil adolecía de tendencias anticatólicas, siquiera fuese en su espíritu o en la más remota de sus consecuencias, yo lo declaro, señores Diputados, yo no lo defendería, yo abandonaré este puesto, y abandonaré la Cámara, y me retiraría al hogar de la vida privada antes que dar un voto que lastimase mi conciencia

---

(34) Recordemos que MONTERO RÍOS, uno de los principales impulsores de la Ley, fue sucesivamente catedrático de Disciplina Eclesiástica en las Universidades de Oviedo y de Santiago de Compostela, y de Derecho Canónico en la Central. Puede encontrarse una amplia biografía de MONTERO RÍOS, en GRAHIT FERRER, Enrique, *La indisolubilidad del matrimonio civil según los liberales españoles*, Pamplona, 1976 (Tesis doctoral inédita), páginas 43 y ss.

religiosa» (35). Nada permite dudar de la sinceridad de tales palabras, y menos motivo de duda se plantea si analizamos algunos preceptos de tal disposición que pretenden mostrar el respeto hacia la religión católica (36) (y nos referimos aquí a las similitudes con la legislación canónica motivadas por razones técnicas, y a las que se aludió más arriba). En concreto, en el artículo 1.º se declara la perpetuidad e indisolubilidad del vínculo (37) invocando el Derecho Natural. El punto segundo del artículo 5.º, señala la prohibición de contraer matrimonio civil por parte de «los católicos que estuvieren ordenados *in sacris* o que hayan profesado en una orden canónicamente aprobada, haciendo voto solemne de castidad, a no ser que unos y otros hayan obtenido la correspondiente licencia canónica», prohibición que no sólo supone un respeto a la religión católica, sino —y, tal vez, es más importante— supone un reconocimiento, siquiera parcial, de la fuerza de obligar de la legislación canónica, pues hay una remisión del ordenamiento civil al canónico en cuanto al establecimiento y dispensa de un impedimento. Y por último el artículo 34 que indica que «los contrayentes podrán celebrar el matrimonio religioso antes, después o al tiempo del matrimonio civil». Precepto innecesario para lograr la meta propuesta: autorizar la celebración de matrimonios canónicos; ya que la simple no prohibición hubiera bastado; a pesar de ello el legislador lo señala en el texto legal lo que es una prueba más de su respeto a la religión católica.

No podemos extendernos más en el análisis de la Ley de 1870 digamos en resumen que se trata de la primera norma en la que se introduce en España el matrimonio civil, pero que ello se hace con un notable respeto, llegando a reconocerle efectos jurídicos, hacia la legislación canónica.

Toda norma legal exige un posterior desarrollo de rango inferior; como consecuencia de la Ley de matrimonio civil se producen, necesariamente, algunas normas que tratan de aplicarla. A continuación realizaremos un análisis —somerísimo, poco más que una mención— de tales normas.

La primera norma en la que se menciona la Ley de 18 de junio de 1870 es, curiosamente, del día anterior; nos referimos a la ley provisional del Registro Civil de 17 de junio de 1870, en la que se regula todo lo relativo a la inscripción de matrimonios en los artículos 66 al 74, haciéndose mención expresa a la Ley de matrimonio civil en el artículo 66.

Una Real Orden de 11 de enero de 1872, emanada de la «Dirección General de los Registros Civil y de la Propiedad y del Notariado», resuelve un problema surgido como consecuencia de la falta de aplicación de la Ley de Matrimonio Civil en algunos su-

(35) «Diario de sesiones», núm. 269, 29 de abril, pág. 7564, citado en DE FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo, *El matrimonio...*, cit., pág. 97.

(36) Vid. CASTÁN TOBEÑAS, José, ob. cit., tomo quinto, págs. 124 y ss.

(37) «El matrimonio es por naturaleza perpetuo e indisoluble».

puestos. El supuesto de hecho es claro, la pregunta es concreta, ¿con qué carácter deben de inscribirse los hijos habidos de un matrimonio celebrado canónicamente con posterioridad a la Ley de 1870? La respuesta es concisa «El Rey... se ha servido resolver que los hijos habidos de matrimonio solamente canónico deben inscribirse en el Registro bajo la denominación de hijos naturales». En realidad es claro que la Real Orden se limita a aplicar escrupulosamente la legislación en vigor: sólo el matrimonio civil produce efectos civiles.

Si la Real Orden del 72 se limita a aplicar, sin modificarla, la Ley de Matrimonio Civil, un Decreto del siguiente año podemos afirmar que modifica la Ley del 1870; nos referimos al Decreto del 1 de mayo de 1873 del Ministerio de Gracia y Justicia, y ello a pesar de que en el preámbulo del Decreto se diga textualmente «...cuyo objeto [del Decreto] ha de limitarse a establecer la verdadera inteligencia de algunas prescripciones legales, no siempre bien comprendidas, aclarando el sentido de otras y dictando algunas que faciliten su ejecución...».

Esta primera norma republicana, y prácticamente única, relativa al sistema matrimonial, bajo pretensiones, enunciadas en el preámbulo, meramente aplicadoras, y restringida al ámbito registral, realiza un cambio muy importante en el sentido de secularizar la institución matrimonial. En efecto: en su artículo 8.º, el Decreto del 73 afirma: «La establecido en las prescripciones del art. 48 del reglamento respecto del impedimento del núm. 2.º, art. 5.º de la Ley de Matrimonio Civil, no podrá aplicarse en el caso de que el interesado manifieste por escrito, ante la Autoridad judicial, que ha dejado de pertenecer a la Iglesia Católica...».

García Cantero señala que «...El único punto de conexión con la legislación canónica [de la Ley de 1870], puede decirse que es la admisión de la ordenación sagrada y de la profesión solemne como impedimentos no dispensables por el Gobierno (art. 5.º, núm. 2); pero el art. 8.º del Decreto de 1.º de mayo de 1873 restringió bastante su alcance al disponer que tales impedimentos no se aplicaran "en el caso de que el interesado manifieste por escrito ante la Audiencia Judicial que ha dejado de pertenecer a la Iglesia Católica"» (38). Creemos que el Decreto va más lejos de una simple restricción, el Decreto republicano suprime, lisa y llanamente, el impedimento de orden y el de voto solemne. Si se pueden inscribir como hijos legítimos los habidos en matrimonios contraídos subsistiendo un impedimento (dirimente), el impedimento queda vacío de contenido. Tema distinto sería discutir si el artículo 8 del Decreto del 73 es legal o no —si un simple Decreto puede derogar una Ley— pero si lo es, el artículo 5.º, núm. 2.º de la Ley de 1870 ha quedado derogado.

Es bien cierto que exige una declaración de acatolicidad, es bien

---

(38) GARCÍA CANTERO, Gabriel, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid, 1959, pág. 12.

cierto que cabría decir que el impedimento del artículo 5-2 sigue vigente para los católicos, pero si un profeso u ordenado ha violado la normativa canónica contrayendo matrimonio civil, resultaría insólito que se retrayese ante una declaración de acatolicidad.

Un último aspecto del artículo 8.º del Decreto del 1873 merecer destacado. Por primera vez se plantea el tema de la acatolicidad, tema que a partir del Código Civil quedará centrado en la expresión «profesar la religión católica». Se produce en el Decreto del 73 la primera interpretación de este concepto. El término «católicos» del punto 2.º de la Ley del 1870 queda transformado mediante el artículo 8.º del Decreto de 1873 en «no manifestar por escrito, ante la Autoridad judicial, que se ha dejado de pertenecer a la Iglesia Católica».

Con este Decreto quedaba, pues, borrado uno de los elementos fundamentales para permitir hablar de respeto por la legislación canónica en la Ley de 1870. No queremos decir que la supresión de los impedimentos de orden y de voto solemne implique necesariamente una falta de respeto, pero, por lo menos, indica una tendencia en ese sentido.

Sin embargo, más adelante, y aún dentro de la I República, se produce una Orden de 20 de junio de 1874, que supone un importante reconocimiento del matrimonio canónico. La brevedad y claridad de la misma aconsejan su transcripción textual:

«En vista de las comunicaciones dirigidas a esta Dirección general por los Jueces municipales de Castromonte y Carlet en 10 y 19 de último abril, consultando si podrían acordar la celebración de los matrimonios civiles que intentaban contraer con distintas personas algunas unidas ya con matrimonio canónico después de 1870:

Considerando que, según el núm. 1.º del art. 5.º, no pueden contraer matrimonio los que se hallen ligados con un vínculo matrimonial no disuelto legalmente.

Considerando que a pesar de negarse en dicha ley efectos civiles al matrimonio canónico, no por eso dejará de ser un vínculo digno de respeto, y comprendido por tanto en el espíritu del artículo citado:

Considerando, que con arreglo a las disposiciones del Código penal, la celebración del segundo matrimonio, no disuelto el primero, constituye un delito:

Considerando que, además de las disposiciones a que se alude anteriormente, y si sólo hubiera de consultarse el pudor y las buenas costumbres, la celebración del segundo matrimonio, en el caso de la consulta, también será un delito castigado expresamente en el Código, por constituir un hecho de grave escándalo y trascendencia:

Oído el Consejo de Estado, y de conformidad con su dictamen:

El Presidente del Poder Ejecutivo de la República se ha servido resolver que no puede celebrarse el matrimonio civil cuando



los contrayentes se hallan ligados por un matrimonio canónico no disuelto legalmente».

Creemos que esta orden es de trascendental importancia, tal vez sea cierto «... que fue motivada por la enorme resistencia del pueblo al cumplimiento de aquella Ley [la de Matrimonio civil de 1870]» (39); pero independientemente de cuál sea su causa es un hecho que introduce notables cambios.

Es bien cierto que el artículo 5-1 de la Ley de 1870 establece la prohibición de contraer matrimonio para «Los que se hallen ligados con vínculo matrimonial no disuelto legalmente», pero es aún más cierto que el artículo 2.º de la citada Ley establece que «El matrimonio que no se celebre con arreglo a las disposiciones de esta Ley, no producirá efectos civiles...». Y en el caso de la presente Orden se concede un importante efecto civil (el que haga surgir el impedimento de ligamen del artículo 5-1), a matrimonios contraídos —con posterioridad al 18 de junio de 1870— violando la normativa en vigor, violación que en principio, supondría la inexistencia —en el orden civil— de tal matrimonio.

De ser legal (y volvemos, una vez más, al tema de la nulidad de disposiciones que violan otras de rango superior) esta Orden podemos decir que el sistema de matrimonio civil obligatorio iniciado el 18 de junio de 1870 finaliza el 20 de junio de 1874.

Las invocaciones, en la Orden comentada, a la legislación penal carecen del más mínimo valor a efectos de determinar la eficacia de tales matrimonios.

Este proceso iniciado en la República, proceso encaminado al establecimiento de un sistema matrimonial mixto, se ve acelerado con el pronunciamiento de Martínez Campos, de 29 de diciembre de 1874 que restaura la monarquía en la persona de Alfonso XII.

Un mes más tarde se promulga la primera norma relativa al sistema matrimonial, nos referimos al Decreto de 22 de enero de 1875, Decreto que en opinión de Castán fue «... dictado por el Ministerio Regencia... para poner fin a las situaciones irregulares creadas por la ley de Matrimonio civil...» (40) independientemente del contenido de este Decreto, lo importante es la tendencia que marca.

El contenido de este Decreto podría afirmarse que se limita a derogar la Real Orden de 11 de enero de 1872, estableciendo que podrán inscribirse como legítimos los hijos de matrimonio canónico independientemente de la fecha en que se contraiga (artículos 1.º, 4.º y 6.º), y la posibilidad de que aquellos que se inscribieron como naturales, en cumplimiento de la Real Orden de 1872, puedan pasar a inscribirse como legítimos (artículo 3.º). Lo más importante, a nuestros efectos, no es que derogase la Real Orden de 1872, sino que concediese el carácter de legítimos a los hijos de un matrimonio que sería inexistente de aplicarse la legislación

---

(39) GARCÍA CANTERO, Gabriel, ob. cit., pág. 12.

(40) CASTÁN TOBEÑAS, José, ob. cit., tomo quinto, pág. 124.

aún vigente: la Ley de 1870. Así pues el matrimonio canónico, que no produce efectos civiles, hace surgir, por una parte, el impedimento de vínculo (Orden de 20 de junio de 1874), y los hijos nacidos de tal matrimonio son legítimos (Decreto de 22 de enero de 1875).

Pero decíamos que, más importante que el propio Decreto, es la tendencia que marca. Analicemos el preámbulo de Decreto: por una parte se afirma que la Real Orden de 11 de enero de 1872 —y por tanto la Ley de matrimonio civil de la que es mero desarrollo— «...ha lastimado profundamente la dignidad del matrimonio católico suscitando continuas perturbaciones en la familia y en la sociedad», para más adelante anunciar que «El Gobierno... se ocupa con preferencia en la reforma de la Ley de Matrimonio civil» cuya misión será «...[conciliar] los derechos de la Iglesia con los del Estado...[y] reconocer en el matrimonio católico todos los efectos...», apoyando estas modificaciones en el «...incesante clamor de la opinión pública...».

Y en efecto la reforma anunciada en enero de 1875 tiene lugar el mes siguiente mediante el Decreto de 9 de febrero de 1875 publicado el día 10.

Una vez más el preámbulo es, tal vez, más importante que el propio articulado, se ha dicho que en este preámbulo «...se encuentra ya el germen de la fórmula transaccional ideada por Alonso Martínez, y que pasó a constituir el texto del artículo 42» (41).

En el primer párrafo del preámbulo se ataca a la Ley de 1870, en razón de que se aparta de la conciencia social, ya que la religión católica es la que «...con pocas excepciones profesa la nación española». Una afirmación de este primer párrafo (42) puede llevar a la conclusión, errónea, de que el Decreto se muestre favorable a un sistema de matrimonio canónico obligatorio; veremos que tal impresión sería falsa.

Más adelante señala, como justificación de un sistema matrimonial que favorezca al matrimonio canónico, el hecho de la existencia de una confesionalidad —católica— sociológica.

En el tercer párrafo aduce como una causa más de modificación de la Ley de 1870, la seguridad jurídica, ya que la Ley de 1870 había sido sistemáticamente incumplida.

El método para lograr tales fines será —según indica el preámbulo del Decreto— la concesión de efectos civiles al matrimonio canónico (recordemos que algunos efectos ya le habían sido concedidos por la Orden de 20 de junio de 1874 y por el Decreto de 22 de enero de 1875).

La intervención del Estado a efectos registrales y la retroactividad del Decreto en algunos aspectos con respecto a los matrimo-

(41) DE FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo, *El sistema*, cit., pág. 7.

(42) «... Nuestros Monarcas, rindiendo justo tributo a la fe religiosa de los españoles, se habían limitado a sancionar con su autoridad en el orden civil el matrimonio instituido por Dios y regularizado por la Iglesia...».

nios exclusivamente canónicos durante la vigencia de la Ley de 1870, son también objeto de la atención del preámbulo.

Pero son los tres últimos párrafos del preámbulo los que más interesan aquí. Se señala la permanencia, junto al matrimonio canónico, del matrimonio civil según la regulación de 1870. Pero, ¿quiénes podrán contraer matrimonio civil? El preámbulo responde: «...los que no profesando la religión de nuestros padres [debe entenderse la católica]...». Aparece así en nuestra legislación la expresión que hará correr ríos de tinta durante el siguiente siglo. Pero, ¿cuál es el significado exacto? Como ha señalado García Cantero, «...no aparece con claridad qué personas están sujetas a la forma civil...» (43); del preámbulo se puede desprender una interpretación muy restrictiva, ya que habla de los que «...estén imposibilitados de santificarlo con el sacramento», o bien que «...cesará el matrimonio civil para todos los que puedan contraer el canónico...». Pero la impresión contraria puede deducirse si fijamos nuestra atención en otros puntos del Decreto; así por ejemplo cuando habla de «...[no obligar] a los malos católicos...»; y más claramente en el párrafo destinado a restablecer el impedimento de orden y de voto solemne, ya que en él se afirma que no será suficiente, para que los ordenados o los que han hecho voto solemne puedan contraer matrimonio civil, el que «...declarasen haber abjurado de la fe católica...». Luego, *a sensu contrario*, sí bastará tal declaración para que contraigan matrimonio los laicos que no hubiesen hecho voto solemne.

El artículo del Decreto, de menor extensión que el preámbulo nada añade de importancia a lo dicho hasta ahora.

En resumen, el Decreto concede efectos civiles al matrimonio canónico (artículo 1.º) y regula un matrimonio civil (artículo 5.º).

El desarrollo, en el aspecto registral, del Decreto de febrero se realiza en la Instrucción mandada publicar por la Real Orden de 19 de febrero de 1875; de la que cabe destacar su artículo 15 en el que se prescribe: «De los matrimonios que en adelante autoricen los Párrocos, darán cuenta a los encargados del Registro Civil en relaciones que contengan todas las circunstancias enumeradas en el artículo anterior.

Estas relaciones, o comunicación negativa en su caso, se remitirán de oficio a dichos funcionarios en los días 1.º y 15 de cada mes».

Tal vez esa «comunicación negativa» y su posterior remisión al Registro Civil, sea el método para probar que «no se puede contraer matrimonio canónico», lo que constituye —a la luz del preámbulo del Decreto de 9 de febrero de 1875— el requisito para acceder al matrimonio civil.

Por tanto, del Decreto y de la Real Orden de febrero de 1875 podría deducirse que en España tienen acceso al matrimonio civil solamente aquellos que no puedan contraerlo canónico: y a efectos

(43) GARCÍA CANTERO, Gabriel, ob. cit., pág. 14.

de prueba —de probar que no se puede contraer matrimonio canónico— servirá la mención de la «negativa a celebrar el matrimonio canónico» en la relación que quincenalmente enviarán los párrocos al Registro Civil.

De ser esta interpretación exacta, el procedimiento a seguir para contraer matrimonio civil sería el siguiente:

1. Acudir a contraer matrimonio canónico.
2. Negativa del párroco a celebrar tal matrimonio.
3. Notificación del párroco al Registro Civil de tal negativa.
4. Solicitud, y posterior expedición, de certificación del Registro de tal circunstancia:

a) De constar en dicha certificación —y nada se prevé en la Real Orden— el motivo de esa negativa:

a') Si la circunstancia es el no bautismo o la separación de la Iglesia, se podrá contraer matrimonio civil de acuerdo con lo preceptuado en la Ley de 1870;

b') Si es otra circunstancia que impidió el matrimonio no se podrá contraer matrimonio civil;

b) De no constar el motivo de la negativa, el que pretenda contraer matrimonio civil, deberá probar —¿cómo?— que los motivos que impulsaron a tal negativa fueron la no pertenencia a la Iglesia.

El procedimiento es, pues, complejo y muy restrictivo en cuanto a la posibilidad de contraer matrimonio civil, y además se transfiere la potestad de decir quién puede contraer matrimonio *civil*, a una autoridad *eclesiástica*: el párroco.

Tales dificultades surgidas de la inconcreción legislativa, tan habitual en la normativa matrimonial, motivó una Real Orden de 27 de febrero de 1875.

Su texto íntegro es el siguiente (44): «Por la Dirección General de los Registros civil y de la Propiedad y del Notariado se ha comunicado al Ilmo. Sr. Presidente de esta Audiencia (Burgos) con fecha 27 de febrero último la Real Orden siguiente:

«Ilmo. Sr.: Al reformar el Decreto de 9 del corriente la ley de 18 de junio de 1870, restableció la conveniente armonía entre la legislación civil y la canónica en punto al matrimonio de los católicos, dando por lo mismo a este sacramento todos los efectos civiles que le atribuía nuestra antigua legislación. Cesó por tanto el matrimonio civil para todos los católicos, conservándose únicamente como el medio necesario de que pueden constituir familia los que no correspondiendo al gremio de la iglesia se hallan imposibilitados de celebrar unión ante el párroco. No obstante lo explícito de las disposiciones que comprende el mencionado decreto, han sido diversamente interpretados entendiéndose por algunos Jueces municipales en un sentido distinto, ocasionado a prácticas

---

(44) Citado en UCELAY, Enrique, *El Decreto del Ministerio-Regencia sobre Matrimonio Civil y el Partido Liberal Dinástico. Estudio jurídico-político*, Madrid, 1881, págs. 104 y 105.

viciosas y que da lugar a notables perjuicios de los intereses particulares. En la necesidad de uniformar en este punto tan importante la aplicación de la nueva reforma, se hace indispensable inculcar a dichos funcionarios la obligación de atemperarse a lo que establecen los artículos 5.º y 6.º del referido decreto: haciéndoles comprender que sólo pueden autorizar los matrimonios de aquellos que ostensiblemente manifiesten que no pertenecen a la Iglesia Católica, y que suspendan la tramitación de todos los expedientes incoados con arreglo a la ley de 18 de junio de 1870, salvo en el caso excepcional a que se refiera el artículo 6.º ya citado. En vista de las anteriores consideraciones, el Rey (Q. D. G.) se ha servido resolver comuniqué V. I. a los jueces de primera instancia del territorio de esa Audiencia la presente circular, que explica la verdadera inteligencia de las prescripciones que comprende la reforma que ha de plantear, y les encargue lo hagan a la mayor brevedad a los jueces municipales que de ellos dependan previniendo a dichos funcionarios la más puntual observancia de aquéllas, sin perjuicio de que consulten en la forma prevenida por el Reglamento las dudas que puedan suscitarse. De Real orden lo digo a V. I. para su conocimiento y efectos oportunos».

Esta Real Orden, nunca publicada oficialmente, es la primera disposición dedicada a interpretar el concepto de «católico» a efectos de contraer matrimonio civil. Podrían contraer matrimonio civil «aquellos que ostensiblemente manifiesten que no pertenecen a la iglesia católica». Solución, pues, muy facilitadora del acceso al matrimonio civil.

El hecho de no ser publicada (45), y de estar únicamente dirigida a la Audiencia de Burgos con orden de ser comunicada a los jueces de primera instancia y jueces municipales pertenecientes a tal Audiencia, hace que su importancia se vea reducida notablemente. Pero en cualquier caso, indica una tendencia hacia una interpretación menos rígida del sistema en vigor.

Esta etapa de la legislación matrimonial española quedaría cerrada con el proyecto de Ley sobre los efectos civiles del matrimonio, presentado a las cortes el 17 de mayo de 1880 por el Ministro de Gracia y Justicia; que en nada afecta a la calificación del sistema matrimonial (46).

Quedaría así esbozada una etapa de la legislación matrimonial española. Las continuas vacilaciones, el tejer y destejer legislativo —propiciado por violentas discusiones parlamentarias y continuos cambios políticos, a los que aquí no hemos podido hacer referencia para no alargar excesivamente este trabajo— no es otra cosa que un mero anticipo de lo que sería la actividad legislativa en el siguiente siglo.

Como resumen de esta etapa puede afirmarse:

---

(45) Vid la opinión de SÁNCHEZ ROMÁN al respecto en sus *Estudios...*, cit., págs. 474 y 475.

(46) Puede verse el texto de tal proyecto en UCELAY, Enrique, ob. cit., páginas 144 y ss.

a) El 18 de junio de 1870 se establece un sistema de matrimonio civil obligatorio, con respeto al matrimonio canónico, respeto que se concreta básicamente en el establecimiento de los impedimentos de orden y de voto solemne.

b) El 11 de enero de 1872, se indica con toda claridad que los hijos de matrimonio exclusivamente religioso son hijos naturales.

c) El 1 de mayo de 1873 se suprimen los impedimentos de orden y de voto solemne.

d) El 20 de junio de 1874 se establece que el matrimonio canónico hará surgir el impedimento de vínculo en el orden civil.

e) El 22 de enero de 1875 se dispone que los hijos de matrimonio canónico serán legítimos.

f) El 9 de febrero de 1875 se establece un sistema matrimonial mixto, difícilmente calificable.

g) El 19 de febrero de 1875, se establece un sistema matrimonial de matrimonio civil subsidiario muy restrictivo.

h) El 27 de febrero de 1875 se, establece un sistema matrimonial mixto con grandes facilidades para acceder al matrimonio civil.

La anterior periodificación sería exacta siempre que las normas mencionadas fueran todas ellas válidas. Si alguna no lo fue, bien por oponerse a una de rango superior, bien por no haber sido publicada, la periodificación sería otra. La determinación de tal extremo nos apartaría, sin duda, del proyecto trazado. Sin embargo, independientemente de la validez o no de todas las normas, lo que sí se marca es una tendencia. Tendencia que no sería una línea recta, sino una quebrada.

#### IV. LA PROMULGACION DEL CODIGO CIVIL Y EL ESTABLECIMIENTO DE UN SISTEMA MATRIMONIAL MIXTO. EL TERMINO «PROFESAR LA RELIGION CATOLICA», PRIMERA NORMATIVA INTERPRETADORA DEL ARTICULO 42.

Los proyectos de codificación civil, la Ley de Bases que se transformaría en el Código, el propio Código y las primeras disposiciones interpretadoras del artículo 42, constituirán el objeto de este epígrafe.

El término final de este período sería la II República española, el inicio sería menos claro, ya que los proyectos de Código vienen de lejos, aunque legislativamente se concretan sólo en 1889.

La primera etapa de los intentos codificadores queda expresada con toda claridad por Castán (47), nos limitaremos pues a transcribir su resumen de tal etapa:

---

(47) CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo primero, Introducción y parte General, volumen primero, Ideas generales. Teoría de la norma jurídica, undécima edición, Madrid, 1975, págs. 232 y ss.

«Se inicia en nuestra patria el movimiento codificador con el planteamiento del sistema constitucional. Las Cortes de Cádiz aprobaron en 5 de febrero de 1811 una proposición del diputado Espiga y Gadea para que se llevase a cabo la codificación de las más importantes ramas del Derecho español; y la Constitución de 1812 recogió la misma aspiración en su artículo 258, que decía así: «El Código Civil y Criminal y el de Comercio serán uno mismo para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes».

Para dar aplicación práctica al proyecto constitucional se nombraron en 1813, 1814 y 1820 comisiones encargadas de formar el Código Civil, pero sus trabajos fueron interrumpidos por virtud del restablecimiento del antiguo régimen. Bajo la nueva situación publicó don Pablo Gorosabel, con carácter particular un proyecto de Código Civil, y se encomendó por Fernando VII un trabajo de igual naturaleza a don Manuel María Cambronero, quien murió dejando incompleta su labor, que terminaron en 1836 otros juriscultos.»

Pocos datos tenemos acerca de los resultados de tales intentos codificadores.

Sabemos que la comisión nombrada en 1820 (¿1821?) elabora un completo proyecto, cuyo contenido desconocemos, y que fue redactado por Cano Manuel, Cuesta, Hinojosa, Navarro y San Miguel. El proyecto de Gorosábal fue publicado en los años 1825 a 1830, estando distribuido en 1.419 artículos. El proyecto Cambronero fue completado por Ayuso, Tapia y Vizmanos, integrantes de una comisión nombrada en 1834, y tal proyecto fue presentado oficialmente en 15 de septiembre de 1836, comprendiendo 2.458 artículos (48). Estos primeros ensayos codificadores han sido calificados de «inmaduros» y «personales» (49). Tan calificada opinión, y los escasos datos existentes, tal vez justifiquen la omisión de un análisis de tales intentos.

La siguiente etapa codificadora, y que ya daría frutos, comienza con una Comisión nombrada el 19 de agosto de 1843, que fue dividida en secciones, una de las cuales llegó a redactar un proyecto de los libros primero, segundo, y parcialmente del tercero; tal Comisión fue suprimida mediante Decreto de 31 de enero de 1846.

Tal proyecto «...es el antecedente claro de nuestro C. c.: ...» (50). Y ello justificará un análisis, siquiera sea somero, del mismo.

La comisión que presenta tal proyecto estaba presidida por García Goyena, quien redactó —en palabras de la Comisión— un libro «... comprensivo de los precedentes histórico-legales de cada artículo, que ofrecía concordadas todas sus disposiciones con el De-

---

(48) Vid. MOUTÓN Y OCAMPO, Luis, *Voz Código Civil*, en «Enciclopedia Jurídica Española», tomo sexto, Barcelona, s. f., págs. 1 y ss.

(49) LACRUZ BERDEJO, José Luis, Nota preliminar a GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Zaragoza, 1974, pág. IV.

(50) LACRUZ BERDEJO, José Luis, ob. cit., pág. V.

creto anterior, y aun con el extranjero más notable, con motivos y comentarios sobre cada uno de sus preceptos, fijando su espíritu y resolviendo algunas cuestiones que probablemente se suscitarían en la práctica...» (51). Tal libro es el que vamos a comentar a continuación (52).

El matrimonio viene regulado en el título III del Libro primero de tal proyecto; pero el artículo que a nosotros nos interesa ahora es el 48. Su texto literal es el siguiente:

«El matrimonio ha de celebrarse según disponen los cánones de la Iglesia Católica que admitimos en España».

Mediante tal precepto se establecería un sistema de matrimonio religioso obligatorio. Los matrimonios se celebrarían conforme al ordenamiento canónico, y ello en razón de que tal legislación ha sido admitida en España. Lo que es sin duda una alusión a la Real Cédula de 1564.

Sin embargo, tal sistema quebraría, al menos parcialmente, en el siguiente artículo: «El matrimonio celebrado entre extranjeros, que sea válido con arreglo a las leyes de su país, surtirá todos los efectos civiles en España», y recordemos que en tal período, al menos en Francia y Holanda, el sistema matrimonial era de matrimonio civil obligatorio.

En su comentario al artículo 48, García Goyena hace referencia, en primer lugar, a la separación entre contrato y sacramento, entendiéndolo que aquél es anterior a éste y alude consecuentemente al carácter de Derecho natural de la institución matrimonial.

Son interesantes y a propósito de la separación contrato-sacramento y de la competencia para regular el matrimonio, las siguientes afirmaciones de García Goyena.

«Andando el tiempo, y transcurriendo siglos, el Sacramento se reputó lo principal y el contrato lo accesorio; el primero absorbió al segundo, y todo pasó a la autoridad eclesiástica, por delegación expresa o tácita de las leyes; pero, como los derechos de la soberanía son inalienables e imprescriptibles, pueden los reyes de España hacer hoy lo que sus antecesores hicieron en otros tiempos, separando el contrato del Sacramento; por consiguiente no podrá argüirse con este artículo para menguar en lo sucesivo aquellos derechos soberanos». (53).

Se señala así que la Iglesia es competente para legislar en materia matrimonial en España, sólo en razón de una delegación que puede ser avocada unilateralmente en cualquier momento.

Así, pues, este proyecto propugna un sistema de matrimonio religioso obligatorio —en coherencia con el momento histórico en el que se formula— pero matizado en dos puntos: 1.—Se reconocerán los matrimonios civiles de extranjeros celebrados al amparo

(51) Citado en MOUTÓN OCAMPO, Luis, ob. cit., pág. 2.

(52) Esta obra ya citada (Vid. nota 49), ha sido publicada recientemente por la cátedra del Dr. LACRUZ BERDEJO.

(53) GARCÍA GOYENA, Florencio, ob. cit., págs. 29 y 30.



de su legislación si ésta se lo permite. 2.—Una cláusula de reserva, que se concreta en la expresión «admitimos en España» del artículo 48, y que se desarrolla en los comentarios de García Goyena, cláusula en virtud de la cual el legislador español sería competente para regular el matrimonio, independientemente de que delegue tal facultad en un momento dado.

Sea por las razones que fuere (54), este proyecto no llegó a convertirse en Ley, e incluso se le ha acusado de ser «el causante de no haberse alcanzado la codificación civil en España...» (55). Su «congelación» oficial tuvo efecto por la Real Orden del 12 de junio de 1851 (56). Tal situación es mantenida durante las dos décadas siguientes para concluir en 1869, año en el que se promulga la Constitución del 1.º de junio, que en su artículo 91 establece la necesidad de promulgar unos Códigos Generales.

La idea es recogida por el Ministerio Romero Ortiz, que presenta un proyecto de Libro 1 del Código Civil que recoge la institución del matrimonio civil. La dimisión del ministro y la aparición de la Ley de 1870 (ya analizada) hacen que no se llegue a discutir tal proyecto.

Se ve nuevamente impulsada la tarea codificadora el 2 de febrero de 1880, fecha en la que un Real Decreto manda se añadan a la Comisión de Códigos representantes de las diversas regiones, con el fin de eliminar el centralismo que hizo abortar el Proyecto de 1851, y el siguiente 21 de marzo comienzan las discusiones en la sección de lo civil, bajo la presidencia de Alonso Martínez; el 22 de octubre del mismo año presenta Alonso Martínez un proyecto de Bases para el Código civil al Senado. En tal Ley de Bases se pretende lograr la autorización para publicar como Ley el proyecto de 1851 con ciertas modificaciones. Tal proyecto «... reputaba válido el matrimonio celebrado con arreglo a las disposiciones del Concilio de Trento, el civil celebrado en España con sujeción a los

---

(54) Se ha dicho que estas razones fueron que «... Representaba este proyecto... el sistema de unidad en su forma más centralista... eliminando, casi en absoluto, las instituciones del Derecho Foral...». CASTÁN TOBEÑAS, José, ob. cit., tomo primero, pág. 233; y en el mismo sentido «... el citado proyecto de Código Civil, más parece un Código para Castilla que un proyecto de Código general...». MOUTÓN Y OCAMPO, Luis, ob. cit., pág. 4.

(55) MOUTÓN Y OCAMPO, Luis, ob. cit., pág. 4.

(56) El texto de esta Real Orden es el siguiente: «1.º Que se inserte el texto del proyecto citado y se publique en un solo número del periódico mensual titulado el Derecho Moderno, a fin de facilitar su examen y estudio. 2.º Que se excite el celo de todos los Tribunales de fuero común para que se expongan lo que estimen conveniente y hagan las observaciones que su ilustración les sugiera, acompañando al mismo tiempo las noticias y datos prácticos en que se funden las observaciones. 3.º Que se excite también el celo de los demás Tribunales especiales, de las Autoridades a cuyas atribuciones pueda referirse de alguna manera el proyecto, de los Colegios de Abogados, de las facultades de Jurisprudencia de las Universidades y demás personas que puedan ilustrar con sus luces y conocimientos las diversas materias que comprende el Código, y 4.º Que las observaciones estén reunidas en el Ministerio de Gracia y Justicia el 1.º de enero de 1852».

preceptos del nuevo Código y el contraído por españoles en el extranjero en la forma establecida por las leyes del país donde tuviere lugar su celebración, produciendo efectos civiles desde la fecha de su inscripción en el Registro...» (57); se pretendía, pues, establecer, por primera vez en la historia, un sistema matrimonial mixto.

En cualquier caso, el proyecto no pasó de ser tal, y Alonso Martínez se ve obligado a renunciar a él. Y presenta un nuevo proyecto en 24 de abril de 1882, solamente de título preliminar y de los dos primeros libros del Código.

Este proyecto de 24 de abril de 1882 (58), cristalizaría en lo que se refiere a los libros I y II en el proyecto de 1888 (59), proyecto (el de 1888) «... que constituye el antecedente próximo y el fundamento legal del vigente Código civil» (60).

Se regula, en el proyecto de 24 de abril de 1882 el matrimonio en el título III del libro I, que lleva como nombre «Del matrimonio».

En su artículo 30 establece.

«Son válidos:

1.º El matrimonio celebrado en España con arreglo a las disposiciones del Concilio de Trento y Cánones de la Iglesia Católica.

2.º El celebrado en España conforme a lo dispuesto en este Código.»

Se establece así la eficacia del matrimonio canónico en España, y asimismo la existencia de un matrimonio civil, cuya regulación viene dada en el capítulo II de este título.

Matrimonio civil indisoluble y en el que se regulan los impedimentos de orden y de voto solemne, indispensables por el Estado.

En cuanto a una respuesta a la pregunta: ¿Quién tiene acceso al matrimonio civil?, nada dice el Código. Podría suponerse que se inclina por la postura más facilitadora si atendemos a su artículo 66, en el que se señala:

«Los que pretendieren contraer matrimonio en la forma señalada en este Código presentarán al Juez municipal de su domicilio una declaración firmada por ambos contrayentes, en que consten:

1.º Los nombres, apellidos, edad, profesión, domicilio o residencia de los contrayentes.

(57) MOURÓN OCAMPO, Luis, ob. cit., pág. 9.

(58) El proyecto completo, incluyendo los libros III y IV de más compleja historia en la que no entramos por no afectar al matrimonio, ha sido publicado, con importantes comentarios, recientemente bajo el siguiente título: *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888)*. Publicado con un estudio preliminar, notas y concordancias por Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Madrid, 1965.

(59) «... Estos libros se consideran terminados desde entonces y los esfuerzos ulteriores se concentran en la redacción de los libros III y IV...». PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *El Anteproyecto del Código Civil en 30 de abril de 1888*, «ANUARIO DE DERECHO CIVIL», tomo XIII, fascículo IV, octubre-diciembre MCMLX, pág. 1172.

(60) CASTÁN TOBEÑAS, José, ob. cit., tomo primero, pág. 236.

y 2.º Los nombres, apellidos, profesión, domicilio o residencia de los padres.

Acompañarán a esta declaración la partida de nacimiento y el estado de los contrayentes, la licencia o consejo si procediere y la dispensa cuando sea necesaria.»

Nada se establece respecto a la prueba de acatolicidad y ello sencillamente porque en ningún lugar del proyecto se exige tal prueba. Este proyecto pretende establecer un sistema matrimonial plenamente facultativo. Ningún requisito relativo a la profesión —que por sencillo que fuera establecería una nota de subsidiariedad en el sistema— es necesario para tener acceso al matrimonio civil.

Nuevamente queda frustrado el intento codificador como consecuencia de los sucesos políticos que causaron la dimisión de Alonso Martínez, hasta que el 7 de enero de 1885, el nuevo ministro de Gracia y Justicia, Silvela, solicita autorización de las Cortes para publicar un Código civil con sujeción a las bases contenidas en un proyecto de ley que presentaba.

En estas bases se determinaba «... que el Código habría de ajustarse en el trazado de su plan general al proyecto de 1851, en cuanto se hallara contenido en este sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del Derecho histórico de Castilla...» (61). En lo que se refiere al matrimonio se declaraba «... que la institución del matrimonio... se ajustaría en sus principios y disposiciones esenciales al estado legal creado por virtud de la aplicación del Real Decreto de 9 de febrero de 1875 y la Ley de 18 de junio de 1870 armonizando los principios en que una y otra disposición se inspiraban, y manteniendo en la solución de las dudas que había suscitado la experiencia como criterio el respeto estricto a la jurisdicción de la Iglesia sobre los españoles que profesaran la religión católica, y al derecho constitucional de los que al amparo de la tolerancia religiosa desearan constituir consorcio perpetuo y familia legítima sin la santificación del sacramento» (62), lo que suponía, en opinión de Mouton, notables cambios con respecto al Proyecto de Alonso Martínez, «La institución del matrimonio, que en el proyecto del señor Alonso Martínez se consideraba válida, lo mismo en el aspecto canónico que en el civil, que perfectamente se distinguían y separaban; en el trabajo del señor Silvela aparecía un tanto confusa y poco clara con relación a las condiciones preceptivas en que las personas amparadas por el artículo constitucional y viviendo fuera del gremio y obediencia de la Iglesia católica, podían contraer matrimonio con total independencia de la sanción religiosa; no obstante declarar que no se apelaría a violencias ni opresión para *nadie* en cuestión de tal naturaleza, y que se dejaban en vigor las disposiciones de la Ley de 18 de junio de 1870, para los que no celebraran el matrimonio canónico.

---

(61) MOUTÓN Y OCAMPO, Luis, ob. cit., pág. 13.

(62) MOUTÓN Y OCAMPO, Luis, ob. cit., pág. 13.

Tampoco se puntualizaba bien el derecho del Estado respecto de los matrimonios católicos contraídos exclusivamente bajo las reglas y condiciones canónicas, toda vez que la obligación de inscribirlos en el Registro, por sí sola no constituía ni podrá constituir la necesaria sanción de la ley civil al contrato, fuera cualquiera el lugar en que el casamiento se celebrara y la persona que lo legalizara» (63).

Aprobado el proyecto, con modificaciones, por el Senado es remitido al Congreso de Diputados, donde no se logra pasar de la discusión de la base 3.<sup>a</sup> como consecuencia de la disolución de las Cámaras.

Reunidas en 1886 las nuevas Cortes, continúa el difícil caminar hacia el Código civil, cuya siguiente etapa sería la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888.

La Base 3.<sup>a</sup> de la citada Ley establece los puntos a tener en cuenta para redactar los artículos del Código relativos a la regulación del matrimonio. El texto de tal base es el siguiente:

«Se establecerán en el Código dos formas de matrimonio: el canónico, que deberán contraer todos los que profesen la religión católica, y el civil, que se celebrará de modo que determine el mismo Código, en armonía con lo prescrito en la Constitución del Estado.

El matrimonio canónico producirá todos los efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes, cuando se celebre en conformidad con las disposiciones de la Iglesia Católica, admitida en el Reino por la Ley 13, tít. 1.º, de la Novísima Recopilación. Al acto de su celebración asistirá el Juez municipal u otro funcionario del Estado, con el sólo fin de verificar la inmediata inscripción del matrimonio en el Registro Civil.»

Esta base fue negociada con la Santa Sede; las líneas maestras de tal negociación pueden resumirse con Postius así: «El ministro de Gracia y Justicia, Alonso Martínez, entabló negociaciones confidenciales con el Nuncio Rampolla del Tíndaro para llegar a una fórmula de avenencia acerca de la base 3.<sup>a</sup> del Código civil. La Santa Sede no admitía dos formas de matrimonio, una para los católicos y otra para los no católicos, y sólo se prestaba a callar si el Gobierno daba por su cuenta una ley sobre el matrimonio de los católicos. El Gobierno quería el asentimiento expreso a la legislación matrimonial y entonces se convino entre Ministro y Nuncio la fórmula [de la Base 3.<sup>a</sup>]... El Gobierno aceptó la fórmula con la reserva de presentarla a las Cortes y el Nuncio con la de someterla a la aprobación del Papa, quien, por conducto del Cardenal Mocenni, comunicó al Embajador la fórmula definitiva: «Su Santidad aprueba lo que en las dos partes de la base se refiere al matrimonio de los católicos —la Santa Sede deja que el Estado regule efectos civiles del matrimonio—. La precedente aprobación no prejuzga en modo alguno la doctrina de la Iglesia respecto al matrimonio de los heterodoxos;

---

(63) MOUTÓN Y OCAMPO, Luis, ob. cit., págs. 14 y 15.

el Santo Padre podrá tolerar que el Gobierno dicte acerca de él las disposiciones oportunas...» (64).

No podemos entrar en un análisis de las negociaciones concordatorias (65), pero a tales negociaciones se deben las alteraciones, meramente formales, pero que contribuyen a precisar el contenido, con respecto al artículo 30 del antiguo proyecto de Alonso Martínez (recordemos que en esta nueva fase codificadora la cartera de Gracia y Justicia era nuevamente desempeñada por Alonso Martínez).

Se pretendía con esta Base 3.<sup>a</sup> establecer un sistema de matrimonio civil subsidiario; el matrimonio canónico tendría efectos civiles, su regulación queda encomendada al ordenamiento canónico, y estarán obligados a contraerlo aquellos que «profesen la Religión Católica». La presencia de una autoridad estatal está justificada «... con el sólo fin de verificar la inmediata inscripción del matrimonio en el Registro Civil...»

Aún serían necesarios varios pasos más para alcanzar la vigencia del deseado Código: un Real Decreto de 6 de octubre de 1888 manda que se publique el texto del Código conforme a la redacción dada por la comisión siguiendo la Ley de Bases; un Real Decreto de 11 de febrero proroga el plazo de entrada en vigor del Código hasta el 1.º de mayo siguiente; una iniciativa de Gumersindo Azcárate, hace que se dicte una ley en 26 de mayo de 1889, por la que se ordena al Gobierno hacer una nueva edición del Código, en la que se incluirán las enmiendas y adiciones que a juicio de la Sección de lo Civil de la Comisión General de Codificación, fueran necesarias según el resultado de las discusiones surgidas en ambas cámaras; al fin un Real Decreto de 24 de julio de 1889 manda insertar en la «Gaceta de Madrid» esta nueva edición.

La codificación civil, cuyos primeros intentos surgen el 5 de febrero de 1811 por los auspicios de las Cortes de Cádiz, llegaría a cristalizar en un cuerpo concreto con la firma de María Cristina, tras setenta y ocho años de intensos cambios políticos que influyen, sin duda, en las oscilaciones codificadoras.

Concretado el sistema matrimonial en el artículo 42 del Código civil: «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». No significa esto, en absoluto, la claridad en el sistema. El matrimonio canónico surte efectos civiles, y junto a él se regula un matrimonio civil, pero sólo podrán contraerlo los que no «profesen el catolicismo». Pero ¿qué es «profesar...»? Los continuos cambios legislativos, en materia matrimonial, hasta la promulgación del Código civil no terminan con su publicación, a partir de entonces también se va a dar en la práctica, en España, todos los sistemas matrimoniales posibles a nivel teórico.

(64) POSTIUS Y SALA, Juan, *El Código Canónico aplicado a España en forma de instituciones*, quinta edición, Madrid, 1926, págs. 315 y 316.

(65) Se puede ver un completo análisis de las mismas en ESCUDERO ESCORZA, Fernando, ob. cit., págs. 35 y ss.

El término «profesar...» entra así con todas las solemnidades —a nivel de Código— a formar parte del ordenamiento jurídico español, y con él una grave dificultad para determinar con exactitud, cual es el sistema matrimonial español.

La Administración inmediatamente trató de interpretar tal término —en realidad de calificar el sistema matrimonial español—. A indicar el contenido de esos intentos calificadores, en el período comprendido entre la promulgación del Código civil y la II República española estarán dedicadas las siguientes líneas.

La afirmación de García Cantero en el sentido de que «La imprecisa expresión terminológica del artículo 42 ha permitido, que según las condiciones político-religiosas de los partidos turnantes en el Poder, se exigiera con mayor o menor rigor la forma matrimonial canónica y, en consecuencia, se diera mayor o menor extensión subjetiva al matrimonio exclusivamente civil» (66), es perfectamente cierta en este período (es obvia su inaplicabilidad en los posteriores períodos, ya que durante la II República el artículo 42 queda virtualmente derogado, y que en nuestra más reciente historia, hasta muy recientemente, los partidos políticos carecen de existencia legal). Así quedará puesto de relieve a continuación.

Las dificultades que tal expresión iba a plantear fueron señaladas por Azcárate, aún antes de la promulgación del Código, «¿Quién va a declarar si los contrayentes son o no católicos?... ¿Ellos mismos? ¿O será preciso que la Iglesia lo declare?» (67) no obstante la expresión subsistió, y la primera respuesta a las preguntas de Azcárate fue dada mediante la Real Orden de 28 de diciembre de 1900, dictada durante el Gobierno conservador.

La Real Orden de 1900 se inclina por una solución relativamente restrictiva si la comparamos con la siguiente, pero menos restrictiva de lo que cabría suponer (68). Considera la Real Orden de 1900 que

(66) GARCÍA CANTERO, Gabriel, ob. cit., pág. 16.

(67) Citado en DE FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo, *El sistema...*, cit., página 15.

(68) Este es el texto completo de tal Real Orden: «Instruido expediente con motivo de una instancia de D. J. P. V. en solicitud de que se resolviera, según lo dispuesto en el artículo 83 y siguientes del Código civil y en la Orden de la Dirección General de 19 de junio de 1880, que la manifestación por los interesados del deseo de contraer matrimonio en la declaración de que trata el artículo 86 del Código Civil, y la ratificación exigida en el 89 del mismo, exime de todo otro requisito que no sea de los taxativamente expresados en la Ley para conseguir su pretensión: Vistos los artículos 4.º y 42 del Código, la resolución... de 1.º de junio de 1880 y las Reales órdenes recaídas en expedientes de dispensa, de impedimentos para contraer matrimonio civil.

Considerando que para la celebración del matrimonio civil han de observarse, no sólo y exclusivamente, según pretende el recurrente, los preceptos consignados en el cap. 3.º del título 4.º, libro 1.º, del Código Civil, que tratan de un modo concreto o especial de dicho matrimonio, sino además los contenidos en el capítulo 1.º del expresado título y libro, que comprenden, como su epígrafe declara, las disposiciones que convienen a las dos únicas formas del matrimonio reconocidas por dicho Código:

Considerando que el artículo 42 del mismo Código, que es el primero

no profesar la Religión Católica es equivalente a «declaración hecha ante la autoridad competente por ambos contrayentes, o al menos por uno de ellos, que no profesan la Religión católica...». Así, pues, esta Real Orden no sólo pretende solucionar el tema del contenido del término «profesar, sino que soluciona otro problema planteado por el artículo 42: bastará con la declaración de uno de ellos de los contrayentes para que se pueda celebrar el matrimonio civil.

Aunque esta Real Orden sea dirigida a resolver un caso concreto, su importancia es trascendental, y así lo ha entendido la generalidad de la Doctrina (69), desprendiéndose de sus opiniones que consideraran tal Real Orden de aplicación general.

A pesar de la escasa dificultad que supone para acceder al matrimonio civil, la declaración exigida por la Real Orden de 1900 —extrema facilidad que ha motivado críticas doctrinales (70)— el Go-

---

del referido cap. 1.º, impone a los que profesan la Religión Católica, la obligación de contraer matrimonio canónicamente, o sea, con arreglo a las disposiciones de la Iglesia y del Santo Concilio de Trento, según declara el artículo 75 del propio cuerpo legal:

Considerando que impuesta por el legislador a los que profesan la Religión Católica y quieren contraer matrimonio la forma y requisitos establecidos por la legislación canónica, es evidente que los funcionarios del Estado no pueden acceder a las pretensiones de los que solicitan la celebración del matrimonio en la forma meramente civil que ordena el Código, sin que los futuros contrayentes aseguren bajo su palabra que no profesan aquella religión, y que por este motivo no vienen tampoco obligados a observar la forma canónica, a fin de evitar la responsabilidad que en caso contrario pudiera exigirles autorizando actos de tanta trascendencia que adoleciesen el vicio de nulidad, con estricta sujeción al artículo 4.º del Código Civil.

Considerando que, de acuerdo con esta interpretación, se ha dictado repetidas resoluciones... en el sentido de considerar como requisito necesario para la celebración del matrimonio civil la manifestación hecha ante autoridad competente por ambos contrayentes, o al menos por uno de ellos, que no profesan la Religión católica...:

Considerando que la resolución de esta Dirección general de 19 de junio de 1880, que invoca el recurrente en apoyo de su petición, aunque se refiere al Real Decreto de 9 de febrero de 1875, que estableció la eficacia jurídica o civil del matrimonio canónico, se halla inspirada en el mismo sentido que las dictadas con posterioridad a la promulgación del Código Civil, en cuanto a la necesidad del que tenían los que solicitaban la celebración del matrimonio civil de manifestar al funcionario competente para celebrarlo que no profesaban la Religión Católica:

Considerando que la pretensión deducida por D. J. P. V. se halla en abierta oposición con los referidos preceptos del Código...:

El Rey (Q. D. G.)... ha tenido a bien resolver que no ha lugar a la pretensión formulada ante este centro directivo por el mencionado D.J.P.V.».

(69) ESCUDERO ESCORZA, Ferrando, ob. cit., págs. 104 y 105; DE FUENMAYOR CHAMFÍN, Amadeo, *El sistema...*, cit., págs. 15 y 16; GARCÍA CANTERO, Gabriel, ob. cit., pág. 16; CASTÁN TOBEÑAS, José, ob. cit., tomo quinto, pág. 126; DE LA HERA, Alberto, *Matrimonio civil y revisión del Concordato. (Cuestiones en torno al artículo 42 del Código civil)*, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, tomo XXVIII, fascículo III, julio-septiembre MCMLXXV, pág. 654.

(70) Vid., por ejemplo, LÓPEZ NIÑO, José María, *Los sistemas Matrimoniales en el Derecho concordatario*, Madrid, 1971, pág. 139, y DE LA HERA, Alberto, *Matrimonio Civil...*, cit., pág. 645.

bierno liberal de Romanones suaviza tal exigencia mediante una nueva Real Orden de 27 de agosto de 1906 (71).

En virtud de la Real Orden de 1906 se da la interpretación más amplia posible del artículo 42 de C. c. Para justificar tal interpretación se emplean varios argumentos: 1. La Real Orden de 1900 sólo se dictó para ser aplicada en un caso concreto —y por lo tanto no tiene validez general—; por nuestra parte nos preguntamos: ¿Si no es de aplicación general, por qué mencionarla?; 2. El artículo 42 del C. c.

(71) «Ilmo. Sr.: Habiéndose suscitado dudas sobre la manera de aplicar las disposiciones del Código Civil vigente que se relacionan con los requisitos que han de preceder a la celebración del matrimonio civil, establecido por el capítulo 3.º, título 5.º, libro 1.º, del mismo Código.

Teniendo en cuenta que la Real Orden de 28 de diciembre de 1900, última disposición que se ha dictado sobre esta materia, no es de aplicación general, refiriéndose tan sólo a un caso especial, que fue resuelto en el sentido de denegar la instancia del solicitante, que pedía se resolviese «que la manifestación por los interesados de su deseo de contraer matrimonio en la declaración de que trata el artículo 86 del Código, y la ratificación exigida en el 89 del mismo eximen de todo otro requisito que no sea de los expresados taxativamente en la Ley para conseguir su pretensión».

Atendiendo asimismo que la disposición del artículo 42 del mencionado Código no establece un precepto que amengüe en lo más mínimo la libertad de los católicos para adoptar una de las dos formas de matrimonio que autoriza la ley, sino que, rectamente interpretada, constituye la proclamación del debido respeto a la solemne y tradicional ritualización que más puede satisfacer a la conciencia de los que profesan la Religión Católica y que por profesarla tienen la obligación de orden moral de contraer el matrimonio con sujeción a lo preceptuado por la Iglesia.

Considerando que la exigencia de expresa declaración que determine la religión que se profesa por los contrayentes no se halla comprendida ni en los artículos 86 y 89 del citado Código, ni en cuantos se refieren a la forma de celebrar el matrimonio meramente civil, ni la falta de ese requisito ha sido considerada como causa de nulidad entre las que determina dicho Código.

Considerando que la interpretación en este sentido de la invocada disposición se armoniza exactamente con las declaraciones que se hicieron al discutirse en el Congreso de los Diputados por los individuos de la Comisión que defendieron el proyecto, se halla conforme con el espíritu que informa la Constitución vigente y, a mayor abundamiento se ajusta a la doctrina constante de que no es lícito establecer distinciones donde la ley no distingue:

Considerando que, no obstante lo resuelto por la Real Orden antes mencionada de 28 de diciembre de 1900 y alguna resolución adoptada en el sentido de que se exigiera celebrando matrimonios civiles en distintos Juzgados sin el cumplimiento de tal requisito, cuya diferencia de criterio y de circunstancias en tan importante materia hace preciso la adopción de un criterio general que pueda y deba servir de norma en todos los casos:

En atención a las razones y fundamentos legales expuestos, S. M. el Rey (Q. D. G.) se ha servido resolver que no se exija a los que pretendan contraer matrimonio civil, conforme a las disposiciones de los artículos 86 y 89 y siguientes del Código civil, declaración alguna relativa a la religión que profesan, ni más requisitos que los que la ley taxativamente establece.

De Real Orden lo digo a V. I. para conocimiento y efectos que correspondan, debiendo comunicarlo, en la forma más conveniente, a todos los jueces municipales encargados de los Registros civiles, Dios guarde a V. I. muchos años. Madrid, 27 de agosto de 1906, Romanones.—Señor Director general de los Registros civiles y de la propiedad y del Notariado».



no establece ninguna restricción para los católicos, en cuanto a la posibilidad de acceder al matrimonio civil; 3. La declaración de no profesión no viene exigida en ningún lugar del Código, y 4. Según la interpretación dada por la Real Orden de 1906, no es necesario, para acceder al matrimonio civil, declarar que se profesa por lo tanto «no profesar» es según la Real Orden del 1906 equivalente a acudir a contraer matrimonio civil.

Estimamos que algunos de los argumentos empleados pueden ser considerados como válidos. No obstante la reacción contra tal Real Orden parece ser que fue fulminante, el propio Romanones la describe así:

«No puede sospecharse la estrepitosa protesta que levantó esta resolución, seguro estoy de que en ningún país del mundo, en pleno siglo xx, se hubiera producido otra igual... El Episcopado no omitió medio para atacarme. Hubo Obispo, como el de Tuy, que no se detuvo ante los respetos más elementales debidos al poder público, y me hizo blanco de los mayores vituperios, con tal arrojó que despertó en mi ánimo la simpatía. En una larga pastoral, deleitosa para las derechas, lo más suave que me llamó fue tonto... con el de Tuy habían hecho causa común todos los obispos de España. A sus ataques siguieron los de varios cabildos; el de Córdoba se destacó con tal violencia que fue necesario procesarlo» (72).

Mediante una circular de la Dirección General de Registros de 31 de agosto del mismo año se insta al cumplimiento de la Real Orden (73), ocasión que es aprovechada por el obispo de Badajoz para atacar el nuevo sistema con algo más que palabras. En efecto, el mencionado prelado interpone recurso contencioso administrativo contra la circular, resuelto por auto de 4 de febrero de 1907, en el sentido de considerar que no era impugnabile por su carácter civil (74).

Tales críticas, que son reiteradas por nuestra más moderna doctrina (75), provocan la pronta caída de la Real Orden de 1906.

En efecto, una Real Orden de 28 de febrero de 1907 pasa a modificar el sistema nuevamente (76).

---

(72) *Obras completas del Conde de Romanones*, tomo 3, «Memorias», páginas 216-218, citado en ESCUDERO ESCORZA, Fernando, ob. cit., pág. 107.

(73) No transcribimos su contenido, pues no afecta, en absoluto, al tema aquí planteado; puede encontrarse en *Colección Legislativa de España*, primera serie, parte primera, «Legislación y disposiciones de la Administración central», tomo XXVI, volumen 3.º de 1906, Madrid, 1906, págs. 516 y 517.

(74) Vid. DE FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo, *El sistema*, cit., págs. 17 y 18.

(75) Vid. ESCUDERO ESCORZA, Fernando, ob. cit., pág. 106; GARCÍA CANTERO, Gabriel, ob. cit., pág. 17; DE LA HERA, Alberto, *Matrimonio Civil...*, cit., pág. 645.

(76) El texto completo de tal R. O. es el siguiente:

Ilmo. Sr. Vista la consulta elaborada por el Juez de primera instancia de Montblanch:

Resultando que a fin de comprobar una solicitud de dispensa de impedimento para contraer matrimonio civil, José Miguel Vidal y Josefa Antonia Miquel Flanques pidieron certificaciones de ciertos documentos que obran en el archivo parroquial de Espluga de Francolí, y el cura párroco

Nuevamente coincide la más moderna doctrina en señalar la im-

se negó a expedirla y persistió en esta negativa cuando el Juzgado de Primera Instancia de Montblanch reclamó los aludidos documentos por gestión que los interesados hicieron en 24 de diciembre último. Expresó en el oficio denegatorio que «sin ánimo de desobedecer las legítimas ordenaciones de la Autoridad civil, estaba dispuesto a cooperar a la recta administración de justicia y expedir las certificaciones de las partidas que se le pidieron para actos del estado civil o para asuntos del Registro, no pudiendo, sin violentar su conciencia, librarlas cuando se pidan para celebrar matrimonio civil de católicos, que, además de cometer con ello un gravísimo pecado, vienen obligados, según el artículo 42, en su relación con el 75, del Código civil, a contraer el canónico».

Resultando que renovada la orden del juez, con apercibimiento al párroco de ser procesado por desobediencia y denegación de auxilio si en el término de cuarenta y ocho horas no expedía las certificaciones, contestó éste que los libros de la época a que ellas se referían están en el palacio Arzobispal de Tarragona:

Resultando que el Prelado Metropolitano, a quien el Juzgado entonces las reclamó, manifestó no poder acceder «por razón de pedirse dichas certificaciones para contraer matrimonio civil por dos súbditos suyos que antes de dirigirse al Juzgado a pedir la dispensa la habían pedido a su propio párroco y al Expedicionero Diocesano de preces a Roma. Nos no podemos (añadió), sin gravar nuestra conciencia, cooperar con nuestro auxilio a la comisión de un gravísimo pecado, como es el que cometen dos católicos que, con desprecio de las leyes de la Iglesia, contraen o intentan contraer matrimonio civil... Entendemos, por otra parte, que el acto intentado por los referidos contrayentes no tan sólo es anticanónico, sino también ilegal. Ninguna competencia tiene ni se ha querido arrogar el Estado referente al matrimonio de los católicos, según se desprende de los artículos 42, en relación al 75, del Código Civil». El Arzobispo rogó, por fin, al Juez exhortante que suspendiese las diligencias, indicando a los peticionarios que acudiesen a él para obtener la dispensa:

Resultando que el Juez de primera instancia de Montblanch, con suspensión del curso del expediente, pide que se le comunique la resolución que se estime procedente:

Considerando, cuanto a las certificaciones reclamadas, que expedirlas o denegarlas no es potestativo, ni puede quedar al arbitrio de las Autoridades eclesiásticas, toda vez que por efectos de la coordinada armonía entre la Iglesia y el Estado, los documentos cuyos originales se custodien en archivos parroquiales o diocesanos resultan con frecuencia necesarios e insustituibles para comprobación de hechos definitorios del estado civil de las personas, o concernientes al vínculo matrimonial, para ejercitar derechos de otra índole en el orden civil o para apoyar instancias o gestiones del orden administrativo; necesidad que todavía se acrecienta cuando los documentos datan de tiempos anteriores a la institución del Registro Civil:

Considerando que, según el artículo 11 de la Constitución de la Monarquía y lo dispuesto en el título IV, libro I, del Código Civil, las certificaciones o compulsas de documentos custodiados en archivos parroquiales o diocesanos pueden ser necesarias para instruir y formalizar expedientes o actuaciones de matrimonio civil, o con este relacionadas, y en casos tales el ejercicio de derechos que las leyes reconocen y amparan tampoco puede quedar subordinado al acuerdo de la Autoridad eclesiástica, ni ésta puede optar entre expedir o denegar copias fehacientes en razón del designio con que fueron reclamadas:

Considerando que las negativas opuestas por el cura párroco de Espluga de Francolí y por el prelado Metropolitano de Tarragona no implican desconocimiento de esta doctrina, sino que provienen del hecho de ser tenidos por católicos, esta vez, los solicitantes de dispensa de impedimento para

portancia de la Real Orden (77), y en señalar que con esta Real

contraer matrimonio civil, quienes antes la habían pedido a su propio párroco y en el Expedicionero Diocesano de Preces a Roma, y se fundan en estimar que el artículo 42 y sus concordantes del Código civil obligan a los católicos que quieran contraer matrimonio a observar y guardar las disposiciones de la Iglesia Católica y del Santo Concilio de Trento, admitidas como leyes del Reino; de manera que los motivos invocados para denegar las certificaciones caducarían si constase que los futuros contrayentes del matrimonio jamás pertenecieron, o dejaron de pertenecer a la Iglesia Católica:

Considerando que la Real Orden emanada de este ministerio en 27 de agosto último, al proclamar «la libertad de los católicos para adoptar una de las dos formas de matrimonio que autoriza la ley» y al disponer «que no se exija a quienes pretenden contraer matrimonio civil declaración alguna relativa a la religión que profesen», excede del límite de las facultades ministeriales, por cuanto la aplicación a interpretación de los preceptos del Código en la materia están reservadas a los Tribunales de Justicia, y su modificación o aclaración, a las Cortes con el Rey.

Considerando que, además de manifestarse en el actual conflicto la dicha extralimitación ministerial otras muchas y graves perturbaciones causarían hacer depender del variable arbitrio gubernativo los derechos de familia y tal vez la firmeza misma del vínculo conyugal, en razón de la formalidad y legalidad observadas en la celebración de cada matrimonio; asuntos de rigurosa justicia, atribuidos exclusivamente a los Tribunales que por ministerio de la Ley sean competentes, según quedó reconocido en Reales Ordenes de 27 de diciembre de 1905 y 17 de marzo de 1906:

Considerando que al resolver sobre recursos gubernativos con ocasión de actos del Registro Civil o incidencias de expedientes matrimoniales, y también al dictar órdenes de índole reglamentaria para el régimen de los servicios que le están encomendados, este Ministerio necesita atenerse rigurosamente a la observancia fiel de las leyes del Reino, y cuando sea lícito interpretarlas debe respetar la doctrina legal autorizada por la jurisprudencia acerca de derechos civiles y de cualquiera materia reservada a la competencia de los Tribunales, según aconteció al expedir la Real Orden de 28 de diciembre de 1900, en contra de la cual y de los precedentes por ella mencionados resulta dictada con carácter de estatuto general la otra Real Orden de 27 de agosto de 1906:

Considerando que para la generalidad de casos de desacuerdo entre las Autoridades civiles y eclesiásticas sobre opción entre ambas formas de matrimonio o sobre incidencias de tales asuntos, incumbe al Ministerio fiscal promover, en el orden de jurisdicción que cada vez señalen como adecuado las circunstancias, la aplicación de las disposiciones vigentes, a reserva de las que nuevamente fueron acordados o estatuidas con el desigmo de prevenir o resolver mejor estos conflictos.

S. M. el Rey (Q. D. G.) se ha servido resolver:

1.º Que se deje sin efecto la citada Real Orden de 17 de agosto de 1906.  
2.º Que en cuando llegue a constar en el expediente que sus promovedores, José Miguel y Josefa Antonia Miquel, según el artículo 42 del Código, no deban contraer matrimonio canónico, el Juzgado de Montblanch, oído el Ministerio Fiscal, podrá y deberá insistir en la reclamación de cualesquiera documentos custodiados en los archivos eclesiásticos que estime necesario para completar las diligencias relativas al matrimonio civil o a cualquiera de sus incidencias.

civiles y eclesiásticas surjan sobre opción entre ambas formas de matrimonio.  
3.º Que, como regla general, en los desacuerdos que entre Autoridades monio, entrega de certificaciones u otras incidencias de asuntos tales, el Fiscal de S. M. en la Audiencia del territorio sea oído para que cada vez que corresponda promueva la aplicación de las disposiciones vigentes.

Orden de 1907 se vuelve a poner en vigor la Real Orden de 1900 (78). Si bien la primera idea es correcta, tal vez la segunda exija alguna matización. Pero analicemos la Real Orden de 1907.

Al igual que en la Real Orden de 1900, también ahora un caso concreto hace surgir una disposición de pretendida aplicación general.

La contumacia de un párroco secundada por un obispo —que da claro, una vez más, que el Episcopado español no renunció a ningún arma para luchar contra la Real Orden— en no facilitar una documentación obrante en sus archivos (y que están obligados a facilitar, según se ocupa de señalar la propia Real Orden), y necesaria para que se pueda celebrar un matrimonio civil, aduciendo que ello permitiría que se celebrase tal matrimonio, lo cual contradice a la moral («cometer un gravísimo pecado») y al ordenamiento civil español («vienen obligados, según el art. 42»), dio lugar a que la autoridad estatal derogase la Real Orden de 1906. Es bien cierto que la Real Orden de 1908 aduce razones jurídicas, pero es igualmente cierto que el elemento desencadenante de la actuación administrativa es la actitud de la Autoridad Eclesiástica.

Decíamos más arriba que no considerábamos exacta la opinión doctrinal, en virtud de la cual mediante la Real Orden de 1907 entra nuevamente en vigor la Real Orden de 1900. En efecto:

Las afirmaciones básicas, de la Real Orden de 1907 en las que apoyamos nuestra opinión son las siguientes:

«... la Real Orden emanada de este Ministerio en 17 de agosto último... excede el límite de las facultades ministeriales, por cuanto *la aplicación e interpretación de los preceptos del Código en la materia están reservados a los Tribunales de justicia...*» y «...al resolver sobre recursos gubernativos con ocasión de actos del Registro Civil o incidencias de expedientes matrimoniales, y también al dictar órdenes de índole reglamentaria para el régimen de los servicios que le están encomendados, este Ministerio necesita atenerse rigurosamente a la observancia fiel de las leyes del Reino, *y cuando sea lícito interpretarlas debe respetar la doctrina legal autorizada por la jurisprudencia a cerca de derechos civiles y de cualquier materia reservada a la competencia de los Tribunales..* ».

Lo que la Real Orden de 1907 dice realmente es, que si la administración tiene que «interpretar», debe de hacerlo en el sentido en que hayan interpretado los Tribunales. Si lo hace en

---

De Real Orden, lo digo a V. I. para su conocimiento y demás efectos. Dios guarde a V. I. muchos años. Madrid, 28 de febrero de 190 , Figueroa. Señor Director general de los Registros civil y de la propiedad y del Notariado».

(77) GARCÍA CANTERO, Gabriel, ob. cit., pág. 17; DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, *El sistema...*, cit., págs. 18 y 19; CASTÁN TOBEÑAS, José, ob. cit., tomo quinto, pág. 126; ESCUDERO ESCORZA, Fernando, ob. cit., págs. 107-109; DE LA HERA, Alberto, *Matrimonio Civil...*, cit., pág. 646; LÓPEZ NIÑO, José María, ob. cit., pág. 141; LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHEO REBULLIDA, Francisco de Asís, ob. cit., pág. 29; ESPÍN, Diego, ob. cit., pág. 26.

(78) Vid. nota anterior.

sentido distinto tal «interpretación» será nula de pleno derecho. Si se alude a la Real Orden de 1900 no es para señalar su validez general, sino meramente a título ejemplificador: la Real Orden de 1900 era válida porque no se oponía la interpretación jurisprudencial.

Desde tal punto de vista parece innecesario el «Resolver que se deje sin efecto la ... Real Orden de 27 de agosto de 1906»; ya que tal disposición, en el caso de oponerse a la interpretación jurisprudencial, era nula de pleno derecho.

La Real Orden de 1907 adopta una postura que consideramos plenamente acertada: la interpretación del término «profesar»... corresponde a los tribunales de justicia, unificando los criterios el T. S., y las disposiciones administrativas sólo serán legales en la medida en que se ajusten a la interpretación jurisprudencial del término.

Siguiendo escrupulosamente su propio texto, la Real Orden de 1907 en su parte resolutoria afirma: «...cuando llegue a constar en expediente que sus promovedores... según el art. 42 del Código, no deban contraer matrimonio canónico...», sin pretender señalar qué es lo que exactamente debe constar en el expediente, dejando tal extremo a merced de la opinión judicial.

La siguiente etapa de esta agitada historia viene marcada por la Real Orden de 28 de junio de 1913 (79).

(79) Este es el texto completo de tal disposición:

«Vista la instancia dirigida al juez municipal de..., con fecha 31 de agosto último, en la que N. N. y N. N., vecinos de dicha población, solicitaron del juzgado, acompañando los documentos necesarios, que se instruyan las diligencias previas para el matrimonio civil que pensaban contraer, declarando no pertenecer a la Religión Católica y no habían demostrado estar separados de ella ni reconocido otra alguna:

Vistos el párrafo 2.º del artículo 11 de la vigente Constitución de la Monarquía, los artículos 2.º y 42 del Código civil, las órdenes resolutorias de 28 de junio de 1880 y de 28 de diciembre de 1900, la Real Orden de 28 de febrero de 1907, así como el párrafo último del artículo 369 del Código penal y el 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

Considerando que ha sido y es criterio constante de interpretación, del citado artículo 42 *con reducidas y efímeras desviaciones*, que la declaración hecha por ambos o uno solo de los que pretendan contraer matrimonio civil de no profesar la Religión Católica, basta para exceptuarlo de la imposición contenida en la primera parte del citado artículo.

Considerando que esta declaración expresa la han hecho N. N. y N. N. en el escrito presentado al juez municipal de..., en 31 de agosto del año último, que dice: «...desean contraer matrimonio civil, por no pertenecer a la Religión Católica, y conforme a las disposiciones vigentes, artículos 42 y siguientes del Código civil, para cuyo efecto acompañan a esta declaración los necesarios documentos...».

Considerando que al proveer a esta petición el juez municipal de..., en 16 de septiembre inmediato, desestimando la pretensión deducida en el escrito de referencia, «por cuanto que los recurrentes consta de un modo fehaciente pertenecen a la Religión Católica, y no han demostrado ni antes ni después al matrimonio proyectado estar separados ni conocida otra religión que la Católica Apostólica Romana», infringe las primeras disposiciones citadas al principio, desconoce un derecho atribuido a los solicitantes, ejercitado en forma legal, a pretexto tan exorbitante como el de suponer

Nuestra doctrina ha concedido menor interés a la presente: Real Orden que las anteriores (80), es cierto que no supone, en apariencia, un cambio radical, pero sí tiene una importancia notable.

Según la interpretación que hemos dado a la Real Orden de 1907, de acuerdo con el propio artículo 42 del C. c., la situación quedaba clasificada en el sentido de que era competencia de los jueces el completar el contenido del término «profesar»... Sin embargo, en el caso resuelto por la Real Orden de 1913, se insta al fiscal para que incoe un sumario, contra un Juez que se opone a la celebración de un matrimonio civil, en razón de que estima que los contrayentes «profesan la Religión católica», y que por tanto, estarían obligados a contraer matrimonio canónico.

La Real Orden de 1913 considera válida la Real Orden de 1907—la cita varias veces para apoyar sus conclusiones— y sin embargo, intenta sancionar a un Juez que la aplica. ¿Cómo explicar esta contradicción?

Tal vez la única explicación posible —y es una mera hipótesis, pues nada se dice expresamente en la Real Orden comentada— es que los jueces habían ejercitado su función interpretadora —según señalaba la Real Orden de 1907—, pero que en algún momento el T. S. completó la tarea interpretadora de todos los escalones del

que autorice la ley, ni pueda existir ni prevalecer contra ella otra prueba del estado de conciencia, de naturaleza tan íntima y respetable, como la solemne declaración del interesado:

Considerando, por último, que no son los jueces municipales en todo caso los funcionarios encargados de discernir la permanencia o alejamiento de la comunidad de fieles de la iglesia Católica Apostólica Romana, y en este sentido, y para el caso no suscitado de desacuerdo sobre el particular entre autoridades civiles y eclesiásticas, al párrafo 3.º de la Real Orden de 28 de febrero de 1907, establece un procedimiento que no ha seguido el juez municipal de...

S. M. el Rey (Q. D. G.) se ha servido disponer:

1.º Que se remita al Fiscal de la Audiencia de... la instancia extractada para que promueva, si procediere, la incoación del aportado sumario contra el juez municipal de..., quien parece incluso en la responsabilidad señalada en el artículo 369 del Código penal, y que dé cuenta a este Ministerio del recibo de la orden y de su cumplimiento.

2.º Que se imponga al repetido juez municipal la multa de 100 pesetas, cuya esación será encomendada al juez de primera instancia de...

3.º Que se ordene al nombrado juez de primera instancia que requiera a los interesados para que reproduzcan su instancia acompañada de los documentos oportunos ante el dicho juez municipal, y a éste para que admita y tramite sin dilación el oportuno expediente, bajo apercibimiento de proceder contra él a lo que haya lugar.

4.º Que esta resolución se publique en la «Gaceta de Madrid» y en «Boletín Oficial» de este Ministerio.

De Real Orden, comunicada por el excelentísimo señor Ministro de Gracia y Justicia, lo digo a V. S. para su conocimiento y fines expresado. Dios guarde a V. S. muchos años. Madrid, 28 de junio de 1913.—El Director General, Fernando Weyler. Señor Fiscal de la Audiencia de...»

(80) No es citada en ESPÍN, Diego, ob. cit.; LÓPEZ NIÑO, José María, ob. cit.; CASÁN TOBEÑAS, José, ob. cit., tomo quinto.

poder judicial, con su misión unificadora. En definitiva, que el T. S. sentó jurisprudencia en el sentido de considerar que «no profesar...» es equivalente a «declarar que no se profesa...». Si aparece claro en la Real Orden de 1913 que tal era la interpretación dominante en la época.

La primera historia de nuestro artículo 42 del C. c. podría resumirse en el sentido de que en el período transcurrido desde su promulgación hasta la II República, el término «profesar...» ha tenido una interpretación mayoritaria en el sentido de que «no profesar...» equivale a «declarar que no se profesa...» interpretación a la que, con De la Hera, consideramos que «... no le falta lógica... en lo que hace a la fuerza de la declaración de acatolicidad, no es que ésta se presuma verdadera *iuris et de iure*, sin que quepa alegar en contra la vida hasta ese momento llevada por el declarante; es que, al declarar su acatolicidad para celebrar un matrimonio civil está indudablemente separándose de la Iglesia en ese instante, y así la declaración es siempre verdadera...» (81). Sólo hay un breve paréntesis en tal interpretación, es el transcurrido desde la Real Orden de 27 de agosto de 1906 hasta la Real Orden de 28 de febrero de 1907. Siendo de destacar esta última Real Orden por situar la resolución del problema en sus justos términos —al menos en nuestra opinión—, como ya se indicó más arriba.

## V. LA LEGISLACION MATRIMONIAL DE LA II REPUBLICA ESPAÑOLA. ESTABLECIMIENTO DE UN SISTEMA DE MATRIMONIO CIVIL OBLIGATORIO.

La tortuosa ruta seguida por la legislación matrimonial, sufriría un nuevo quiebro con el advenimiento de la II República española. El sistema se clarificó —es obvio— con la promulgación de la Ley de Matrimonio Civil.

Un rápido recorrido por la legislación matrimonial de la II República en sus dos primeros años, será suficiente para obtener una clara panorámica de la situación del matrimonio en España, en ese momento. Dedicaremos una mayor atención al período transcurrido desde el 14 de abril de 1931 hasta el 4 de julio del siguiente año; ya que en este período se plantean los principales problemas relativos al sistema matrimonial.

Instaurada la República el día 14 de abril de 1931 comienza la actividad legislativa ese mismo día, uno de los cuatro decretos que se dictan en esa fecha incide directamente en la temática aquí analizada (82). Nos referimos al Decreto en el que se marcan las

(81) DE LA HERA, Alberto, *Matrimonio civil...*, cit., pág. 647.

(82) Los otros tres decretos se refieren: 1.º Nombramiento de Niceto Alcalá Zamora como Presidente del Gobierno provisional de la República. 2.º Concesión de una amnistía de todos los delitos políticos, sociales y de imprenta, y 3.º Declarando fiestas nacionales el 15 de abril de 1931 y el 14 de abril de los sucesivos años.

líneas de actuación del Gobierno provisional, y más en concreto a su punto 3.º en el que se dice: «El Gobierno provisional hace pública su dedicación de respetar de manera plena la conciencia individual mediante la libertad de creencias y cultos, *sin que el Estado en momento alguno pueda pedir al ciudadano revelación de sus convicciones religiosas*» (el subrayado es nuestro). Aunque el Gobierno se sometía a las Cortes Constituyentes (preámbulo y punto 1.º del Decreto), esta declaración tendría una notable importancia. En razón de que se insiste en el mismo sentido en otro Decreto posterior, dejaremos para ese momento nuestro comentario.

La siguiente disposición republicana en materia de Derecho matrimonial es una Orden Ministerial de 5 de mayo de 1931 relativa a la aplicación del Código Civil para la determinación de la mayoría de edad a efectos de aplicación del régimen de protección social a la familia. Su nula incidencia en la regulación jurídica del acceso al matrimonio exime de cualquier comentario.

La sustitución de un régimen de tolerancia por uno de libertad de cultos, hace que el Ministro de Justicia presente un proyecto de Decreto de libertad de cultos al Consejo de Ministros, que se transforma en Decreto con la sanción del presidente del Gobierno. El artículo 1.º de esta disposición de 22 de mayo de 1931 decreta:

«Nadie, en ningún acto de servicio ni con motivo de una relación con órganos del Estado, está obligado a manifestar su religión; en su virtud, *los funcionarios así civiles como militares, se abstendrán de inquirir sobre las creencias religiosas de quienes comparezcan ante ellos o les están subordinando*» (el subrayado es nuestro).

El tenor es el mismo que el del punto 3.º del Decreto del 14 de abril, ello permite un comentario conjunto de ambas disposiciones.

De la Hera, refiriéndose a ambos Decretos y a las Reales Ordenes de 1900 y 1913, afirma: «... De atenerse a lo dispuesto por el Gobierno republicano, se hace imposible exigir la declaración de no profesión de la religión católica que las citadas Reales Ordenes imponían interpretando el artículo 42 del Código civil...» (83). Si el sistema matrimonial español venía regulado por las Reales Ordenes de 1900 y 1913, en el sentido que las interpreta la generalidad de la doctrina, y hay que aplicar los Decretos de 1931, llevando el razonamiento de De la Hera al límite, cabría concluir que la República había prohibido el matrimonio civil; ya que en virtud de los Decretos de 1931, nadie podría cumplir los requisitos, exigidos por las Reales Ordenes de 1900 y 1913, para contraer matrimonio civil. Tal conclusión sería absurda, pero además técnicamente incorrecta:

De ser cierto, y no lo es, que el acceso al matrimonio civil viene regulado por las Reales Ordenes de 1900 y 1913; tales disposiciones quedarían derogadas, en lo que se refiere a la declaración de no

(83) DE LA HERA, Alberto, *Matrimonio civil...*, cit., pág. 648.



profesión, como consecuencia de la promulgación de normas contrarias, posteriores y de rango superior: los Decretos de 1931. Con este razonamiento se llegaría a la conclusión de que el régimen de acceso al matrimonio civil, sería regulado por la Real Orden de 27 de agosto de 1906.

Pero es que tal razonamiento tampoco es correcto. La regulación de la admisión al matrimonio civil viene dada en el artículo 42 del C. c., artículo que debe ser interpretado en el sentido propugnado por la Real Orden de 28 de febrero de 1907. Así las cosas cabría plantear otro problema: ¿Puede el poder judicial interpretando, como es su obligación, el artículo 42, apartarse de los Decretos de 1931? La pregunta tiene en apariencia difícil respuesta. Pero teniendo en cuenta la especialísima naturaleza del Decreto del 14 de abril —al que cabría calificar del Decreto constitucional—, se debería responder en el sentido de que los jueces no podrían solicitar la declaración de no profesión. Así pues, por este otro camino que es el que consideramos correcto, se llega a la misma solución, el régimen aplicable sería el de la Real Orden de Romanones, pero ello en razón únicamente, de su coincidencia con los Decretos de 1931.

Las restricciones para los matrimonios de militares son suprimidas mediante Ley —la primera norma, en materia matrimonial, de la República, con rango de Ley— de 18 de septiembre de 1931 (84).

Un Decreto de 3 de noviembre de 1931, a la vez que anuncia la preparación de las leyes de divorcio y matrimonio civil, transpasa la competencia de los Tribunales eclesiásticos a los civiles en las causas de nulidad y separación.

El 9 de diciembre de 1931 se promulga la nueva Constitución (85).

---

(84) «Artículo único. A partir de la fecha de la promulgación de esta ley, todos los generales, jefes y oficiales y sus asimilados y clases de tropa de segunda categoría que pertenezcan al Ejército, en cualquier situación, podrán contraer matrimonio libremente, sin más limitación que la exigida por las leyes generales del Estado.»

(85) A partir de dicho texto legal, los elementos del sistema de Derecho Eclesiástico Estatal Constitucional serían los siguientes:

Art. 3.º «El Estado español no tiene religión oficial.»

Art. 14, punto 2.º «Son de exclusiva competencia del Estado español la legislación y la ejecución directa en las materias siguientes... Relación entre las Iglesias y el Estado y régimen de cultos.»

Art. 15, punto 1.º «Corresponde al Estado español la legislación y podrá corresponder a las regiones autónomas la ejecución, en la medida de su capacidad política, a juicio de las Cortes, sobre las siguientes materias: ...en cuanto a la legislación civil, la forma de matrimonio...»

Art. 25, párrafo 1.º «No podrán ser fundamento de privilegio jurídico: ... las creencias religiosas.»

Art. 26. «Todas las confesiones religiosas serán consideradas como asociaciones sometidas a una ley especial.

El Estado, las regiones, las provincias y los municipios no mantendrán,

Es bien sabido que el vértice de la pirámide kelseniana no es de aplicación inmediata. Que las normas constitucionales deben de ser desarrolladas en otras ordinarias que permitan su aplicación.

En materia matrimonial la Constitución de 1931 marca unas líneas claras; se va hacia un sistema de matrimonio civil obligatorio, siendo este matrimonio disoluble.

Creemos que el 9 de diciembre de 1931 el artículo 42 del C. c. no fue derogado, y que el sistema matrimonial era aún facultativo. Un análisis de los matrimonios celebrados desde tal fecha hasta

---

favorecerán, ni auxiliarán económicamente a las iglesias, asociaciones e instituciones religiosas.

Una ley especial regulará la total extinción en un plazo máximo de dos años, del presupuesto del Clero.

Quedan disueltas aquellas órdenes religiosas que estatariamente impongan, además de los tres votos canónicos, otro especial de obediencia a autoridad distinta de la legítima del Estado. Sus bienes serán nacionalizados y afectados a fines benéficos y docentes.

Las demás órdenes religiosas se someterán a una ley especial votada por estas Cortes Constituyentes y ajustadas a las siguientes bases:

1.º Disolución de las que, por sus actividades, constituyan un peligro para la seguridad del Estado.

2.º Inscripción de las que deban subsistir, en un Registro especial dependiente del Ministerio de Justicia.

3.º Incapacidad de adquirir y conservar, por sí o por persona interpuesta, más bienes que los que, previa justificación, se destinen a su vivienda o al cumplimiento directo de sus fines privativos.

4.º Prohibición de ejercer la industria, el comercio o la enseñanza.

5.º Sumisión a todas las leyes tributarias del país.

6.º Obligación de rendir anualmente cuentas al Estado de la inversión de sus bienes en relación con los fines de la Asociación.

Los bienes de las órdenes religiosas podrán ser nacionalizados.»

Art. 27. «La libertad de conciencia y el derecho de profesar y practicar libremente cualquier religión quedan garantizados en el territorio español, salvo el respeto debido a las exigencias de la moral pública.

Los cementerios estarán sometidos exclusivamente a la jurisdicción civil. No podrá haber en ellos separación de recintos por motivos religiosos.

Todas las confesiones podrán ejercer sus cultos privadamente. Las manifestaciones públicas del culto habrán de ser, en cada caso, autorizadas por el Gobierno.

Nadie podrá ser compelido a declarar oficialmente sus creencias religiosas.

La condición religiosa no constituirá circunstancia modificativa de la personalidad civil ni política, salvo lo dispuesto en esta Constitución, para el nombramiento del presidente de la República y para ser presidente del Consejo de Ministros.»

Art. 41, párrafo 2.º «No se podrá molestar ni perseguir a ningún funcionario público por sus opiniones políticas, sociales y religiosas.»

Art. 43, párrafo 1.º «La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso o petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa.»

Art. 48, párrafos 5.º y 6.º. «La enseñanza será laica...

Se reconoce a las iglesias el derecho, sujeto a inspección del Estado, de enseñar sus respectivas doctrinas en sus propios establecimientos.»

Art. 70, punto b). «No podrán ser elegibles ni tampoco propuestos para candidatos [al puesto de presidente de la República]... los eclesiásticos, los ministros de las varias confesiones y los religiosos profesos.»

la promulgación de la ley de matrimonio civil permitiría admitir o refutar esta opinión.

La proximidad de una Ley del Divorcio hace que el Decreto de 3 de noviembre sea suspendido el 10 de diciembre siguiente, las demandas pendientes se tramitarán de acuerdo con la ley en proyecto (una prueba más de la provisionalidad, patológica, de la legislación matrimonial en nuestro país en todas las épocas).

La inexistencia de una norma clara —pensamos que sólo las Reales Ordenes de 1906 y 1907 han sido claras— en cuanto a la regulación de acceso al matrimonio civil, motiva que, con un retraso de diez meses, se dicte una Orden Ministerial el 10 de febrero de 1932 (86); la finalidad básica de tal Orden es derogar una norma: La Real Orden de 1900. Suponiendo que la Real Orden de 1900 fuese de aplicación general, al dictarse la Orden de 1932 llevaba ya más de un cuarto de siglo derogada, pero aun suponiendo que la

---

(86) «Considerando que establecidos en la Constitución vigente los principios de afesionalidad del Estado y de plena libertad de conciencia para profesar y practicar cualquier religión, es de toda evidencia que hasta que la Ley de Matrimonio Civil que actualmente redacta, para someterla a la aprobación del Gobierno y después a la de las Cortes, la Comisión Jurídica Asesora, se regulen definitivamente los requisitos, forma y solemnidades del matrimonio, no debe exigirse a los que se propongan contraer la civilmente declaración previa alguna acerca de sus creencias, quedando el precepto del artículo 42 del Código civil reducido a sus verdaderos límites de simple advertencia que solamente puede atender la conciencia de los interesados;

Considerando que por consecuencia de lo antes expuesto, y hasta que se apruebe y publique la Ley sobre Matrimonio civil, procede declarar derogada la Real Orden de 28 de diciembre de 1900 y disponer que los jueces municipales y los agentes diplomáticos y consulares que hagan sus veces en el extranjero, procedan a los matrimonios civiles de los que lo soliciten, sin exigir la declaración previa prevenida en la citada Real Orden;

Considerando que hasta tanto que aquella Ley se publique, es deber del Estado de facilitar la celebración del matrimonio civil, limitando y disminuyendo las dificultades que el actual sistema presenta, y a este fin deben existir en todos los Juzgados Municipales y Consulados impresos de declaración para solicitar la celebración del matrimonio civil, que contengan todos los requisitos exigidos por el artículo 86 del Código civil, y puedan sencillamente llenarse por los interesados, sin que por facilitar esos modelos e instruir a los solicitantes puedan exigir los encargados del Registro derechos ni emolumentos de ninguna clase, pues será obligación suya el hacerla de modo absolutamente gratuito;

Este Ministerio ha tenido a bien disponer:

1.º Se declara derogada la Real Orden de 28 de diciembre de 1900, y en consecuencia, no se exigirá a los que soliciten la celebración del matrimonio civil declaración alguna respecto de sus creencias religiosas, ni de la religión que profesen.

2.º En todos los Juzgados Municipales de la República y Consulados de España en el extranjero existirán impresos de declaración para solicitar la celebración del matrimonio civil formados con arreglo al modelo que adjunto se publica, con el fin de que puedan ser llenados por los solicitantes. Estos impresos serán facilitados gratuitamente por los jueces municipales y por los cónsules o vicecónsules, que deberán dar a los interesados las instrucciones para llenarlos debidamente, y todas las demás que sean precisas para la celebración del matrimonio, sin que por esto puedan percibir derechos ni retribución alguna.»

Real Orden de 1900 estuviese vigente al advenimiento de la República, la propia República la había derogado ya en tres ocasiones: 14 de abril, 22 de mayo y 9 de diciembre de 1931.

Podemos afirmar, sin ninguna pretensión irónica, que lo único que, la Orden de 10 de febrero de 1932, aporta al sistema matrimonial español es un impreso (87).

Uno de los dos proyectos más ambiciosos, en materia de la legislación matrimonial, de la República: el divorcio, obtiene su carta de naturaleza jurídica mediante la ley de 2 de marzo de 1932. En nada afecta a nuestro trabajo. El artículo 42 del C. c. sigue vigente.

Es, por fin, el 28 de junio de 1932 cuando se promulga la Ley de Matrimonio Civil, cumpliéndose así el segundo objetivo de la República en materia matrimonial (88). Finaliza con esta norma

(87) Vid. art. 2.º.

(88) Este es el texto íntegro:

«Artículo 1.º A partir de la vigencia de la presente Ley, sólo se reconoce una forma de matrimonio, el civil, que deberá contraerse con arreglo a lo dispuesto en las secciones primera y segunda del capítulo tercero del título cuarto del libro primero del Código civil, con las modificaciones siguientes:

1.º Los mayores de edad no están obligados a obtener ni acreditar el consejo a que se refiere el número primero del artículo 45 y el artículo 67 del Código civil.

2.º La licencia que deben obtener los menores de edad se acreditará mediante documento autorizado por notario, por el funcionario ante quien debe celebrarse el matrimonio o por el juez municipal del domicilio del que haya de otorgarla, si no fuese elegido para la celebración del acto.

3.º Queda suprimido el impedimento señalado en el número cuarto del artículo 83 del Código civil.

4.º No podrán contraer matrimonio entre sí los colaterales por consanguinidad o afinidad hasta tercer grado, sustituyéndose con esta disposición lo establecido sobre impedimentos en los números segundo, tercero y cuarto del artículo 84 del mismo Código.

5.º El juez de primera instancia del partido al que pertenezca el juzgado municipal designado para la celebración del matrimonio corresponderá dispensar, a instancia de parte y mediando justa causa, los impedimentos nacidos de la consanguinidad en tercer grado entre colaterales, de la afinidad en la línea colateral, el comprendido en el número segundo del artículo 45 del Código civil y los referentes a los descendientes del adoptante con el adoptado. El mismo juez de primera instancia podrá dispensar la publicación de edictos por las causas que se indican en el artículo 92 del referido Código.

6.º El matrimonio se celebrará en la forma prevenida en el artículo 100 del Código civil omitiendo la lectura del artículo 57 de dicho cuerpo legal.

Art. 2.º No se exigirán derechos por el expediente matrimonial ni por la celebración del acto.

Art. 3.º Las certificaciones del Registro Civil y demás documentos que sean precisos para la celebración del matrimonio se expedirán en papel timbrado de la última clase y sin exacción de derechos, expresándose al pie de los mismos que sólo serán válidos para este fin.

Art. 4.º La jurisdicción civil es la única competente para resolver todas las cuestiones a que da lugar la aplicación de esta Ley, incluso las que se relacionan con la validez o nulidad de los matrimonios celebrados con arreglo a la misma, conforme a lo dispuesto en los artículos 101 a 103 del

el cambio comenzado el 14 de abril anterior estableciendo un sistema de matrimonio civil obligatorio.

El artículo 42 del Código Civil queda borrado del Ordenamiento jurídico español (89); no es éste el único precepto matrimonial del Código civil que se deroga, pero no todos ellos son derogados, y no entramos en su análisis (90). Para nosotros el camino concluye, un sistema claro se establece en materia matrimonial. Es el legislador quien califica el sistema, los Tribunales no tienen ya que intervenir en la calificación del sistema matrimonial (91) la Ley de 28 de junio de 1932 establece un sistema de matrimonio civil obligatorio (92). Sería necesaria una guerra para cambiarlo, pero eso se verá más adelante.

---

Código civil. Las cuestiones relacionadas con la validez o nulidad de los matrimonios canónicos celebrados antes de la vigencia de esta Ley serán resueltos por los tribunales civiles, que aplicarán las leyes canónicas con arreglo a las que fueron contraídas. Las sentencias y demás resoluciones, de los tribunales eclesiásticos sobre lo que constituye el objeto de esta Ley, no producirán efectos civiles.

Art. 5.º La presente Ley comenzará a regir a los treinta días, a contar desde el siguiente de su publicación en la «Gaceta de Madrid».

Art. 6.º Quedan derogadas todas las disposiciones legales, reglamentos, decretos y órdenes que se opongan a lo dispuesto en esta Ley.»

(89) «Queda derogado el artículo 42 del Código civil...». PECES BARBA DEL BRÍO, Gregorio, *El matrimonio y el divorcio. Hijos legítimos e hijos naturales. Últimas disposiciones de la República*, Madrid, 1932, pág. 41. «Con esta disposición... desaparece el sistema de matrimonio civil facultativo, para ser sustituido por el de matrimonio civil obligatorio, incompatible por completo con el art. 42 y por tanto derogativo del mismo...». DE LA HERA, Alberto, *Matrimonio civil...*, cit., págs. 649 y 650. «...ya no se trata de interpretar el art. 42 del Código civil: se le suprime de nuestro ordenamiento...». DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, *El sistema...*, cit., pág. 21. «... el 28 de junio de 1932 quedó suprimido el artículo 42 del Código civil...». LÓPEZ NIÑO, José María, ob. cit., pág. 141.

(90) Una tabla de artículos vigentes y derogados puede verse en PECES BARBA DEL BRÍO, Gregorio, ob. cit., págs. 33 y ss.

(91) No queremos decir con esto que los Tribunales no interviniesen en materias matrimoniales. No intervinieron para calificar el sistema matrimonial. Pero hay numerosas sentencias en materia matrimonial; a título de ejemplo enumeraremos algunas de las más importantes, sólo del Tribunal Supremo y anteriores al 18 de julio de 1936: S. T. S. 3-II-33, S. T. S. 14-III-33, S. T. S. 29-III-33, S. T. S. 31-III-33, S. T. S. 30-III-33, S. T. S. 22-IV-33, S. T. S. 24-IV-33, S. T. S. 26-V-33, S. T. S. 26-VI-33, S. T. S. 11-X-33, S. T. S. 14-X-33, S. T. S. 16-X-33, S. T. S. 30-X-33, S. T. S. 7-XII-33, S. T. S. 21-XII-33, S. T. S. 30-I-34, S. T. S. 1-II-34, S. T. S. 8-II-34, S. T. S. 12-II-34, S. T. S. 28-II-34, S. T. S. 7-III-34, S. T. S. 27-III-34, S. T. S. 21-IV-34, S. T. S. 28-IV-34, S. T. S. 12-VI-34, S. T. S. 20-VI-34, S. T. S. 25-VI-34, S. T. S. 7-XII-34, S. T. S. 12-XII-34, S. T. S. 15-II-35, S. T. S. 4-III-35, S. T. S. 6-III-35, S. T. S. 19-III-35, S. T. S. 13-V-35, S. T. S. 27-VI-35, S. T. S. 19-XII-35, S. T. S. 9-I-36, S. T. S. 15-I-36, S. T. S. 6-II-36, S. T. S. 24-VI-36, S. T. S. 6-VII-36. De entre todas estas sentencias destacaremos la de 30 de octubre de 1933, y ello en razón de que es una de las escasas sentencias, en toda la Historia de la Jurisprudencia Matrimonial del T. S., en las que aparece la expresión «profesar...». Sólo lo mencionamos a título de curiosidad, ya que nada puede aportar a la concreción del contenido de la expresión del 42 C. c., por el sencillo motivo de que el 42 C. c. no estaba vigente en ese momento.

(92) No es ésta, por supuesto, la última norma republicana en materia

## VI. MATRIMONIO CIVIL Y MATRIMONIO CANONICO DESDE 1938 HASTA LA ACTUALIDAD. LA REFORMA DE 1958. LAS INTERPRETACIONES ADMINISTRATIVAS DEL ARTICULO 42.

Desde la promulgación del C. c. y hasta nuestros días, excepto, el paréntesis constituido por la Ley de Matrimonio Civil de la II República, el sistema matrimonial español se ha articulado en torno a varios preceptos jurídicos, de entre ellos hay que destacar el artículo 42 del C. c. (93).

En dos ocasiones, en su actual redacción —párrafos segundo y tercero— el artículo 42 del C. c. emplea la expresión «profesar...» (94). De entre los numerosos problemas interpretativos planteados por el artículo 42 del C. c., el determinar el contenido de tal expresión (95) es, tal vez, uno de los que mayores dificultades

matrimonial, pero ninguna de las siguientes afecta a nuestro estudio. Citemos sólo las promulgadas en lo restante del año 1932: Orden de 14 de julio de 1932, Orden de 19 de agosto de 1932, Ley de 11 de septiembre de 1932, Ley de 27 de octubre de 1932 y Orden de 22 de noviembre de 1932.

(93) «... [El artículo 42 del C. c. es] uno de los preceptos más importantes de nuestro Derecho de familia... [es el] precepto cardinal del sistema matrimonial español». DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, *El sistema...*, cit., pág. 3; «... [el] texto básico del sistema [es] el art. 42 del C. c....». GONZÁLEZ CAMPOS, en AGUILAR NAVARRO, M., *Derecho Civil Internacional*, volumen II de Derecho Internacional Privado, 4.ª edición, Madrid, 1975, pág. 277.

(94) El posible origen de tal expresión es recordado por MALDONADO en los siguientes términos: «A propósito de los inconvenientes que presente... [el] término [«profesar la religión católica»] no es inoportuno recordar que fue el empleado en el Concordato con Colombia, de 1888, en cuyo artículo 17 se dice que «el matrimonio que deberán celebrar todos los que profesen la Religión Católica» producirá efectos civiles sólo cuando se celebre de conformidad con las disposiciones del Concilio de Trento...». MALDONADO y FERNÁNDEZ DEL TORCO, José, *La exigencia del matrimonio canónico en nuestra legislación civil*, «Anuario de Derecho civil», tomo VII, fasc. I, 1954, pág. 17 (se sigue la paginación de la separata). Sin embargo, como ya indicamos más arriba, una expresión muy similar se empleó en el Decreto de 9 de febrero de 1875.

(95) Expresión que DE FUENMAYOR ha calificado como «concepto clave» y «eje del sistema». DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, *El sistema...*, cit., págs. 53 y 56. La misma expresión «eje del sistema» es empleada por GONZÁLEZ CAMPOS en AGUILAR NAVARRO, M., *Derecho Civil Internacional*, volumen II, Derecho de Familia, Derecho Patrimonial y Derecho Sucesorio, Madrid, 1973, pág. 44; el mismo autor ha hablado a propósito de la «professio religionis» de «pieza maestra» en AGUILAR NAVARRO, M., ob. cit., 4.ª edición, págs. 281 y 287; LACRUZ ha preferido hablar de «clave» y «caballo de batalla», en LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHEZ REBULLIDA, Francisco de Asís, ob. cit., pág. 30; DE LA HERA condensa y hace suya la opinión de dos importantes autores, repetidamente citados a lo largo de estas páginas, en la siguiente frase: «La profesión o no del catolicismo es... el concepto decisivo, según apunta CASTÁN y con él PUIG BRUTAU, para dilucidar qué personas se hallan en el supuesto de hecho del art. 42 del Código civil...». DE LA HERA, Alberto, *Matrimonio civil...*, cit., pág. 671; similar postura es adoptada por ESPÍN al afirmar: «... el requisito fundamental para que pueda celebrarse el matrimonio civil es el de la... prueba de no profesar la Religión Católica». ESPÍN, Diego, ob. cit., pág. 76.

ofrece (96), dificultades que adquieren una especial trascendencia por el hecho de que el término «profesar...» incluye a todo súbdito del ordenamiento jurídico español en uno de estos dos grupos: aquellos que tienen acceso al matrimonio civil o aquellos que sólo pueden contraer matrimonio canónico (97).

Ningún indicio da el C. c. para determinar qué debe de entenderse por «profesar...» (98).

Han quedado señalados a lo largo de esta página muchos de los problemas que ha planteado la legislación matrimonial española; no pocos de entre ellos son técnicos, pero bastantes de ellos —incluso los técnicos— son consecuencia del profundo transfondo político que tiene, o se ha pretendido que tenga, la adopción de uno u otro sistema matrimonial. Si el transfondo político se manifiesta en las opiniones doctrinales vertidas en cada momento, con mayor razón trasluce en las actuaciones directas de la Administración, y con especial énfasis al salir de una situación de profundas tensiones políticas que producen importantes, radicales, cambios en la concepción —desde el poder político— de la sociedad organizada en Estado. Dos ejemplos típicos de la situación más arriba descrita serían los constituidos de una parte por la instauración de la II República, y en el polo opuesto la nueva legislación del sistema político surgido al finalizar —y aún antes— la guerra que terminó con la República.

De realizarse un estudio comparativo, y este no es el lugar para hacerlo, entre la evolución estrictamente política y las modificaciones estrictamente legislativas del sistema matrimonial, sin duda, aparecería claro un evidente paralelismo.

Pretendemos realizar ahora un somero análisis —poco más que una enumeración de fechas y disposiciones— de las numerosísimas disposiciones que, directa o indirectamente, han influido en

(96) DE FUENMAYOR dice: «Se tacha de equívoca la frase «los que profesan la Religión Católica»..., y más adelante la califica de «ambigua» y de «... [admitir] varias y aun opuestas significaciones...». DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, *El sistema...*, cit., págs. 6 y 56; en la misma línea ESCUDERO afirma: «De suyo el vocablo impreciso «profesar» admite una gama ilimitada de interpretaciones...». ESCUDERO ESCORZA, Fernando, ob. cit., pág. 176.

(97) O como prefiere decir FUENMAYOR, «... criterio discriminador de los que *han de observar* la forma canónica y de los que *pueden contraer* el matrimonio civil». DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, *El sistema...*, cit., pág. 56; opinión compartida por ARECHEDERRA al afirmar: «... debe considerarse el artículo 42 como una norma que contempla ambos ordenamientos para discriminar entre los súbditos españoles, encauzándolos unos al matrimonio canónico y otros al civil...». ARECHEDERRA, Luis, *Formas y clases de matrimonio en el Derecho español. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1976)*, «Anuario de Derecho civil», tomo XXV, fascículo IV, octubre-diciembre, MCMLXXII, pág. 1242.

(98) «... los términos empleados en el artículo 42 resultan en cierto modo ambiguo, al no precisar, sin que quede lugar a dudas..., qué debe entenderse por «profesar» la Religión Católica...». DE LA HERA, Alberto, *Matrimonio Civil...*, cit., pág. 644.

la configuración del sistema matrimonial español a lo largo de los últimos cuarenta años.

Normas constitucionales, Leyes ordinarias, Decretos, Ordenes Ministeriales, en definitiva toda la amplísima gama de normas posibles han sido empleadas para influir en el sistema matrimonial.

Nuestro análisis, el propio título del epígrafe hace innecesaria esta aclaración, se referirá exclusivamente al conjunto de disposiciones promulgadas en el período comprendido entre el fin de la guerra civil y el momento presente. Del amplio número de aspectos que tales disposiciones tratan de regular uno será objeto de nuestra atención preferente: quien, en cada momento, puede acceder al matrimonio civil; en último extremo que ha significado, a nivel de disposiciones legales, el término no «profesar», porque el artículo 42 del C. c. señala que sólo tendrán acceso al matrimonio civil los que no profesan la religión católica, y el artículo 42 del C. c. ha estado vigente, en cualquiera de sus redacciones, en todo el período objeto de nuestro estudio, o al menos desde el 12 de marzo de 1938.

La disposición que cierra la actividad legislativa de la II República en materia de Derecho de familia —no aludiremos a la legislación republicana durante la guerra civil— es un Decreto de 13 de junio de 1936 del Ministerio de Hacienda que regula el régimen de tributación de los frutos de los bienes parafernales a efectos de la contribución general sobre la renta.

La disposición que abre la nueva legislación del bando que más adelante vencería en la contienda militar es una Orden de 3 de noviembre de 1936 de la Comisión de Justicia en la que se regula la «manera de suplir documentos necesarios para contraer matrimonio» (99).

---

(99) Transcribiremos este precepto, pues a partir de él se puede reconstruir, parcialmente, el sistema matrimonial vigente en España en un oscuro período.

«Íltmo. Sr. Vista la consulta formulada por V. I. el 27 de octubre último, ha dispuesto, con carácter general, que cuando no pueda obtenerse la partida de nacimiento de alguna de las personas que pretenden contraer matrimonio, por estar en poder del enemigo el pueblo de su naturaleza, se procederá en la forma siguiente:

1.º La declaración aludida en el artículo 86 del Código civil contendrá los nombres, apellidos, edad, estado, profesión, naturaleza y domicilio o residencia de los padres y de los abuelos paternos y maternos.

2.º Para comprobar las anteriores circunstancias examinará el juez municipal por sí mismo a los contrayentes; recibirá información testificada, debiendo dar fe el secretario del conocimiento de los testigos, y si no los conociera, exigirá la presentación de dos testigos, y si no los conociera, y se aportará, sin es posible, certificación expedida por el secretario del Ayuntamiento del domicilio de los futuros cónyuges, expresiva de las circunstancias personales de éstos que conste en el último padrón municipal.»

En los primeros meses de guerra, en la llamada zona nacional, creemos que se continúa aplicando la Ley de Matrimonio Civil, mantenemos tal opinión por dos motivos: 1.º No hay una norma expresa de derogación hasta



Sin embargo, habría que esperar hasta 1938 para encontrar disposiciones que permitiesen intuir cuál es el sistema que se pretendía delinear; abre la muy larga lista un Decreto del Ministerio de Justicia de 2 de marzo de 1938. El contenido de Derecho positivo de tal disposición queda resumido en su primer artículo: «Se suspende la sustanciación de los pleitos de separación y de divorcio y las actuaciones para obtener aquélla o éste por mutuo disenso, iniciadas con arreglo a lo dispuesto en la Ley de dos de marzo de mil novecientos treinta y dos».

Es decir, en este artículo si bien se admite que la legislación republicana sobre la materia —no podía ser de otro modo (100)— sigue vigente, sin embargo, se trata de congelarla, de dejarla sin eficacia aunque sea válida.

Esta disposición sería complementada más tarde por una Orden del Ministerio de Justicia de 9 de noviembre de 1938. Con la transcripción parcial de su texto será suficiente para comprender su alcance:

«La paralización procesal impuesta por el Decreto de 2 de marzo de 1938, a los pleitos de separación y divorcio, derivados de la Ley de 2 de marzo de 1932, ha suscitado diversos problemas que normativamente deben ser resueltos por el Poder Público con criterio de decidida protección y amparo del vínculo matrimonial.

Una de esas situaciones, que declara imperiosa decisión del Gobierno, es la causada por sentencias denegatorias del divorcio o separación, pendientes del recurso de revisión interpuesto ante el Tribunal Supremo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 57 de la referida Ley, fallos que deben considerarse firmes a todos los efectos.

En su virtud dispongo:

Que las sentencias dictadas en pleitos de separación o divorcio tramitados al amparo de la Ley sea denegatorio del divorcio o separación, y se encuentren pendientes de revisión interpuesta ante el Tribunal Supremo, se considerarán firmes a todos los efectos».

Es importante, como ocurría en las primeras disposiciones post-bélicas, la exposición de motivos del citado Decreto; el segundo y tercer párrafo son claros para determinar las pretensiones de tal disposición.

«El Gobierno ha anunciado oficialmente el propósito de revisar con rapidez y decisión la legislación laica que suprimió en nuestra

---

1938, y 2.º La Orden de 3 de noviembre de 1936 alude únicamente al artículo 86 C. c. (incluido en el capítulo sobre el matrimonio civil). No obstante, estimamos, y es una mera hipótesis, que fue aplicada con cierta laxitud. Pensamos que se celebraron matrimonios canónicos, no acompañados de matrimonio civil, sin dificultades; la no alusión, de la primera doctrina post-bélica, a prohibiciones de matrimonios canónicos, así lo permite suponer.

(100) «Las Leyes sólo se derogarán por otras leyes posteriores y no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre o la práctica en contrario» artículo 5.º del C. c. en su redacción anterior a la reciente reforma del Título Preliminar.

patria el sentido católico y espiritual de las leyes, y entre las disposiciones que reclaman esta revisión ha de ocupar lugar preferente la llamada Ley del Divorcio.

Mientras llega a ese momento, y con objeto de evitar que, al amparo de preceptos revisables puedan seguir creándose situaciones jurídicas inalterables.

A propuesta del Ministerio de Justicia y de acuerdo con el consejo de Ministros,

**DISPONGO:** [y sigue el articulado]».

Un propósito a alcanzar: revisar y modificar la legislación republicana. Una solución provisional: bloquear su aplicación.

El carácter de provisionalidad y precipitación latente en toda la legislación de la época aparece con absoluta nitidez en la Ley de 12 de marzo de 1938, derogatoria de la Ley de Matrimonio Civil de 1932 (101).

Se puede afirmar que el espíritu que impulsa a esta Ley es

(101) «La Ley de 28 de junio de 1932 constituye una de las agresiones más elevosas de la República contra los sentimientos católicos de los españoles, y al instituir el matrimonio civil como el único posible legalmente en España desconociendo el aspecto religioso intrínseco de la institución, creó una ficción en pugna violenta con la conciencia nacional.

Se impone, en consecuencia, como imperativo de justicia y desagravio a la conciencia católica de los españoles, la apremiante derogación de la sectaria Ley de 28 de junio de 1932, volviéndose a la legalidad el matrimonio mientras el Estado español no determine la adopción de normas que lo modifiquen.

En su virtud, previa de liberación del Gobierno y a propuesta del Ministerio de Justicia,

#### DISPONGO:

Artículo 1.º Quedan derogadas la Ley de Matrimonio Civil de 28 de junio de 1932 y las disposiciones dictadas para su aplicación.

Artículo 2.º Los matrimonios canónicos celebrados durante la vigencia de la Ley de 28 de junio de 1932 producirán todos los efectos civiles desde su celebración y sin perjuicio de los derechos adquiridos a título oneroso por terceras partes. A los fines de los artículos 325 y 327 del Código civil, las partidas sacramentales de los expresados matrimonios canónicos que no hubieran sido precedidos o seguidos de matrimonio civil, deberán ser transcritas en el Registro de este nombre de oficio o a instancia de parte, en el plazo de sesenta días a contar desde la publicación de la Ley.

Artículo 3.º Se declaran nulos los matrimonios civiles contraídos por personas comprendidas en el número cuarto del artículo 83 del Código civil, ordenados «in sacris» o profesados ligados con votos solemnes de castidad no dispensados canónicamente y únicamente surtirán efectos civiles respecto del cónyuge de buena fe y de los hijos.

Artículo 4.º Por el Ministro de Justicia se dictarán las órdenes necesarias para la ejecución de lo dispuesto en esta Ley.

Artículo 5.º La presente Ley empezará a regir a partir de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Disposiciones transitorias.—Hasta tanto se dicten nuevas normas, se declaran vigentes el título cuarto del libro primero del Código civil y todas las demás normas complementarias del mismo que estaban en vigor en la fecha de publicación de la Ley que se deroga.»

más el destruir —derogar, si se prefiere— un sistema, que el crear uno nuevo. Tal meta necesitó de disposiciones posteriores para ser alcanzada, como más adelante veremos. Algunas inexactitudes aparecen en el texto de la disposición, así por ejemplo la afirmación que aparece en el primer párrafo de la la expresión: «La Ley de 28 de junio de 1932... [instituye] el matrimonio civil como el único posible legalmente en España...» es falsa; la Ley no prohíbe el matrimonio canónico, la Ley de 32 se limita a conceder efectos civiles exclusivamente al matrimonio civil.

Constituye también una inexactitud la afirmación implícita en la Exposición y en las Disposiciones transitorias de que la legalidad republicana había derogado la totalidad del Título cuarto del Libro primero del Código civil (102).

La retroactividad de la Ley en algunos extremos es también digna de ser destacada (103).

Una importante ambigüedad aparece en el artículo 3.º, al afirmar que el matrimonio civil contraído durante la vigencia de la Ley del 32 por ordenados in sacris o profesos con voto solemne de castidad sólo surtirán efectos civiles respecto del cónyuge de buena fe: ¿Quién es el cónyuge de buena fe? ¿Se presumirá la mala fe de aquél que acudió, respetando la legalidad vigente, el matrimonio civil estando ordenado in sacris?

Pero el extremo en que más evidente resulta la falta de meditación de la norma comentada es en la disposición transitoria que, como ha señalado De la Hera (104), viene a cubrir provisionalmente el vacío dejado en la legislación matrimonial por el art. 1.º de la propia Ley. Habíamos indicado, más arriba que la Ley pretendía acabar con la legislación republicana y que no lo consiguió, y en efecto así fue, pues las Disposiciones transitorias al declarar «... vigentes... las normas... que estaban en vigor en la fecha de publicación de la Ley que se deroga» lo que hace es declarar como derecho vigente la Orden de 10 de febrero de 1932; que no fuese eso lo que se pretendía es probablemente cierto, pero que fue eso lo que se hizo es un hecho (105).

(102) Vid. supra, nota 90.

(103) Artículos 2.º y 3.º.

(104) DE LA HERA, Alberto, *Matrimonio Civil...*, cit., pág. 651.

(105) Estos mismos resultados, pero por camino distinto, son a los que llega DE LA HERA, Alberto, *Matrimonio Civil...*, cit., págs. 651 y ss. No estamos de acuerdo con tal camino, pues creemos admisibles dos posturas: 1.ª Lo que el legislador quería restablecer era la Real Orden de 28 de diciembre de 1900, y la restablece, puesto que la voluntad del legislador está por encima del texto de la ley, y ello aunque sea de una forma técnicamente incorrecta. 2.ª Lo que el legislador restablece, aunque fuera otra su voluntad, es la Orden de 1932, pues así se deduce del texto de la Ley de 1938. Lo que no consideramos correcto, es decir, que la Ley de 1938 restablece la Orden de 1932, porque es igual a la Real Orden de 1900, que es la que realmente quería restablecer. No olvidemos que, como el mismo autor afirma, lo que el legislador quería no era establecer uno u otro sistema matrimonial, sino «... borrar la obra legislativa de los años republicanos...». DE LA HERA, Alberto, *Pluralismo y libertad religiosa*. Sevilla, 1971, pág. 69.

La situación es, pues, en tal momento la siguiente: la legislación matrimonial está constituida por una ley (106) que declara vigente el artículo 42 del C. c. y la interpretación dada al mismo por la Orden de 10 de marzo de 1932 (en contra de la voluntad del legislador), y por otra Ley (107) que permanece bloqueada por un Decreto (108). Podemos calificar el sistema, sin temor a exagerar, como contrario a la seguridad jurídica y técnicamente incorrecto (109).

A los pocos días, como recuerda De Fuenmayor (110), «... se vio la necesidad de evitar el equívoco, y efecto, se dicta la Orden del Ministerio de Justicia de 22 de marzo de 1938» (111).

Se plantea, en esta Orden, el nuevo legislador por primera vez el dar contenido al término «profesar...» del artículo 42 del C. c. Tal vez, lo que impulsó tal Orden no fue precisamente eso, sino el dejar claro que la legislación matrimonial republicana no era aplicable, y para alcanzar dicha meta, como demostramos más arriba, no había sido suficiente con la Ley derogatoria de la del matrimonio civil.

Bien es cierto que el ámbito normativo a que se aplica la nueva Orden queda reducido a «Los expedientes de matrimonio civil promovidos al amparo de la Ley de 28 de junio de 1932...», lo que

(106) De 12 de marzo de 1938.

(107) De 2 de marzo de 1932.

(108) De 2 de marzo de 1938.

(109) Un análisis de los matrimonios civiles contraídos en tal período sería fundamental para saber cómo se aplicó en la práctica tan complejo sistema.

(110) DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, *El sistema...*, cit., pág. 22.

(111) «En aplicación de la Ley de 12 de marzo de 1938 derogatoria de la del matrimonio civil de 28 de junio de 1932, debe preverse sin demora a la solución de los expedientes de matrimonio civil pendiente y que deseen llevar a su fin los interesados.

Teniendo presente que el artículo 42 del Código civil impone claramente y lo abonan uniformes resoluciones, el matrimonio canónico, a cuantos españoles profesen la religión católica, debe exigirse para autorizar la celebración del matrimonio civil la declaración expresa de no profesar la religión católica, por ambos contrayentes, o al menos por uno de ellos; y cumplidos tales requisitos, cabe darse a los expedientes de matrimonio civil promovidos después de 28 de junio de 1932.

En virtud, dispongo:

Artículo 1.º 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 previa no podrá en modo alguno autorizarse el matrimonio civil para los españoles.

Artículo 2.º Para reanudarse la tramitación de dichos expedientes deberá proceder instancia de las partes interesadas, considerándose fenecidos los expedientes cuyo seguimiento no se inste en el plazo de treinta días, a partir de la publicación de la presente Orden.

Artículo 3.º La tramitación de los expedientes referidos deberá sujetarse a las normas del artículo 100 del Código civil, con todos los requisitos en él comprendidos.»

en buena técnica jurídica quiere decir que los expedientes de matrimonio civil promovidos con posterioridad a la Orden comentada, deberán atenerse a la Orden de 10 de febrero de 1932, que para dichos expedientes seguiría vigente. El legislador, en su precipitación para borrar la legislación republicana, no conseguía pues otra cosa que suprimirla pracialmente, y ello a consta de introducir notables ambigüedades en el sistema.

Ciñéndose al marco de aplicación de la Orden del 38, debemos de destacar que el sistema establecido para acceder al matrimonio civil podría calificarse de subjetivista con restricciones; desde luego, el anterior sistema (el de la Orden del 32) hacía más fácil el acceso al matrimonio civil; pero que para acceder al matrimonio civil bastase la declaración expresa de no profesión de uno de los contrayentes, supone tanto como configurar el sistema matrimonial más liberal de todo el período comprendido entre la promulgación de la Orden y el 1 de diciembre de 1977 (112).

Una prueba del carácter «liberal» de la disposición puede ser la afirmación de Montero «[La Orden de 1938] estando inspirada, sin duda, en una buena intención, hubiera sido de desear que se hallase más conforme con el Derecho canónico, según el cual no basta la declaración de no profesar la religión católica para dejar de ser católico y poder contraer matrimonio civil válido» (113).

El artículo 2.º de la citada Orden es inexplicable, salvo en un contexto político muy determinado: el dar un plazo de 30 días para instar la reanudación de expedientes, en un momento de guerra civil, es un plazo demasiado breve (114).

Una semana más tarde una nueva disposición, la Orden del Ministerio de Justicia de 29 de marzo de 1938 (115), se refiere

---

(112) Real Decreto 3455/1977 de 1 de diciembre, reformador de varios artículos del Reglamento del Registro Civil.

(113) MONTERO GUTIÉRREZ, Eloy, *El nuevo Estado español y la institución matrimonial*, «Revista de la Facultad de Derecho de Madrid», núm. 2, abril-septiembre 1940, pág. 10.

(114) Recordemos que una de las primeras disposiciones de la Junta de Defensa Nacional fue el Decreto de 24 de julio de 1936 en el que quedaban suspendidos los plazos y términos judiciales, así como los plazos de vencimiento de las letras de cambio y efectos mercantiles.

(115) «Ilmo. Sr.: Publicada la Ley de 12 de marzo de 1938, derogatoria de la de Matrimonio Civil de 28 de junio de 1932, y acordada en este aspecto la vigencia del Código civil, se impone la necesidad de volver a las normas de la Real Orden de 31 de diciembre de 1920 en todo lo relativo a la Sección de Matrimonios del Registro Civil, debiendo en su consecuencia derogarse la Orden del Ministerio de Justicia de 14 de julio de 1932.

En su virtud dispongo:

1.º Se restablece la vigencia de la Real Orden del Ministerio de Justicia de 31 de diciembre de 1920 en todo lo referente a los libros de la Sección de Matrimonios del Registro Civil que en lo sucesivo se ajustarán al modelo publicado con la misma.

2.º El día 20 del próximo mes de abril, a las doce de la noche, se cerrarán en todos los Registros Civiles de la zona nacional los libros impresos de la Sección de Matrimonios existentes en la actualidad. A este efecto, en

también a temas matrimoniales, si bien de escasa trascendencia en lo que aquí interesa; se trata de la regulación de la forma que debe de tener los libros de la Sección Matrimonial del Registro Civil. Dos puntos destacaremos: la insistencia en la restauración del Código civil—dando por tanto por supuesta su derogación durante la República—y de otra parte el borrar cualquier residuo de la legislación republicana (en este caso volviendo a la Real Orden de 31 de diciembre de 1920).

En el aspecto puramente Registral de la cuestión incide una nueva Orden del Ministerio de Justicia de 12 de agosto de 1938, que en su artículo primero declara nulas «las inscripciones autorizadas por funcionarios distintos de los que determina la legislación del Registro civil anterior a la misma fecha».

En aplicación de la mencionada Orden, una nueva Orden del mismo Ministerio, del 22 de septiembre de 1938, dice en su artículo 2.º: «Las inscripciones practicadas a consecuencia de hechos conceptuados como matrimonios civiles contraídos durante la dominación roja, con arreglo a disposiciones distintas a las vigentes, antes del 18 de julio de 1936, y comprendidas en el artículo primero de la Orden Ministerial de 12 de agosto ya citada, se considerarán nulas, debiendo anotarse marginalmente en las actas esta nulidad y solamente podrán practicarse otras referentes a las mismas personas si contraen matrimonio con sujeción a las normas legales actualmente en vigor».

Lo que es tanto como considerar nulos los matrimonios civiles contraídos después de tal fecha, matrimonios que sin duda, en algunos casos fueron canónicamente válidos al amparo del canon 1.098 en su punto 1.º (116).

Una pregunta se puede plantear a partir de esta Orden: ¿Ca-

el último folio en blanco se extenderá una diligencia de clausura con referencia a esta Orden, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 12 del Reglamento de 13 de diciembre de 1870, y el resumen circunstanciado que ordena el artículo 13 del mismo. Los demás folios que hayan quedado en blanco se inutilizarán, trazando en toda su extensión dos líneas de tinta cruzadas en forma de aspa estampando en el centro el sello del Juzgado; en la parte inferior se inscribirá con caracteres claros la palabra «inutilizado» y firmarán a continuación el Juez Municipal y el Secretario.

3.º Se autoriza a los Jueces municipales hasta que se provean de los nuevos libros de la Sección de Matrimonios, para abrir, con carácter provisional, libros y cuadernos en forma y condiciones análogas a las que previene la segunda disposición transitoria del citado Reglamento. Las inscripciones de matrimonios que en ellos se extiendan se ejecutarán al modelo referido. Estos se cerrarán en cuanto se adquieran los nuevos libros impresos que en todo caso habrá de ser antes del día 1.º de junio del presente año.»

(116) Canon 1098 1.º del C. J. C.: «Si haberi vel adiri nequeat sine gravi incommodo parochus vel Ordinarius vel sacerdos delegatus qui matrimonio assistant ad normam canonum 1095, 1096:

1.º In mortis periculo validum et licitum est matrimonium contractum coram solis testibus; et etiam extra mortis periculum, dummodo prudenter praevideatur eam rerum conditionem esse per mensem duraturam.»

bría incluir en el supuesto de hecho regulado a los matrimonios contraídos en la llamada zona nacional en el período transcurrido entre el 18 de julio de 1936 y el 22 de marzo de 1938?

Los artículos 2.º y 3.º de la Orden de 8 de marzo de 1939 vuelven sobre el tema (117).

Algunas disposiciones incluidas en tal Orden merecen una mención: anular las actas de los matrimonios contraídos por menores sin consentimiento constituye una ilegalidad estando vigente el artículo 50 del Código civil; el anular las actas producidas en virtud de matrimonios celebrados en los frentes de combate (¿a ambos lados de los frentes de combate?), sin dar ninguna razón, no

---

(117) «Art. 2.º Se declararán nulas:

A) Las actas extendidas a consecuencia de matrimonios celebrados ante funcionarios distintos de los que preceptúa la Ley del Registro Civil, según se declaró en la Resolución del Servicio Nacional de los Registros y del Notariado del día 5 de noviembre de 1938.

B) Las originadas por matrimonios a los que no se hubieren aportado los documentos exigidos por la Ley, las cuales podrán ser convalidadas mediante la presentación de los mismos en el Juzgado Municipal donde se celebró el matrimonio.

D) Las producidas en virtud de matrimonios celebrados en los frentes de combate. Estas actas no pueden ser convalidadas gubernativamente.

E) Los procedentes de matrimonios celebrados por menores de edad, según el Código civil, sin consentimiento paterno, las cuales podrán ser convalidadas mediante la presentación del mencionado consentimiento.

F) Cualquiera clase de las extendidas a virtud de matrimonios contraídos a tenor de la legalidad revolucionaria en que halla fallecido uno de ellos. Estas actas no podrán convalidarse gubernativamente.

G) Las dimanentes de matrimonios celebrados con posterioridad a la Ley de 12 de marzo de 1938 publicada en el «Boletín Oficial del Estado» del día 21 del mismo mes y año con infracción del número cuarto del artículo tercero de la Ley citada, y del 42 del mismo cuerpo legal interpretado por la Orden del Ministerio de Justicia del día 22 de marzo del mismo año en el sentido tradicionalmente admitido de que para autorizar la celebración del matrimonio civil debe exigirse la declaración expresa de no profesar la religión católica ambos o al menos uno de los contrayentes. Las actas anuladas por haber infringido el artículo 83 del Código civil son insubsanables gubernativamente. Las que violaron el artículo 42 del mismo podrán convalidarse mediante la declaración anteriormente expresada ante el Juez Municipal. Encargado del Registro en que estuvieron inscritas.

La anulación de las actas a que se hace referencia en todos los apartados de este artículo se entenderá siempre sin perjuicio de los derechos adquiridos por los hijos, y por el cónyuge de buena fe si hubiesen sido originados por matrimonios contraídos con infracción del número cuarto del artículo 83 del Código civil.

Art. 3.º. Sólo se mantendrán las anotaciones marginales sobre divorcios cuando éstos han sido acordados conforme a las causas señaladas en la Ley de 2 de marzo de 1932 por los Tribunales en la forma que la misma disponía, a virtud de sentencia firme acordada antes de la vigencia del Decreto de 2 de marzo de 1938, que suspendió la sustanciación de estos pleitos, y con la limitación introducida por la Orden del Ministerio de Justicia de 9 de noviembre del año último, en virtud de la cual cuando el pronunciamiento sea denegatorio del divorcio y las sentencias se encuentren pendientes de revisión interpuesta ante el Tribunal Supremo se considerarán firmes a todos los efectos. Estas anotaciones no pueden nunca ser objeto de convalidación gubernativa».

tiene fácil explicación, o al menos no tiene explicación el que las actas anuladas no puedan ser convalidadas gubernamentalmente. Pero lo más destacable, para nuestro estudio de tal Orden, es el apartado G de su artículo 2.º. En dicho apartado, a la pregunta ¿qué es «profesar...»? se responde que no profesar es declarar expresamente que no se profesa; se sigue pues la línea ya marcada con anterioridad, pero lo más destacable, lo que convierte al sistema, al menos para un grupo de matrimonios, en un sistema prácticamente subjetivista en sentido estricto, es que para convalidar las actas anuladas en razón de no haberse hecho la mencionada declaración, es bastante que tal declaración se haga ante el Juez Municipal, aun con posterioridad a la celebración del matrimonio. El hecho de que se considere que el contraer matrimonio civil sin hacer la declaración de no profesión supone una violación del artículo 42 del Código civil es tanto como decir que el único sentido que se pueda dar al artículo 42 es precisamente ese, ya veremos más adelante que el mismo legislador y tan sólo dos años más tarde, adoptó una postura distinta en cuanto al contenido del 42 Código civil.

Una nueva Orden Ministerial, de fecha 22 de abril de 1939 (118) amplía los plazos de inscripción, exageradamente cortos, concedidos por la Ley de 12 de marzo de 1938 y la Orden de 8 de marzo de 1939. Tal plazo sería aún prolongado una vez más (119) hasta el 31 de diciembre de 1939 y otra más en 1940 (120), para acabar suprimiendo todo tipo de límite temporal, en absoluta coherencia con los principios que pretendían inspirar la legislación matrimonial, según Orden del 31 de diciembre de 1940 cuya simple transcripción justifica suficientemente su existencia:

«Con las sucesivas prórrogas concedidas al plazo señalado a la Ley de 12 de marzo de 1938 el objeto de transcribir en los Registros civiles los certificados de matrimonios canónicos contraídos durante la vigencia de la Ley de Matrimonio Civil se ha conseguido que se inscriban la mayor parte de estos matrimonios, pero puede haber ocurrido, por distintas causas, que no haya sido posible realizar la transcripción y no parece justo someter a los cónyuges que tuvieron el valor de no aceptar la legislación laica sobre el matri-

---

(118) «La Ley de 12 de marzo de 1938 concedió un plazo de sesenta días para la transcripción de los matrimonios canónicamente contraídos durante la vigencia de la Ley de Matrimonio Civil, que no fueran acompañados ni seguidos de éste, el cual plazo terminó hace ya bastante tiempo. Por otra parte, la Orden de 8 de marzo del corriente año concedió también un plazo de sesenta días para la transcripción de los mismos, aplicable a los territorios recientemente liberados o al rescate de cada población española y habiendo resultado breve este último plazo y pareciendo necesario unificar las normas sobre esta materia, este Ministerio ha acordado disponer:

Que los matrimonios canónicos contraídos durante la vigencia de la Ley de 28 de junio de 1932 y que no hubieran sido acompañados ni seguidos de matrimonio civil, pueden transcribirse en los Registros civiles hasta el día 31 de julio, inclusive, del año actual».

(119) Orden de 1 de septiembre de 1939.

(120) Orden de 9 de enero de 1940.



monio civil a la instrucción de un expediente de inscripción fuera de plazo del matrimonio único reconocido legal por la Iglesia, con las consiguientes molestias y dilaciones y, sobre todo, con la limitación de no producir efectos civiles sino desde su inscripción.

En virtud de las razones anteriores, este Ministerio ha tenido a bien disponer:

Artículo único.—Los matrimonios canónicos contraídos durante la vigencia de la Ley de 28 de junio de 1932, que no hubieran sido acompañados ni seguidos de matrimonio civil, pueden transcribirse en los Registros civiles hasta nueva disposición con la simple presentación en los mismos del certificado correspondiente, expedido con las formalidades legales».

El proceso de hacer desaparecer cualquier vestigio de legislación o actuación jurídica realizada en nombre de la República con posterioridad al 18 de julio de 1936 exigiría una nueva norma, y así, el 8 de mayo del 39 una nueva Ley dice en su artículo 6.º: «Se declararán nulas todas las actuaciones judiciales practicadas en pleitos de separación y divorcio por funcionarios al servicio de la dominación roja». Obviaremos cualquier comentario sobre tal resolución en razón de no interesar directamente a nuestro tema.

Habían transcurrido ya más de tres años desde que se inició la actuación militar que acabaría con la II República Española, y aún permanecía vigente la Ley del Divorcio, lo que constituía una incoherencia dentro de un sistema con claras pretensiones antidivorcistas; finalizada ya la guerra civil el legislador fue consciente de tal incoherencia y dictó una Ley con fecha 23 de septiembre de 1939 derogatoria de la Ley del Divorcio (121). Al margen de su ele-

---

(121) «El nuevo Estado Español anunció, desde un principio, la derogación de la legislación laica, devolviendo así a nuestras leyes el sentido tradicional, que es el católico.

Por tanto, derogada la Ley de Matrimonio Civil y puestas en vigor, si quiera sea de un modo transitorio, las disposiciones del Título IV, Libro primero, del Código Civil, no podía quedar en período de mera suspensión la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, siendo necesaria ya una derogación explícita de la misma, por tratarse de Ley distinta de la mencionada de Matrimonio y radicalmente opuesta al profundo sentido religioso de la sociedad española.

En su virtud, dispongo:

Artículo único. Queda derogada la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932 y las disposiciones complementarias de la misma, quedando vigentes en la materia las disposiciones del Código civil.

Disposiciones transitorias:

1.ª Las sentencias firmes de divorcio vincular dictadas por los Tribunales civiles a tenor de la Ley que se deroga, respecto de matrimonios canónicos, hayan o no pasado los cónyuges a uniones civiles posteriores, se declararán nulas por la Autorización judicial a instancia de cualquiera de los interesados.

2.ª Las uniones civiles celebradas durante la vigencia de la Ley que se deroga y en que uno o ambos cónyuges se hallasen divorciados a tenor de la misma, encontrándose ligados canónicamente a otra persona, se entenderán disueltos para todos los efectos civiles que procedan, mediante declaración judicial, solicitada a instancia de cualquiera de los interesados.

mento fundamental —su artículo único, que deroga la Ley del Divorcio— esta Ley tiene escasa repercusión en nuestro tema, pues se limita a convenir una situación de hecho —la mera suspensión de la Ley de Divorcio, que nosotros preferimos llamar bloqueo o congelación pues la Ley sigue vigente, no suspendida, aunque inoperante— en una situación de derecho: su derogación; dos aspectos merecen, sin embargo, ser destacados, y ambos son recogidos en la exposición de motivos: el insistir en considerar que el Título IV, libro primero del Código civil, quedó derogado durante la República, y el declarar la intención de proceder a una reforma del artículo del Código en materia matrimonial («... siquiera sea de un modo transitorio...»), casi una década sería necesaria para alcanzar tal objetivo.

El aspecto puramente procesal de esta disposición fue regulado más tarde mediante la Ley de 26 de octubre del mismo año, y aún fue necesaria otras dos disposiciones reguladoras de tal aspecto:

3.ª Serán causas bastantes para fundamentar las peticiones a que se refieren las precedentes disposiciones, el deseo de cualquiera de los interesados de reconstruir su legítimo hogar o simplemente el de tranquilizar su conciencia de creyentes.

4.ª La patria potestad de los hijos nacidos de las segundas o ulteriores uniones civiles corresponderá, en el caso de disolución de ésta, al que por mutuo acuerdo determinen sus propios padres y, a falta de acuerdo, al que el Juez designe.

Dichos hijos, en el caso de disolución de las referidas uniones civiles, gozarán, por concesión de la Ley, de la condición que tuvieran al ser declarada la disolución.

5.ª Se reconoce plena eficacia jurídica en el Fuero civil, desde el momento de su firmeza y validez canónica, a las sentencias firmes de los Tribunales eclesiásticos competentes declarando la nulidad de un matrimonio, y a los Rescriptos Pontificios de disolución de matrimonio rato y no consumado, dictadas y otorgadas respectivamente, durante la vigencia de la llamada Ley de Separación y de Divorcio o con posterioridad a aquélla.

Los interesados quedarán obligados a inscribir dichas sentencias y Rescriptos en el Registro civil correspondiente, en el plazo de seis meses, que comenzará a contarse desde la fecha de promulgación de esta Ley.

6.ª Ningún cónyuge divorciado por sentencia firme con arreglo a la Ley que se deroga podrá contraer con tercera persona nuevo matrimonio en tanto subsista su vínculo canónico.

Esta prohibición comprende al cónyuge divorciado que, habiendo celebrado segundas o ulteriores uniones civiles, se considerase civilmente viudo, en tanto no se declarase la nulidad de su matrimonio canónico que primeramente contrajo.

7.ª De conformidad con lo dispuesto en el Decreto del Ministerio de Justicia de 2 de mayo de 1938, las diligencias incidentales del artículo 68 del Código civil, acordadas en armonía con los preceptos de la Ley que se deroga, podrán convalidarse mediante ratificación en el Juzgado correspondiente, siempre que se presente en el plazo de un mes, a partir de la publicación de esta Ley, y se admitan las demandas a que hace referencia el artículo 67 del Código civil.

El Ministerio de Justicia dictará las disposiciones que regulen la tramitación y efectos de esta derogación».

nos referimos a la Orden del Ministerio de Justicia de 2 de diciembre de 1939 y a la Orden de 7 de enero de 1941.

Concluía con la Ley derogatoria de la de Divorcio, y todo el grupo normativo consecuente, lo que constituye, en nuestra opinión, una primera fase en la actividad legislatora en materia matrimonial del llamado Nuevo Estado.

La meta básica, exclusiva y excluyente, que se había propuesto el legislador en tal fase estaba concluida; dicha meta era —ya lo hemos señalado anteriormente— el borrar cualquier vestigio de legislación republicana, e incluso los efectos jurídicos que tal legislación había producido, para ello necesitó una avalancha de disposiciones, disposiciones que en repetidas ocasiones causaron situaciones a las cuales tuvo que atender la Jurisprudencia por la inconcreción legislativa.

Señalábamos páginas más atrás el carácter de provisionalidad y precipitación que la primera legislación tuvo, lo que pensamos que ha quedado suficientemente demostrado; el simple recuento de las disposiciones promulgadas en materia matrimonial —cerca de la veintena— sería la mejor confirmación de tal aserto.

Una nueva fase empezaba; la guerra civil quedaba atrás y aún más lejos la República; al menos se pretendió que quedara lejos jurídicamente. Las nuevas disposiciones legales comenzaron a ser más creadoras que destructivas, y lo que fue una regla general en toda la legislación no quedó ausente en la específicamente matrimonial.

Esta nueva fase (122) se abre con la disposición no derogatoria más importante de los últimos cuarenta años, su rango fue el de una simple Orden Ministerial: la del 10 de marzo de 1941.

Con esta Orden la legislación matrimonial española adquiere un aire más pausado, más meditado; las principales modificaciones se producirán muy distanciadas, y la Jurisprudencia y la D. G. R. adquieren una posición que hasta entonces les había estado vedada.

Pasemos, pues, a realizar un análisis de tal norma, cuyo texto es el siguiente:

«El artículo 42 del Código civil ordena la obligatoriedad del matrimonio canónico para cuantos, proponiéndose contraer legítimas nupcias, profesen la religión católica. La defectuosa redacción de dicho artículo, que ni siquiera llegó a prever la distinción entre la acatolicidad de ambos o de uno sólo de los contrayentes, así como también la desacertada de otras varias disposiciones correlativas del mismo título IV, libro I, del Código civil, más acentuada después de la publicación del nuevo Código canónico, incorporado a la legislación española por Real Decreto de 19 de mayo de 1919, exigen una revisión meditada de aquellos artículos. Pero ello no obsta a que, en tanto continúen vigentes, obtengan su debida aplicación.

---

(122) Vid. Espín, Diego, ob. cit., pág. 28.

A aumentar las dificultades expresadas concurre la diversidad de disposiciones administrativas, tantas veces contradictorias de su propia esencia, con que los regímenes anteriores, víctimas del doctrinalismo liberal, vacilaron en sus interpretaciones, cuando no las rindieron escandalosamente al sectarismo político, enfrenándolas con el verdadero sentido del precepto y las doctrinas fundamentales de la Iglesia.

La contradicción evidente entre tales disposiciones, agravada posteriormente por la perturbación que en tan delicada materia introdujo el espíritu anticatólico de la República, ha originado una lamentable confusión en la aplicación de los textos legales, que es preciso desvanecer con la promulgación de una norma general, que unificando los criterios, restablezca el sentido verdadero de la disposición y ampare el espíritu de instituciones tan sagradas como la familia y el matrimonio, objeto de las atenciones preferente del nuevo régimen.

En su virtud, este Ministerio, previa deliberación del Consejo de Ministros, ha tenido a bien disponer:

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

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

Centraremos nuestro análisis en tratar de descubrir cuál es el sentido que esta disposición da al término «profesar...»; pero antes de pasar a tal extremo creemos necesario referirnos, siquiera sea muy sucintamente, a algunos de los aspectos más relevantes de tal disposición.

La primera —y principal— duda que suscita la Orden del 41 es la de su validez. Las dos posturas extremas quedarían resumidas en las opiniones doctrinales. Para Vellve (123) «... la Orden Ministerial de 10 de marzo de 1941 derogó o abrogó (prácticamente) el artículo 42 del Código civil...». La postura contraria la encontraríamos en todo el amplio grupo de autores que, mencionando tal Orden, no aluden a su nulidad.

¿Es o no es válida la Orden del 41? La respuesta es clara: será válida en la medida en que se ajuste a las disposiciones de rango superior, en este caso concreto al Código civil, ya que una Orden Ministerial no puede derogar una Ley. El problema es que dichas disposiciones de rango superior —artículo 42 del Código civil básicamente— no tienen un contenido inequívoco. Ante tal hecho se pueden adoptar dos posturas: 1.—Doctrinalmente, unilateralmen-

(123) VELLVE BUENO, Ernesto, *Matrimonio civil de acatólicos en España*, «Revista de Derecho Privado». Tomo XLI, enero-diciembre 1957, pág. 536.

te, considerar que el artículo 42 del Código civil tiene un contenido específico; en consecuencia, si la del Orden del 41 violenta ese contenido, no será legal. 2.—Considerar que el fijar el contenido, inconcreto —voluntaria o involuntariamente inconcreto— del artículo 42 del Código civil no es misión doctrinal, sino jurisprudencial. De adoptarse tal posición —que es la que nosotros consideramos correcta—, la Orden del 41 será conforme a derecho si no es contraria a la solución jurisprudencial; así, pues, para determinar la validez de la tan repetida disposición, será necesario descubrir el espíritu jurisprudencial sobre la materia en el período de vigencia —o de pretendida vigencia— de tal disposición. Y no se diga que, en el supuesto de que la jurisprudencia sea concordante con la Orden del 41, la validez de la Orden del 41 es reconocida por el Tribunal Supremo al fallar conforme a ella, el proceso es el inverso. Las sentencias del Tribunal Supremo no son conforme a Derecho por respetar la Orden de 1941, sino que, por el contrario, la Orden del 41 es legal porque se ajusta a la interpretación dada por la jurisprudencia del artículo 42 del Código civil.

En la Exposición de Motivos de la Orden se recoge una declaración de objetivos: modificar la legislación matrimonial española y modificarla en el sentido de adaptarla al Derecho canónico.

En el segundo párrafo de dicha Exposición de Motivos se acude a los anteriores regímenes de dificultar la interpretación del artículo 42 del Código civil por haber dictado varias disposiciones administrativas; esta acusación, hecha por la Administración —en una disposición administrativa interpretadora del artículo 42 del Código civil— que había dictado en un trienio una docena larga de disposiciones administrativas que incidían en tal tema, no puede menos que ser calificada de paradójica.

El considerar que esta Orden restablece el sentido verdadero del artículo 42, es tanto como decir que esta Orden está de acuerdo con el sentido de tal precepto. ¿Por qué, pues, proceder a su desarrollo, si el texto tiene ya un sentido?

Otras muchas dudas y comentarios plantea esta disposición, no es este el lugar de extenderse en ellas habiendo ya la doctrina señalado varias (124).

¿Qué es «no profesar...» para la Orden del 41? No profesar, a tenor de su artículo 1.º será, o bien probar documentalente la acatolicidad, o presentar una declaración jurada de que no se ha sido bautizado, y que tal declaración sea cierta.

Ei probar un hecho es algo, en principio, siempre posible; el probar la inexistencia de un hecho es algo prácticamente imposible.

Yo podré probar que soy acatólico —siempre que se me diga que se entiende por acatólico— y aun esto con dificultades; lo que no podré probar es que no estoy bautizado.

---

(124) Para un resumen de algunas de ellas, vid. DE FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo, *El sistema...*, cit., págs. 25 y 26.

Así, pues, creemos que para la Orden del 41 profesar es idéntico a estar bautizado, y no necesariamente en el catolicismo.

De la Hera ha dicho que «... el sistema matrimonial de la Orden de 10 de marzo de 1941 es el del matrimonio civil subsidiario en su más rígida formulación...» (125).

Nosotros creemos que el Ministerio de Justicia va más lejos, creemos que el Ministerio de Justicia pretende volver al sistema de la Real Cédula de 12 de julio de 1564 (Novísima Recopilación 1,1,13), es decir, al sistema de matrimonio religioso —canónico— obligatorio. Es bien cierto que teóricamente no es así, que el matrimonio civil es una figura que contempla nuestra legislación en 1941; que aquél que no haya sido bautizado, y lo declare mediante juramento, podrá acceder a dicho matrimonio; pero debemos de tener en cuenta la configuración de la estructura poblacional española. ¿Cuántos españoles, en 1941, no estaban bautizados, en cualquier Iglesia, y además estaban dispuestos a declarar bajo juramento? Insistimos, en la práctica, la Orden Ministerial de 1941 configura —o pretende configurar— un sistema matrimonial próximo al de matrimonio religioso —canónico— obligatorio.

El proceso institucionalizador del nuevo régimen comenzó (126) y se desarrolló paralelamente al proceso de acercamiento —a nivel jurídico— entre España y la Santa Sede (127) que concluiría, en su hito más fundamental, con el Concordato de 26 de octubre de 1953. Es precisamente este acuerdo concordatario el texto legal que incidiría en el sistema matrimonial español inmediatamente después de la Orden del 41, si bien no conviene olvidar que: «... el Concordato no contempla todo el campo jurídico del matrimonio, ni directamente (128) ... ni indirectamente...» (129).

El artículo XXIII del Concordato dice: «El Estado español reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico», precepto que en nada altera al sistema ya vigente.

Es en el artículo XXIV en el 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

(125) DE LA HERA, Alberto, *Matrimonio civil...*, cit., pág. 655.

(126) Ley de 17 de julio de 1942 creando las Cortes Españolas; Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945; Ley de Sucesión a la Jefatura del Estado de 26 de julio de 1947.

(127) Acuerdo sobre el modo de ejercicio del Privilegio de presentación entre el Gobierno español y la Santa Sede, de 7 de junio de 1941; Acuerdo entre la Santa Sede y el Gobierno Español para la provisión de beneficios no consistoriales, de 16 de julio de 1946; Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español sobre Seminarios y Universidades de Estudios Eclesiásticos, 8 de diciembre de 1946; Decreto-Ley de 1 de mayo de 1947 reconociendo el Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica de España.

(128) Dice «indirectamente» en el original por evidente error tipográfico.

(129) DE LA HERA, Alberto, *Matrimonio Civil...*, cit., págs. 639 y 640.

Paulino», y que en los sucesivos números regula determinados aspectos procesales y de relación entre los Tribunales eclesiásticos y civiles. Es, e ncierta medida, un corolario del anterior artículo.

Por último, los cuatro párrafos del protocolo final dedicados al tema son un mero desarrollo del artículo XXIII, fundamentalmente en su aspecto registral.

No creemos, en definitiva, que el Concordato del 53 haya tenido la importancia que la doctrina ha pretendido darle en materia de sistema matrimonial (130).

Así, pues, la Orden del 41 seguía siendo válida, si alguna vez lo fue, y lo seguiría siendo plenamente, al menos hasta el 26 de octubre de 1956, fecha en la que un Decreto modifica determinados artículos del Reglamento del Registro civil. Decreto cuyo texto íntegro es el siguiente:

«Artículo 1.º Los artículos 37, 38, 40, 41 y 100 del Reglamento de 13 de diciembre de 1870 para la aplicación de la Ley provisional del Registro Civil, quedarán redactadas como sigue:

Art. 37. De conformidad con el artículo 42 del Código, el matrimonio civil será autorizado en el solo caso de que ambos contrayentes prueben que no profesen la Religión Católica.

Artículo 38. Los que intenten contraer matrimonio presentarán al Juez o Cónsul correspondiente la declaración y los documentos señalados en el artículo 86 del Código civil. Cuando no pueda ser firmada por alguno de los contrayentes lo hará alguna persona a su ruego.

Acompañarán a dicha declaración, además, las certificaciones para acreditar su domicilio o residencia durante los dos últimos años, y en todo caso, la prueba de los motivos que aleguen para celebrar esta clase de matrimonio.

Artículo 40. Inmediatamente después de presentada la declaración solicitando la celebración del matrimonio, el Juez dictará providencia, mandando que se ratifiquen en ella los interesados. Si la celebración adoleciere de alguna omisión o defecto, se suplirá o subsanará en el acto de la ratificación, adicionándose o corrigiéndose lo que para ello fuere necesario, la diligencia de ratificación se firmará por el Juez, por la persona que suscribió la declaración a su ruego, y por el Secretario.

Artículo 41. Una vez hecha la ratificación, el Juez dispondrá que se formen y publiquen los correspondientes edictos, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 89 del Código civil, salvo caso de dispensa.

Además, si se tratase de bautizados en la Iglesia Católica o de

---

(130) A propósito del Concordato y la regulación del matrimonio, MALDONADO afirma con acierto: «... era esa una magnífica ocasión para mejorar y dejar perfilado y fijado, que buena falta le hace, ese precepto del artículo 42 del Código civil, cuyo alcance ha venido a estar, desde su promulgación en un movimiento de avance y retroceso, como en vaivén de marea, determinado por simples Ordenes ministeriales». MALDONADO y FERNÁNDEZ DEL TORCO, José, ob. cit., pág. 3. La ocasión no se aprovechó.

aquellos que, convertidos a ella, hayan apostatado posteriormente e intentasen contraer matrimonio civil entre sí o con persona católica, una vez hecha la ratificación el Juez informará circunstancialmente de la petición a la Autoridad eclesiástica diocesana de su territorio, en el plazo de ocho días mediante notificación en forma. No procederá el Juez a la celebración del matrimonio hasta después de transcurrido un mes de haber realizado la notificación expresa.

Si antes de celebrarse el matrimonio civil se advirtiese la existencia de algún impedimento u obstáculo legal, se procederá conforme determinan los artículos 97 y 98 del Código civil.

Artículo 100. Las dudas que ocurriesen a los Jueces encargados del Registro Civil acerca de la preparación y celebración de los matrimonios o sobre la inteligencia y aplicación de la Ley del Registro Civil y del presente Reglamento, serán consultados por los mismos en comunicación clara y precisa a los jueces de Primera Instancia, quienes las resolverán por auto motivado a la mayor brevedad, con audiencia del Ministerio Fiscal si las dudas surgieran sobre la concurrencia de la forma civil de los matrimonios a que se refiere el párrafo segundo del artículo 41, o se tratase de cualquier otro caso igualmente grave, se suspenderá la ejecución del auto y se elevará, con el dictamen del Fiscal y demás antecedentes, a la Dirección General para su resolución definitiva.

Artículo 2.º Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a las de este Decreto, y autorizado el Ministerio de Justicia para dictar las complementarias que su aplicación requiera».

Nos limitaremos a, sobre el texto del Decreto, tratar de determinar en qué sentido se inclina ahora el legislador.

El nuevo artículo 37 del Reglamento del Registro Civil se limita a ratificarse en la posición adoptada por la Orden del 41, contra la interpretación tradicional del artículo 42 del C. c., acerca de la necesidad de no profesión de ambos contrayentes para que el matrimonio civil sea posible; estimamos que es esta la interpretación correcta del precepto legal. El C. c. afirma en su primitiva redacción, entonces vigentes, que «...el [matrimonio] canónico [es aquél] que deben contraer todos los que profesen la religión católica...» (131). Así, pues, del tenor literal de tal precepto se deduce inmediatamente que todo aquel que, profesando la religión católica, pretenda contraer matrimonio, lo deberá contraer canónicamente, independientemente de con quién lo contraiga, y de esta regla general ni el Código civil, ni ninguna otra norma del mismo rango —y posterior— o de rango superior, establece excepción alguna. Consideramos, pues, injustificadas las críticas doctrinales acusando de inexactitud a nuestro C. c. en dicho punto, del mismo modo que consideramos innecesaria la reforma del artículo 42 C. c. respecto de tal punto. No estamos emitiendo un juicio de valor

---

(131) Artículo 42 del C. c.



respecto de una posición legislativa —clara—, nos limitaremos a exponer tal posición.

Pero el aspecto más importante de ese Decreto, el punto en el que quiebra la interpretación mantenida desde 1941, es respecto a qué se debe entender por «profesar...».

El sistema interpretativo del término se basa en tres prescripciones:

a) «...el matrimonio civil será autorizado en el caso de que ambos contrayentes prueben que no profesan la Religión católica» (132).

b) «...[ambos contrayentes deberán presentar] la prueba de los motivos que aleguen para celebrar esta clase de matrimonio» (133).

c) «Si se tratase de bautizados en la Iglesia Católica o de aquellos que, convertidos a ella, hayan apostatado posteriormente e intentasen contraer matrimonio entre sí o con persona católica... el Juez informará circunstancialmente de la petición a la Autoridad eclesiástica diocesana de su territorio en el plazo de ocho días, mediante notificación en forma. No procederá el Juez a la celebración del matrimonio hasta después de transcurrido un mes de haber realizado la notificación expresada» (134).

¿Quién tiene acceso al matrimonio civil en virtud de este Decreto?

Para acceder al matrimonio civil será necesario probar que no se profesa el catolicismo y probar los motivos que se alegan para celebrar tal matrimonio. ¿Son estas dos pruebas distintas? Pensemos que no (135), ya que el único motivo que se puede alegar para no contraer matrimonio canónico es que no se es católico, cualquier otro motivo creemos que traería como consecuencia automática el dejar de ser católico, y por tanto sería reconducible a éste. Se requiere algo más, y esto solamente en el caso de los bautizados en la Iglesia Católica, una comunicación a la Autoridad eclesiástica y esperar un mes tras dicha notificación, la respuesta, en el supuesto de que se produzca con carácter denegatorio, de la Autoridad eclesiástica, a tenor del Decreto no será vinculante.

Así pues, no profesarán el catolicismo: 1.º los no bautizados (al igual que el sistema de la Orden Ministerial del 41); 2.º Los bautizados en Iglesias no católicas (a diferencia de la Orden del 41); 3.º Los bautizados en la Iglesia Católica o convertidos a ella que hayan apostatado previa notificación a la Autoridad eclesiástica y transcurrido un mes de tal notificación. En este tercer supuesto, ¿basta con eso?, o ¿será necesaria la autorización discrecional del Juez? El último párrafo del artículo 41, y el artículo 100, per-

---

(132) Artículo 37 *in fine* del R. R. C.

(133) Artículo 38, párrafo 2.º, *in fine*, del R. R. C.

(134) Artículo 41, párrafo *in fine* R. R. C.

(135) Vid. una opinión contraria en VELLVE BUENO, Ernesto, ob. cit., página 543.

miten suponer que tal autorización no será necesariamente automática. Estimamos, sin embargo, que los artículos 97 y 98 del C. c. no son aplicables a la prueba de no profesión, ya que dichos artículos se refieren a impedimentos, y no creemos que dentro del concepto de impedimentos del C. c. (136) pueda incluirse tal supuesto.

En cuanto al artículo 100 creemos que la idea de fondo es que el Juez puede conceder la autorización, y en el caso de que no la conceda es la D. G. R. y N. la competente para autorizar o denegar el matrimonio civil. Al menos así funciona en la práctica.

Consciente la D. G. R. y N. del lugar preeminente que le tocaba, en orden a la aplicación del artículo 42 del C. c., en virtud del Decreto del 56, poco tiempo más tarde —el 2 de abril de 1957— dirige una Instrucción Circular a los Presidentes de las Audiencias, que incide muy directamente en el tema, consideramos necesaria su transcripción íntegra.

«Aunque la nueva redacción del Decreto de 26 de octubre de 1956 (Boletín Oficial de 13 de noviembre) a los artículos 37, 38, 40, 41 y 100 del Reglamento del Registro Civil termina con antiguas dudas interpretativas del artículo 42 del Código civil, ha parecido oportuno, en razón a la gravedad de la materia, instruir a los órganos que intervienen en la celebración de matrimonios civiles sobre el espíritu del citado artículo 42 en orden a la no profesión de la Religión católica, que constituye un presupuesto necesario para que estos actos puedan ser autorizados.

I. Según dispone actualmente el artículo 37 del Reglamento del Registro Civil «de conformidad con el artículo 42 del Código, el matrimonio civil será autorizado en el solo caso de que ambos contrayentes prueben que no profesan la Religión Católica».

Basta que uno de los contrayentes profese esta Religión para que no quepa otra clase de matrimonio que el canónico. Es decir, que la acatolicidad ha de darse en ambos contrayentes para que la unión civil sea posible. Requisito previo obligado de la celebración del matrimonio civil es, pues, la prueba de que ninguno de los dos profesen la Santa Religión Católica, Apostólica y Romana. En consecuencia, la circunstancia de profesar o no profesar la Religión Católica queda erigida por la norma en concepto clave, en concepto decisivo para la delimitación de los sujetos a quienes es posible el matrimonio civil.

La incorporación o adscripción a la Religión Católica se produce por el Bautismo en la Iglesia Católica o por la conversión a ella de la herejía o del cisma.

Así resulta claro que no profesan la Religión Católica los no bautizados y aquellos que lo fueron en la herejía o en el cisma.

Igualmente resulta claro. Conforme al recto sentido del artículo 42 del Código civil y a nuestra conciencia católica, la de la que es expresión nuestro vigente Concordato con la Santa Sede, que la adhesión o profesión de la fe católica se presume válidamente en

---

(136) Vid. arts. 45, 83, 84, 85, 89, 96, 97, 98, 99, 329 y 919 del C. c.

toda persona que se incorpore a la Iglesia Católica por el bautismo o la conversión. Mientras no se de una actitud desvinculadora y apóstata, material o formalmente evidente, ha de entenderse que el bautismo en la Iglesia Católica o convertido a ella de la herejía o del cisma continúa en la Religión Católica. Lo que quiere decir (supuesto del párrafo 2.º del artículo 41, en relación con el 37, ambos del Reglamento del Registro Civil, modificado por Decreto de 26 de octubre de 1956) que la forma civil del matrimonio sólo será aplicable en el caso de ambos contrayentes hayan evidentemente apostatado de la fe católica o si una persona que se halla en tales condiciones intenta contraer con una acatólica, sin que, por tanto, la posibilidad de proceder al acto civil pueda extenderse a otra condición de personas, aunque sean indiferentes u hostiles a la práctica de la Religión.

Es cierto que se puede apostatar en un momento determinado; pero el carácter imperativo del artículo 42 del Código civil, que impone el matrimonio canónico a los que profesen la Religión Católica, exige que se desconfie de las apostasías que tienen lugar al tiempo que se pretende contraer matrimonio civil, pues bien pudieran ser motivadas, más que por un cambio de fe, por el deseo de eludir la disciplina canónica del matrimonio. De permitir fácilmente estas apostasías iríamos prácticamente al matrimonio civil facultativo, repudiado por la Iglesia y por los deberes que al Estado impone su catolicidad declarada, y no acogido en el derecho español vigente.

El supuesto de apostasía es excepcional y por tanto, deben ser objeto de interpretación y aplicación restrictiva.

II. Quede bien entendido que continúa permaneciendo en pleno vigor lo dispuesto en el artículo 83, núm. 4.º del Código civil, relativo a los que han recibido Ordenes Sagradas o se hallen ligados con voto solemne de castidad, los cuales no pueden contraer matrimonio, a no ser que unos u otros hayan obtenido la correspondiente dispensa canónica.

III. El artículo 37 del Reglamento del Registro Civil, en su redacción actual, exige, para que el matrimonio civil, pueda ser autorizado, que «ambos contrayentes prueben que no profesan la Religión Católica», y a esta prueba se refiere también el artículo 38, al requerir «la prueba de los motivos que alegaren para celebrar esta clase de matrimonio».

En congruencia con lo dicho sobre las condiciones que integran el concepto de «profesar la Religión Católica» se entenderá acreditada la no profesión cuando se pruebe, por los medios admitidos en Derecho la concurrencia de alguna de estas dos disposiciones: 1.º No haber sido bautizado en la Santa Iglesia Católica o no haberse convertido a ella de la herejía o del cisma. 2.º Haber apostatado formal y materialmente.

Para demostrar la falta de incorporación, en momento alguno, de la persona a la Religión Católica, la prueba ha de acomodarse a

la naturaleza de un hecho negativo, cual es que no está bautizada en el seno de la Iglesia Católica, o que, estando bautizada en la herejía o en el cisma, no se convirtió. Normalmente podría ser suficiente la propia declaración de los contrayentes, ratificada por testigos o que no han sido bautizados ni se convirtieron a la herejía o de la misma, según los casos, o que nacieron en un ambiente acatólico en el que resultara anómalo bautizar al nacido. Sin embargo, es lógico, que en este último supuesto no se admita con facilidad que en España puedan darse estos ambientes, dado que los españoles son católicos en su casi totalidad. Y en estos casos ha de ser sumamente conveniente exigir las certificaciones negativas del bautismo expedidas por los párrocos correspondientes, con referencia al trimestre siguiente al nacimiento.

En cambio, cuando conste que el contrayente fue bautizado en la Iglesia Católica o converso, debe exigirse prueba suficiente y adecuada de su actitud ostensiblemente desvinculadora y apóstata de la dogmática fundamental del catolicismo. Esta prueba ha de realizarse también por los medios admitidos en Derecho, pero ha de ser lo suficientemente expresiva para llevar al ánimo del Juez la convicción de una auténtica apostasía. El Juez, si la prueba presentada no fuese concluyente, exigirá se complete con otros medios referidos a las situaciones en que se manifiestan las profundas creencias de las personas, cuidando siempre de eliminar cualquier subterfugio que pueda eludir el mandato del artículo 42 del Código civil, pero evitando, así mismo, que sus exigencias constituyan obstáculos de hecho invencibles.

IV. En la declaración presentada por los contrayentes, al efecto de contraer matrimonio civil, éstos manifestarán siempre si están bautizados en el seno de la Iglesia Católica o fueron convertidos a ella de la herejía o del cisma. En caso de que por este u otros medios le conste al Juez el bautismo o la conversión de uno de los dos contrayentes procederá a hacer la notificación a la autoridad eclesiástica diocesana de su territorio, en los términos establecidos en el artículo 41 del Reglamento, consignando los datos que identifiquen a los contrayentes, domicilios respectivos, actitud en que se hallan, según la declaración, respecto a la Religión Católica, y cuantos elementos de juicio consten en el expediente. Si la autoridad eclesiástica diocesana demandase una mayor información o el conocimiento de antecedentes, el Juez, si obrasen en el expediente, deberá facilitar copia o nota suficiente.

Están obligados a hacer la notificación expresada los Jueces que, conforme al Código, reciban las declaraciones de los contrayentes. Ahora bien, el juicio sobre si procede el acto civil, corresponde al Juez elegido para la celebración del matrimonio.

Ha de advertirse que en caso de que los contrayentes figuren con domicilios distintos, pertenecientes a diferentes diócesis, no procederá el Juez a la celebración del matrimonio hasta después de transcurrido un mes de haberse realizado la notificación a uno y otro ordinario diocesano.

No obstante, el Juez autorizará el matrimonio civil del que se halle en inminente peligro de muerte, si ambos contrayentes declarasen que no profesan la Religión Católica, en este supuesto se cumplirán las prescripciones establecidas en cuanto fuesen compatibles con la urgencia del acto.

V. Las dudas que, conforme al artículo 100 del Reglamento puedan ser consultadas, han de versar sobre cuestiones de Derecho entre las que están las que se originen sobre los conceptos utilizados por las normas, y concretamente el de profesar o no profesar la Religión Católica, en relación con la prueba practicada. Sin embargo, quedan a salvo las superiores prerrogativas de la Dirección y de los Jueces de primera instancia, quienes acordarán lo que estimen más conveniente para el mejor desempeño de las funciones que los Jueces que le están subordinados tienen en orden a la celebración del matrimonio, como, por ejemplo, el ordenar la ampliación de las pruebas, e incluso imponer la superior apreciación de las presentadas.

En garantía de cumplimiento de las normas legales, queda abierta siempre la vía judicial para impedir o conseguir la autorización del matrimonio civil.

El Ministerio Fiscal, que debe ser notificado por el Juez de la existencia del expediente sobre matrimonio civil, puede aportar las pruebas oportunas, y si estimase, frente al Juez que habrá de autorizar el matrimonio, que no debe procederse a su celebración (párrafo 3.º del artículo 41) actuará en cualquier momento anterior a la celebración del matrimonio, conforme a los artículos 97 y 98 del Código civil, suspendiéndose aquella celebración mientras dure el procedimiento.

VI. Dada la importancia de estas cuestiones, los jueces de primera instancia velarán muy especialmente por el cumplimiento de cuanto se expone en esta instrucción por parte de los Jueces competentes para autorizar los matrimonios civiles; celo que igualmente podrán los Jueces municipales y comarcales, tanto para cumplir ellos mismos lo jurídicamente dispuesto como para hacerlo cumplir a los jueces de paz.

Los Jueces municipales exigirán de los de paz que les den cuenta inmediata de las solicitudes de matrimonio civil que reciban, para instruirles urgente y debidamente de sus obligaciones, a fin de que se atengan a lo que en cada caso proceda».

Lo primero que hay que tener en cuenta es un hecho que, tal vez, aparezca como obvio: que nos encontramos ante una mera circular de la D. G. R. y N., por tanto con escasa capacidad —a nivel teórico— modificadora del sistema vigente legislativamente. Si algo de esta circular se opone a la legislación evidentemente no será aplicable en dicho punto.

Sorprende la afirmación contenida en el primer párrafo de la circular en el sentido de que el Decreto del 56 había resuelto las posibles dudas interpretativas del artículo 42 del C. c.; esta afirmación al comienzo de una circular tan extensa cuya misión es ins-

truir en la interpretación del 42 C. c. puede ser calificada de paradójica. Sin embargo, hay que reseñar que pocas son las novedades que esta circular supone con respecto al Decreto que reformó el Reglamento del Registro Civil.

En el punto I de la circular se insiste en aspectos que quedaban claros en el Decreto: ambos contrayentes deberán «no profesar...» si pretenden contraer matrimonio civil, y no profesaran los no bautizados, ni los bautizados en secta acatólica y que posteriormente no ingresen en el catolicismo.

El intento de apoyarse en el Concordato para justificar tal interpretación, el señalar que el matrimonio civil facultativo se opone a la confesionalidad del Estado, y el considerar que la apostasía debe ser objeto de interpretación restrictiva son también puntos notables.

El punto III resuelve, en el mismo sentido que nosotros, una duda que planteaba el Decreto: la prueba de no profesión y la prueba de los motivos que alegaren para celebrar esta clase de matrimonio, son lo mismo.

Esta circular trata también de resolver el problema planteado por nosotros más arriba, acerca de la prueba de un hecho negativo: no estar bautizado; la circular entiende que bastará con la declaración y otra prueba más (por ejemplo: la testifical). ¿Son necesarias ambas? Si bien se parte de la idea de que los supuestos de hecho a los que será aplicable serán muy escasos al afirmar que «...los españoles son católicos en su casi totalidad...». La exigencia de las certificaciones negativas del bautismo, pensamos tiene el mismo sentido.

Con respecto a los casos de apostasía parece que la circular es partidaria de exigir pruebas aún más concluyentes, sin embargo, trata de apartarse de un sistema de matrimonio civil subsidiario estricto al indicar que el Juez no debe llevar sus exigencias de prueba hasta el punto que «...constituyan obstáculos de hecho invencibles».

En el punto IV se resuelve otro aspecto que no aparecía claro en el Decreto: a pesar de ser necesaria la notificación a la autoridad eclesiástica, «...el juicio sobre si procede el acto civil, corresponde al Juez...».

En el caso de matrimonio civil en caso de peligro de muerte, ¿será dicho matrimonio válido, independientemente de que se cumplan o no los requisitos? Si fuera válido aún en el supuesto de que no se cumplieran tales requisitos, ello significaría que los requisitos no son de fondo, sino meramente formales. Nada resuelve la circular acerca de tan decisivo extremo.

El punto V está dedicado a insistir en la importancia de la D. G. R. y N. en materia matrimonial, y ello aunque «...queda abierta siempre la vía judicial para impedir o conseguir la autorización del matrimonio civil.

En la continuada actividad legislativa que incide en el tema.

matrimonial surge el 8 de junio de 1957 —no entró en vigor hasta el primero de enero de 1959— la Ley Reguladora del Registro Civil.

Dejaremos a un lado el aspecto meramente registral de la cuestión con el fin de no hacer excesivamente largas estas páginas. El precepto que en mayor medida interesa en este momento es el recogido en el párrafo 2.º de su artículo 80.

«A petición del interesado o del Ministerio Fiscal se anotarán... 2.º el [matrimonio] civil, mientras no acredite debidamente que ambos contrayentes no profesan la religión católica o la libertad de los mismos por inexistencia de impedimentos».

Nada podemos añadir al comentario de De Fuenmayor que transcribimos:

«Como se ve, queda constituido, aquí también, en concepto clave para la celebración del matrimonio civil la «no profesión» de ambos contrayentes, como en el Decreto de 26 de octubre de 1956. Advierte Batista que el precepto citado —art. 80, núm. 2.º— parece contradictorio con lo dispuesto en los artículos 37 y 41 del Reglamento del Registro Civil, tal y como aparecen reformados por el Decreto del 56, que exigen la justificación previa de ambos extremos, sin que hasta tanto quepa matrimonio civil; pero entiende que tal norma es simple aplicación del artículo 93 del Código civil, que permite al Juez municipal autorizar el matrimonio del que se halle en inminente peligro de muerte, con carácter condicional...»; si bien amplía la condicionalidad a los supuestos en que no se acredite, por la misma urgencia, la acatolicidad de los contrayentes» (137).

El artículo 80 de la nueva Ley del Registro Civil viene, pues, a confirmar también el requisito de la prueba de la no profesión» (138)

Las tantas veces pretendida reforma del cuerpo básico de la legislación matrimonial —el Código civil— llega al fin con la Ley de 24 de abril de 1958, con la que se modifican varios artículos de dicho cuerpo legal relativos al matrimonio (139).

El nuevo artículo 42 queda redactado así:

«La Ley reconoce dos clases de matrimonios: el canónico y el civil.

El matrimonio habrá de contraerse canónicamente cuando uno al menos de los contrayentes profese la religión católica.

Se autoriza el matrimonio civil cuando se pruebe que ninguno de los contrayentes profesa la religión católica».

En el aspecto que a nosotros interesa, la antigua redacción del artículo 42 del C. c. decía:

---

(137) BATISTA, *La nueva Ley del Registro Civil*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», septiembre de 1957, pág. 300. Es nota de DE FUENMAYOR.

(138) DE FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo, *El sistema...*, cit., págs. 53 y 54.

(139) Se modifican los artículos 42, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 67, 68, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 86, 104, 105, 106, 107, 166, 168, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 184, 206, 209, 211, 220, 237, 244, 294, 295, 492, 681, 701, 772, 807, 809, 814, 834, 835, 836, 837, 838, 839, 841, 953, 1.333, 1.340, 1.341 y 1.413.

«... el [matrimonio] canónico [es el] que deben contraer todos los que profesen la religión católica...».

Y después de la reforma del 24 de abril de 1958 pasa a decir:

«El matrimonio habrá de contraerse canónicamente cuando uno al menos de los contrayentes profese la religión católica.

Se autoriza el matrimonio civil cuando se pruebe que ninguno de los contrayentes profesa la religión católica».

Creemos que la modificación del texto no supone ningún cambio esencial en el precepto, y de eso precisamente se deriva una pregunta, cuya respuesta consideramos esencial: ¿Cómo se explica que el legislador perpetúe el término «profesar», cuando, sin duda, es perfectamente consciente de las dificultades que han planteado en las siete décadas anteriores la interpretación de tan controvertido término?

Cualquier respuesta que ahora podamos dar a tal pregunta carecerá de la certeza que nos agradecería pudiese tener. Más que una respuesta, será una opinión.

Suponer que el legislador mantiene tal expresión por no haber reparado en las dificultades que ella acarrea, es, sin duda, inexacto. El problema se plantea, pensamos, en otros términos.

Dos tipos de respuestas se pueden dar a la pregunta planteada, ambas partiendo de la consciencia de que el término «profesar», plantea indudables problemas interpretativos:

1. El legislador no puede establecer un sistema de mayor claridad, por razones del contexto sociológico e histórico en que se desarrolla su actividad.

2. El legislador, que es consciente de la ambigüedad del término, lo perpetúa puesto que decide dejar en manos de otro la fijación exacta del sistema matrimonial.

Tratemos de ampliar ambas respuestas.

En el primer supuesto, el legislador es consciente de que la utilización del término «profesar» supone una inconcreción, pero no tiene otra posibilidad que mantenerla, por los siguientes motivos. Recordemos que nos encontramos en 1958, que faltan diez años para la Ley de Libertad Religiosa (Ley que ni establece un sistema de plena libertad religiosa, ni es recibida con especial satisfacción por muchos miembros de las Cortes), que hablar de libertad religiosa en España es similar a violar la esencia misma del Estado. En definitiva, que la tesis vigente en materia de actitud del Estado frente a las religiones no católicas es la de tolerancia. No entraremos en el contenido exacto de la doctrina de la tolerancia, baste con decir que supone una especial protección de la religión católica, que no llega a prohibir otras religiones, pero que se limita a admitirlas como un mal menor.

Con tal situación parece claro que un sistema de matrimonio civil obligatorio es absolutamente contrario a la especial protección que una determinada confesión religiosa (la católica, en nuestro caso), debe merecer en un sistema de tolerancia. La solución



contraria: sistema de matrimonio religioso obligatorio, debe ser también rechazada. Ya que, si bien un sistema de tolerancia lleva consigo la esencial protección a un culto concreto, ello no supone el ignorar las restantes confesiones. Las restantes confesiones religiosas no están en plano de igualdad con la católica, pero no están prohibidas, están admitidas. El obligar a todo ciudadano español, que desee contraer matrimonio, a celebrarlo canónicamente, sería contrario a un sistema de tolerancia, siendo por otro lado evidente que la propia Iglesia no admitiría al matrimonio canónico a dos no bautizados.

Excluidos los dos sistemas límites, pasemos a estudiar los intermedios en conexión con un sistema de tolerancia.

Un sistema plenamente facultativo (reconocimiento de efectos civiles al matrimonio canónico, pero con plena libertad para celebrarlo canónica o civilmente) tal vez desde una perspectiva actual no aparezca obviamente contrario a un régimen de tolerancia. La especial protección a la confesión católica, vendría garantizada por el hecho de ser el matrimonio canónico el único matrimonio religioso reconocido. La admisión de las restantes confesiones religiosas, vendría reflejada en el hecho de que los no católicos (y los católicos que así lo desearan) podían contraer un matrimonio no canónico (el civil). Desde una perspectiva de 1958 esto no es, tal vez, tan evidente. La exigencia de una especial protección a la religión católica no puede quedar reducida al hecho del reconocimiento de efectos civiles al matrimonio canónico, es necesario que quede garantizado, por el ordenamiento estatal, que todo católico venga obligado a contraer matrimonio canónico.

De lo anterior podría deducirse que el sistema matrimonial adecuado sería el de matrimonio civil subsidiario. Trataremos de exponer las razones que, posiblemente, impulsaron al legislador a no establecer con toda claridad un sistema de matrimonio civil subsidiario. Las razones son de dos tipos: técnicas y de política legislativa.

Establecer un sistema de matrimonio civil subsidiario no es tarea técnicamente fácil; la solución óptima, en apariencia, es realizar una remisión al ordenamiento canónico en cuanto a quién debe contraer matrimonio canónico; pero tal tipo de remisión plantea siempre problemas graves. La solución, en apariencia, clara es la que pretendió establecer la Orden de 1941: todo bautizado deberá contraer matrimonio canónico. Pero tal tipo de solución lleva a un resultado absurdo: el ordenamiento civil obliga a contraer matrimonio en forma canónica a personas que están dispensadas de tal forma por el propio ordenamiento canónico.

Pero junto a estas dificultades técnicas, que pensamos que el legislador hubiera podido solucionar, existen otras de mayor peso, a las que llamaremos de política legislativa.

El legislador es consciente de que «La práctica ha impuesto un creciente respeto hacia el texto del Código Civil [y de que] las

modificaciones no se hacen periódicamente... sino que deben, casi siempre, a causas concretas y urgentes...» (140). Que si el ordenamiento jurídico es dinámico, el texto legislativo tiende a ser estático.

El legislador de 1958 es consciente de que la instauración de un sistema de libertad religiosa es algo, próximo o lejano, que tiene que llegar. Y sabe que tal instauración no se produce en un momento dado, sino que es un proceso de progresiva adaptación de las normas. No quiere recoger con toda claridad un sistema matrimonial inequívocamente unido a un régimen de tolerancia —por otra parte: ¿Cómo reflejar en un texto legislativo, con toda claridad, una idea como la de tolerancia?— pues es consciente de que tal sistema cambiará.

El legislador mantiene la misma Ley, pero tratando de convertir la ley ambigua en ley flexible (141), que la permita adaptarse a las circunstancias cambiantes.

Así pues, llegamos a la conclusión de que el legislador de 1958, consciente de la inconcreción del término «profesar...», lo mantiene precisamente por eso (142), por su inconcreción, ya que amparándose en su flexibilidad se podrá hacer evolucionar el sistema.

(140) DE CASTRO Y BRAVO Federico, *Compendio de Derecho Civil*. Introducción y Derecho de la persona, quinta edición, Madrid, 1970, pág. 51.

(141) «... se debe distinguir la formulación imprecisa que informa la Ley de contenido incierto (ley ambigua) de la formulación imprecisa que informa la ley de contenido indeterminado (ley flexible).. La primera entraña cierta contradicción al fin propio de la obra legislativa porque con un dudoso significado, la ley se cierra a sí misma posibilidades de eficacia en cuanto no alcanza su natural grado de practicidad. Contrariamente, la norma de contenido indeterminado se ajusta a la finalidad de la ley, en cuanto la naturaleza de la materia regulada postula una conexión directa con la realidad, que lógicamente no se puede establecer desde el nivel de generalidad de la ley. La norma de contenido indeterminado tiene un significado cierto; lo incierto en ella no es su contenido, sino la determinación de los supuestos reales en que la norma (de significado claro) se debe aplicar. Todas las normas cuyo supuesto de hecho se define en función de una línea (siempre imprecisa) de la conducta humana se enuncian con fórmulas de contenido indeterminado sin las cuales no se podría alcanzar el fin de la ley en cuanto este depende de una valoración directa de acontecimientos o comportamientos correctos». LALAGUNA, Enrique, *Jurisprudencia y fuentes de Derecho*, Pamplona, 1969, págs. 204 y 205.

(142) «La frase «profesar la religión católica» gramaticalmente ambigua, ha albergado muy distintas intenciones legislativas desde la promulgación del Código Civil. Inicialmente, esa frase hace del artículo 42 del Código la transacción lograda en un clima de tensiones políticas, es en su origen una cuerda floja de nuestro sistema matrimonial. El artículo 42, fruto de una norma ambigua, que provoca interpretaciones divergentes y a veces contradictorias. La Orden de 10 de marzo de 1941 viene a identificar el concepto profesar la religión católica» con el hecho de la recepción del bautismo en la Iglesia, sin atender a valoraciones de conducta confesional, con lo que el precepto se convierte en una norma rígida. Con la reforma del Código por Ley de 24 de abril de 1958, el artículo 42 se precisa en su contenido indeterminado cuya aplicación se hace depender en buena medida de la función crítica del Encargado del Registro Civil». LALAGUNA, Enrique, ob. cit., páginas 205 y 206.

Surge así una pregunta: ¿A quién encomienda el legislador la tarea de hacer evolucionar el sistema matrimonial a medida que lo requieran las circunstancias?

El problema de hacer evolucionar el sistema matrimonial, queda convertido en otro distinto: interpretar el término profesar.

La interpretación queda encomendada, pensamos, a los Tribunales y, en especial al Tribunal Supremo.

Pensamos que el legislador de 1958 ha actuado con los siguientes criterios: conservar el término «profesar», y que a su aplicación al caso específico colabore el Encargado del Registro (143), que vendrá orientado en su tarea por el Tribunal Supremo. Y no se diga que tal sistema conducirá a contradicciones interpretativas ya que, como ha dicho Lalaguna «... se puede afirmar que todas las normas de contenido indeterminado que dejan abierto un margen muy amplio de valoración de la realidad al juzgador..., no crean propiamente un riesgo de interpretaciones contradictorias si se admite que las variaciones que necesariamente se han de producir en el campo de aplicación de la ley no están determinadas por el significado incierto de la norma, sino por los cambios que la realidad social introduce en el contenido de la norma o en los criterios para su valoración» (144).

En resumen, y en nuestra opinión, el legislador de 1958 pretende establecer un sistema de matrimonio civil subsidiario encomendado al Tribunal Supremo la tarea de fijar el grado de subsidiariedad, tomando como elemento clave en la fijación de tal grado el momento histórico-sociológico. Repetimos, la libertad del T. S. no es total, el único sistema matrimonial aplicable en España con el texto del artículo 42 del C. c. vigente es el subsidiario, la libertad se da en cuanto al grado de subsidiariedad, y no se confunde libertad con discrecionalidad absoluta, pues el Tribunal Supremo debe interpretar el término «profesar» del artículo 42 del C. c. atemperando su interpretación a las circunstancias específicas del caso concreto, y a las circunstancias generales que existan en el momento de aplicación de la norma.

Se promulga el 17 de mayo de 1958 una nueva Ley de las llamadas Fundamentales, la de Principios del Movimiento Nacional. Dicha Ley ha sido objeto de escasísimo interés por parte de los matrimonialistas, sin embargo, para nosotros, es un texto básico en la configuración del sistema matrimonial español.

Dicha Ley ha sido considerada, con todo acierto, por el Profesor Lombardía como «... el texto fundamental de la confesionalidad del Estado...» (145). Pero además de ser el texto fundamental de la confesionalidad del Estado, en sentido formal, supone más: supone también una confesionalidad sustancial, al establecer la obligatorie-

---

(143) Vid. nota anterior.

(144) LALAGUNA, Enrique, ob. cit., págs. 207 y 208.

(145) LOMBARDÍA, Pedro, *La confesionalidad del Estado, hoy*, en «Escritos de Derecho Canónico», I, Pamplona, 1973, págs. 428 y 429.

dad de que la legislación española se inspire en la doctrina de la Iglesia. Creemos que puede afirmarse que tal texto podría suponer una limitación de soberanía.

El Principio II dice:

«La nación española considera como timbre de honor el acatamiento a la Ley de Dios, según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana, única verdadera y fe inseparable de la conciencia nacional, que inspirará su legislación».

Y el artículo 3.º de la misma Ley indica que:

«Serán nulas las Leyes y disposiciones de cualquier clase que vulneren o menoscaben los principios proclamados en la presente Ley fundamental del Reino.»

Conjugando ambos preceptos obtendremos la siguiente afirmación:

«Serán nulas las leyes y disposiciones de cualquier clase que vulneren la Ley de Dios según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana.»

Sabemos que nunca llegó a estar en práctica tal sistema; no sabemos que se haya presentado jamás un recurso de contrafuero apoyado en la violación por una norma estatal de la Doctrina de la Iglesia. Pero es un hecho evidente que tal norma estatal del máximo rango, si bien no supone la recepción en pleno del ordenamiento canónico, sí marca un claro límite a la legislación española. A nivel meramente teórico, el indicar cuáles son las normas que son nulas del pleno derecho por oponerse al II P. M. N. y en último extremo a Ley de Dios interpretado por la Doctrina de la Iglesia, sería tarea laboriosísima y que desbordaría los conocimientos de un jurista.

En materia matrimonial la Ley de P. M. N. supondría que cualquier norma que se opusiese a la Ley de Dios, interpretada por la Doctrina de la Iglesia, sería inaplicable; el sistema matrimonial vigente —a nivel teórico— en el período transcurrido desde el 17 de mayo de 1958 hasta nuestros días, es el que marque la Iglesia Católica, al interpretar la Ley Divina y no es éste el lugar adecuado para exponerlo (146).

---

(146) Ante un tema muy distinto del matrimonial, una reciente sentencia del T. S. de 25 de mayo de 1976 incide sobre la cuestión del Principio II de los del Movimiento Nacional, en los siguientes términos:

«... la actuación del recurrente no puede ampararse en los principios del Movimiento Nacional que cita en los fundamentos jurídicos de su demanda, pues si el acatamiento a la Ley de Dios que proclama dicho principio es un timbre de honor, la exaltación de una conducta opuesta a la legalidad del Estado que proclama tal acatamiento debe ser en principio contraria a la doctrina de la Iglesia Católica, Apostólica y Romana que deslinda perfectamente las atribuciones de uno y otro Poder, pero es que la conducta del sacerdote recurrente perturba abiertamente el ejercicio de los derechos reconocidos en el Fuero de los Españoles, incurriendo en la infracción del apartado a) del art. 2.º de la Ley de Orden Público, por cuanto que el libre ejercicio de la función religiosa que garantiza dicho Fuero no puede aprovecharse para censurar la actuación gubernativa que ha velado en el caso de autos por el mantenimiento de la unidad nacional, contra la que.

La permanencia e inalterabilidad de los P. M. N. recogida en el artículo 1.º de la Ley que los formula, es tema de trascendental importancia para nuestro trabajo, obviamos cualquier comentario pues la más prestigiosa doctrina, la lógica y los mismos hechos legislativos posteriores han dado la solución a tan exagerada pretensión (147).

La nueva Ley de Registro Civil parecía exigir la promulgación de un nuevo reglamento, y en efecto así se hace mediante Decreto de 14 de noviembre 1958, que trata del matrimonio civil en la sección 2.ª del capítulo II de su título V (148).

---

se ha pronunciado el demandante haciendo la apología de una actitud separatista, conducta incurso en el ap. b) de la Ley de Orden Público en sí mismo, artículo 2.º, de 30 de julio de 1959, en relación con la fecha de emisión de los hechos sancionados».

(147) En cualquier caso, la cuestión ha quedado definitiva y felizmente resuelta con la disposición derogatoria incluida en la Constitución de 1978.

(148) «Artículo 243. Los que pretendan contraer matrimonio civil, manifestarán en la declaración exigida:

1.º Las menciones de su identidad, incluso la profesión, y también los apellidos, profesión y domicilio o residencia de los padres.

2.º Que no profesan la Religión Católica y si hubieran sido bautizados en la Iglesia Católica o convertidos a ella.

3.º Si alguno hubiera estado casado, el nombre y apellidos del cónyuge o cónyuges anteriores y fecha de la disolución del matrimonio.

4.º Que no existe impedimento para el matrimonio.

5.º El encargado elegido, en su caso, para la celebración.

6.º Pueblos en que hubieren residido o estado domiciliados en los dos últimos años.

La declaración será firmada por dos testigos a ruego del contrayente que no pueda hacerlo.

Artículo 244. Con la declaración se acompañará la prueba de nacimiento y la de que no profesan la Religión Católica.

Presentarán, en su caso, además, la de disolución de anteriores vínculos, la licencia matrimonial o la dispensa: ésta no prejuzga la inexistencia de otros impedimentos u obstáculos.

En el caso de ratificación, o cuando se adviertan, se indicará a los contrayentes los defectos de alegación y prueba que deben subsanarse.

Art. 245. Ratificados los contrayentes, si se trata de personas que bautizadas en la Iglesia Católica o convertidos a ella de la herejía o del cisma, hubieren apostatado posteriormente, el Encargado expondrá circunstancialmente el proyectado matrimonio a la autoridad eclesiástica diocesana, la que podrá pedir información suplementaria.

No se celebrará el matrimonio en tanto no transcurra un mes desde la expedición de la comunicación o desde la última, si las declaraciones de los contrayentes se presentaran a diferentes Encargados.

Art. 246. Mientras transcurre el mes o se tramitan los edictos o proclamas, se practicarán las pruebas propuestas o acordadas de oficio, encaminadas a acreditar la religión, estado o domicilio de los contrayentes, o cualquier otro extremo necesario.

El Encargado oír a ambos reservadamente y por separado, para cerciorarse de la existencia de obstáculos a la celebración.

Art. 247. Todos aquellos a cuyo conocimiento llegue la pretensión de matrimonio están obligados a denunciar cualquier impedimento que haya de autorizar el matrimonio; conocida la existencia de obstáculo legal, suspenderá la celebración.

No supone el nuevo Reglamento un cambio importante con respecto a la situación legislativa en 1958; sin embargo, el hecho de que sería un elemento clave en la configuración del sistema matrimonial español durante más de diez años —hasta el 22 de mayo de 1969—, justifica un somero análisis de su contenido.

La impresión que se desprende de una primera lectura del Decreto, es el intento de separar a aquellos que tienen acceso al matrimonio civil en dos grupos; el primero estaría integrado por los no bautizados y por los bautizados en iglesias acatólicas que no se convirtieran al catolicismo, el segundo estaría formado por los apóstatas. Para aquellos las facilidades de acceder al matrimonio

Contra la resolución de suspensión cabe recurso en vía gubernativa, según las reglas establecidas para los expedientes en general, sin perjuicio de que por el trámite de incidentes se declare la improcedencia o falsedad del impedimento u obstáculo legal

Denunciado un obstáculo y no acordada la suspensión por falta de prueba, se pasará la denuncia al Ministerio Fiscal; puede procederse a la celebración 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.

Si se instruye doble expediente, el Encargado que no haya de autorizar el matrimonio se limitará a remitir lo actuado al elegido, único al que corresponde decidir sobre la celebración o suspensión.

Art. 248. Para autorizar el matrimonio civil «in articulo mortis», basta que ambos contrayentes declaren no profesar la Religión Católica; en su caso, en cuanto sea posible, se hará la previa comunicación a la autoridad eclesiástica a través del Párroco.

La inscripción se extenderá en virtud del acta levantada, con las circunstancias necesarias para practicar aquélla y del correspondiente expediente gubernativo.

El Juez de Paz está dispensado de pedir instrucciones al encargado cuando lo impida la urgencia del caso; pero le dará cuenta inmediata del matrimonio autorizado.

Art. 249. No habiéndose levantado acta, el matrimonio civil sólo puede inscribirse en virtud de expediente, en el que se acreditará debidamente que ambos contrayentes no profesaban la Religión Católica, su libertad por inexistencia de impedimentos y, cuando no conste auténticamente, la celebración en el expediente se publicarán edictos o proclamas, si se hubieren omitido, y se practicarán las debidas diligencias probatorias de la religión y libertad de los contrayentes.

Al comunicar a los órganos extranjeros el cumplimiento solicitado de proclamas o la concesión de dispensas para matrimonio civil de españoles se advertirá, especialmente, que conforme al Derecho español, dicho matrimonio sólo será eficaz si los contrayentes no profesan la Religión Católica.

Art. 250. Las dudas que ocurrieren a los Encargados acerca de la preparación y celebración de los matrimonios serán consultadas en comunicación clara y precisa a los Jueces de Primera Instancia, quienes la resolverán a la mayor brevedad, por auto, previa audiencia del Ministerio Fiscal. Si las dudas surgieren sobre la concurrencia de los requisitos para hacer viables los matrimonios civiles a que se refiere el artículo 245 o se tratase de cualquier otro caso igualmente grave, se suspenderá la ejecución del auto y se elevará con el dictamen del fiscal y demás antecedentes a la Dirección General para su resolución definitiva.»

civil serían mayores que para éstos. La inclusión en principio en uno u otro grupo viene marcada en el punto 2.º del artículo 243.

La necesidad de prueba de la no profesión viene señalada en el artículo 244, sin que nada aclare acerca de qué es lo que efectivamente debe ser probado.

Al segundo grupo —a los apóstatas— está dedicado el artículo 245; en este supuesto, además de la imprescindible prueba de la acatolicidad, será necesaria la comunicación a la autoridad eclesiástica del propósito de contraer matrimonio civil.

La Circular de la D. G. R. y N. de 2 de abril de 1957 señalaba que la posible respuesta a tal notificación no era vinculante, que era la autoridad estatal y no la eclesiástica, la competente para determinar quién podía acceder y quién no al matrimonio civil. Nada hace suponer que tal criterio debería ser modificado. Pero en cualquier caso parece lógico pensar que la opinión de la autoridad eclesiástica tendría un cierto peso en la autorización o denegación del matrimonio civil por parte del Juez. Lo que era inevitable era la comunicación en sí y la espera de un mes.

El artículo 246 parece señalar un plazo máximo para practicar las pruebas «... encaminadas a acreditar la religión [debe de entenderse la profesión de una religión]...», plazo que será de quince días en el caso de los no bautizados en la Iglesia Católica, o bautizados en iglesia acatólica y no convertidos (149), y de un mes en el supuesto de apóstatas (150); estimamos que el plazo es distinto porque el artículo 246 dice *ab initio*: «Mientras transcurre el mes...» y esa singularización de la unidad de tiempo no puede tener otro sentido que el referirse al plazo señalado en el artículo anterior, artículo que —ya lo hemos dicho— contempla solamente los supuestos de apostasía.

El artículo 247 señala la obligación de que aquellos que tengan conocimiento de algún impedimento y conozcan el intento de celebración del matrimonio están obligados a comunicarlos, pensamos que no están obligados a comunicar el hecho de la «profesión...».

El matrimonio civil en peligro de muerte viene regulado en el artículo 248, que continuando la posición legislativa hasta entonces vigente concede las máximas facilidades para contraer tal matrimonio. Podemos afirmar que para los matrimonios «in artículo mortis» el Reglamento se inclina por la postura «subjetivista» en materia de no profesión.

El artículo 11 del C. c. (151) es interpretado, en lo que se refiere

---

(149) Artículo 89 del C. c.

(150) Párrafo 2.º del artículo 245 del R. R. C.

(151) «Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos, se rigen por las leyes del país en que se otorgan.

Cuando los actos referidos sean autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares de España en el extranjero, se observará en su otorgamiento las solemnidades establecidas por las leyes españolas.

No obstante, lo dispuesto en este artículo y en el anterior, las leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes, y las que tienen

a la no profesión para poder ser considerado eficaz un matrimonio civil en España, por el último párrafo del artículo 249 en el sentido de considerar que la «no profesión» es un requisito de fondo y no de forma, a efectos de la validez del matrimonio civil.

El lugar preeminente de la D. G. R. y N. en materia de autorización de matrimonio civil es señalada en el artículo 250, en los supuestos de duda a cerca de la apostasía o en «...cualquier otro caso igualmente grave...», la D. G. R. y N. es la encargada de «...su resolución definitiva». Parece lógico pensar que, a pesar de hablar de «resolución definitiva», la vía judicial permanecerá siempre abierta.

La promulgación de este Reglamento marcará el inicio de un paréntesis de casi dos lustros de una calma prácticamente absoluta en materia de legislación matrimonial. Calma solamente interrumpida con la Ley de 22 de julio de 1961, en la que se señalaban las normas para contraer matrimonio los funcionarios de la carrera diplomática, aplicable también —en parte— a los alumnos de la Escuela Diplomática; el sentido es idéntico al de la Ley de 13 de noviembre de 1957, ya comentada y sólo es destacable la alusión al Concordato como causa de la promulgación de esta Ley, ningún otro aspecto relevante para la temática aquí analizada merece ser mencionado.

Dicho paréntesis es cerrado con la promulgación de una de las leyes más importantes dentro del sistema de Derecho Eclesiástico Español, nos referimos a la Ley 44/1967 de 28 de junio, reguladora del Derecho civil a la libertad en materia religiosa.

Antes de entrar en el análisis del texto vigente creemos conveniente realizar un breve análisis de la evolución sufrida por los artículos relativos al aspecto matrimonial de la cuestión desde el Proyecto de Ley remitido a las Cortes hasta su aprobación definitiva (152).

El número 951 del Boletín Oficial de las Cortes Españolas de fecha 10 de marzo de 1967 inserta el Proyecto de Ley.

En su preámbulo se recoge con absoluta nitidez el hecho de que esta Ley venía exigida por el cambio de actitud de la Doctrina de la Iglesia en materia de libertad religiosa que había supuesto la declaración conciliar «*Dignitatis humanae*», y como consecuencia de la necesidad de que la legislación española estuviese inspirada en la Doctrina de la Iglesia (153).

---

por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por leyes o sentencias dictadas, ni por disposiciones o convenciones acordadas en país extranjero.»

(152) Emplearemos para ello la recopilación que aparece en DE LA HERRA, Alberto, *Pluralismo...*, cit., págs. 97 y ss.

(153) «El precepto de la Ley de rango fundamental, de 17 de mayo de 1958, según el cual la doctrina de la Iglesia Católica inspirará en España su legislación, constituye fundamento muy sólido de la presente Ley.» Nótese que, en realidad, la Ley de P. M. N. no hace referencia directa a la Doctrina de la Iglesia, sino a la Ley Divina de la que la Doctrina de la Iglesia es mera intérprete.



Del articulado del proyecto son los siguientes preceptos que inciden en el tema aquí planteado:

«Art. 3.º Las creencias de los españoles en materia religiosa no constituirán en ningún caso motivo de desigualdad ante la Ley, que ampara el derecho de todos, sin excepción de personas ni discriminación alguna.»

Art. 6.º 1. Todos los españoles con independencia de sus convicciones religiosas, dispondrán de facilidades y plazos idénticos para contraer matrimonio.

2. Se autorizará el matrimonio civil, conforme a lo dispuesto en el artículo 42 del Código civil, cuando ninguno de los contrayentes profese la religión católica.

3. Quienes hubieran sido ordenados «in sacris» o estén ligados con votos solemnes de castidad dentro de la Iglesia Católica no podrán contraer matrimonio sin dispensa canónica, conforme a lo dispuesto en el artículo 83, número 4, del Código Civil.

Art. 38. La prueba de que se profesa una determinada confesión religiosa no católica o de que no se profesa a efectos del ejercicio de los derechos reconocidos en la presente Ley, se efectuará por los medios establecidos en los artículos siguientes.

Art. 39. 1. La adscripción a una determinada confesión religiosa no católica se acreditará mediante certificación del Ministro competente para extenderla.

2. Cuando la adscripción implique abandono de otra confesión religiosa, el Ministro que certifique de ella por primera vez deberá dar traslado literal de su certificación al Ministro de la confesión anterior que sea competente.

Art. 40. 1. La circunstancia de no profesar ninguna religión se acreditará mediante declaración expresa del interesado corroborada por dos testigos.

2. Cuando el interesado hubiese estado anteriormente adscrito a una confesión religiosa deberá acreditar asimismo que ha comunicado el abandono de la misma al Ministro de dicha confesión que sea competente.

3. En estos casos la validez de los actos jurídicos que se realicen dependerá de que la declaración sea verdadera.»

Un brevísimo comentario merecen estos artículos del proyecto, extenderse en el mismo sería un esfuerzo inútil, tanto como comentar lo que pudo llegar a ser pero no fue.

De una primera lectura del artículo 3.º se podría deducir una conclusión inmediata: los párrafos 2.º y 3.º del artículo 42 del C. c. quedan automáticamente derogados, ya que es evidente que se produce una desigualdad entre la Ley si sólo los que no profesan el catolicismo pueden acceder al matrimonio civil (todo ello en el supuesto de que el término «profesar»... signifique algo).

Sin embargo, esta primera impresión queda inmediatamente desvanecida. En el número 2 del artículo 6.º se señala con toda

claridad la vigencia del artículo 42 del C. c. Otras desigualdades se producen —contra la letra del artículo 3.º— en el propio artículo 6.º en su punto 3, ya que el Ordenamiento Canónico recibe una protección que no reciben los restantes ordenamientos confesionales y como consecuencia de ello algunos católicos tienen algunas restricciones para acceder al matrimonio, que no tienen los miembros de otras confesiones en circunstancias paralelas.

Del hecho de que las creencias de los españoles en materia religiosa sí constituyan un motivo de desigualdad ante la Ley, se deriva la necesidad de establecer un sistema probatorio para determinar si se profesa o no una religión y tal sistema es establecido en los artículos 38, 39 y 40.

Setenta y ocho fueron las enmiendas que los procuradores propusieron a tal Ley, catorce de ellas se refieren de una u otra manera, a lo preceptuado en el proyecto de Ley que incide en materia matrimonial. Son las siguientes:

NUM. DE ENMIENDA	PRIMER FIRMANTE
9	Antonio José Hernández Navarro
13	Eduardo Nolla López
15	Diego Sevilla Andrés
26	Manuel Batlle Vázquez
40	Fernando Fugardo Sanz
49	Ramón Muñoz G. Bernaldo de Quirós
54	Ramón Muñoz G. Bernaldo de Quirós
58	Manuel Manglano y Cucalo de Montull
59	Lucas María Oriol Urquijo
60	Blas Piñar López
61	Purificación Sedeño Fuentes
64	Ramón Albitur Esparza
66	Manuel Rivas Guardilla
67	Eduardo Villegas Girón (154)

Al análisis de cómo esas enmiendas influyen en la modificación del Proyecto de Ley, hasta llegar al articulado vigente, estarán dedicadas las próximas líneas.

Dos enmiendas, las número 58 y 64, lo son a la totalidad y pretenden que sea retirado el proyecto, la primera de ellas es además enmienda a diversos artículos y será analizada en su momento. Pocos comentarios suscita la número 64 en lo que a nosotros nos interesa.

Las enmiendas al preámbulo son las número 58, 59 y 60. La primera de ellas considera que debe ser retirado por oponerse a la Ley Orgánica del Estado, no se apoya en ningún argumento jurídico de peso. La número 59 insiste en que es el cambio de actitud de la

(154) Citaremos las enmiendas por su número.

Doctrina de la Iglesia lo que justifica esta nueva Ley, en razón del II P. M. N. La enmienda 60 tiene escasa trascendencia en el aspecto matrimonial aquí analizado.

El texto promulgado como preámbulo de la Ley 44/67 recoge la idea —a nuestro entender básica— de que el II P. M. N. es la causa de la propia Ley, reproduciendo en su primer párrafo textualmente el párrafo primero del Proyecto del Gobierno: «El precepto de la Ley de rango fundamental de 17 de mayo de 1958, según el cual la doctrina de la Iglesia Católica inspirará en España su legislación, constituye un fundamento muy sólido de la presente Ley» (155).

El artículo 3.º del Proyecto reconocía el derecho a la no discriminación por motivos religiosos. Para algunos —enmienda número 15— tal precepto debe ser suprimido ya que debe «...ser objeto material de una disposición fundamental y no de una Ley ordinaria...». La enmienda número 59 considera que tal artículo debe ser además un motivo más para insistir en la confesionalidad del Estado y además pretende eliminar la expresión «sin discriminación alguna», el motivo que aduce es que no se puede dar el mismo tratamiento a los ateos que a los adeptos «...a una de las modalidades de religión, más o menos ajenas a la voluntad de Dios, pero que reconoce su autoridad y le adoran». La enmienda número 60 respeta el texto del gobierno pero postula la inclusión del término «por sí mismas», lo que daría el siguiente resultado: «Las creencias de los españoles en materia religiosa no constituirán en ningún caso, por sí mismas, motivo de desigualdad...». La ponencia no acepta la enmienda número 59, considera innecesaria la insistencia en la confesionalidad propuesta por la misma; pero sin embargo sí acepta la número 60. ¿Qué supone la inclusión de la expresión «por sí mismas»? Es difícil emitir un juicio, ya que el texto finalmente aprobado no recoge tal expresión y por tanto no se puede conocer cuál hubiera sido su alcance en la práctica. Sin embargo, no creemos arriesgado el afirmar que su sentido era claramente restrictivo con respecto al Derecho Fundamental de igualdad religiosa. En efecto: si «Las creencias a los españoles en materia religiosa no constituirán en ningún caso, por sí mismas, motivo de desigualdad...», cabe entender *a sensu contrario*, que sí podrían constituir motivo de desigualdad sus consecuencias, así por ejemplo en las manifestaciones externas de culto —consecuencia lógica de profesión de una religión— cabría un trato discriminatorio. El mismo alcance creemos que tenía la pretensión de la enmienda 59 de suprimir el término «sin discriminación alguna». El texto final del artículo 3.º (156) recoge, en cierta medida, tal pretensión.

El artículo del proyecto que más directamente incide en el

---

(155) Es curioso constatar que no se menciona a la Ley del P. M. M. con su nombre.

(156) «Las creencias religiosas no constituirán motivo de desigualdad de los españoles ante la Ley.»

tema matrimonial es el 6.º, y contra él se presentan una decena de enmiendas.

Analicemos su contenido y consecuencias.

El artículo 6.º del proyecto se articulaba en tres párrafos, cuyas ideas centrales eran:

1. Igualdad ante el matrimonio.
2. Vigencia del artículo 42 del C. c.
3. Vigencia del artículo 83 número 4 del C. c.

Y siguiendo tales ideas la enmienda número 26 propone una nueva redacción del artículo 6.º, y para cumplir el primer principio el enmendante razona con lógica que «...pugna con los más elementales dictados de la equidad o de la justicia que se haga discriminación entre el matrimonio católico y el acatólico en culto admitido, por lo que se refiere a la producción de efectos civiles...», y consecuentemente propone un punto 3 del artículo 6.º que preceptuaría: «si ninguno de los contrayentes profesa la religión católica, y en los casos de matrimonios mixtos dispensados en la forma canónica, podrá celebrarse el matrimonio de acuerdo con los ritos y formalidades de confesión no católica legalmente reconocida, que producirá los efectos civiles señalados en la Ley una vez inscrito en el correspondiente Registro y cumplidos los requisitos previos que reglamentariamente se determinen». En este mismo sentido se inclina la enmienda número 13 y aunque con menos firmeza también la número 66.

Con la finalidad de establecer una discriminación para los ateos, lo que constituye una obsesión en toda la enmienda, la número 59 propone sustituir «convicciones» por «creencias».

El suprimir la prueba de la no profesión dejándola reducida a una simple declaración es la pretensión de la enmienda número 9 (157). Y se inclina por la posición subjetivista la enmienda número 40, al proponer como texto del punto 2 del artículo 6.º el siguiente: «se autorizará el matrimonio civil», argumentando que «...El hecho de que quieran contraer matrimonio civil ya es una demostración de que no aceptan la misma y, por tanto, esto debe ser tomado ya como punto demostrativo de ello». La misma idea mueve a los autores de la enmienda número 61 al afirmar: «Respondiendo al título del proyecto, la libertad religiosa debe quedar para *todos*. Dada la forma de ser de los españoles, el encontrarnos con trabas y tener que justificar una postura, creo da más inconvenientes a nuestra religión que la total libertad». Sin embargo tal pretensión no se hubiese logrado de prosperar el texto propuesto por los enmendantes (158), ya que la alusión al artículo 42 del C. c. hace que continúe vigente la exigencia de la prueba de la no profesión, mientras que de haber prosperado el texto propuesto

(157) «Añadir después de "Religión Católica" "bastando su simple manifestación en tal sentido"..."»

(158) «Se autorizará el matrimonio civil conforme a lo dispuesto en el artículo 42 del Código civil.»

en la enmienda número 40 hubiese supuesto la derogación de los párrafos 2.º y 3.º de tal artículo de nuestro Código civil.

De opinión opuesta es la enmienda número 58 ya que pretende que se añada la expresión «... y así lo hayan acreditado antes legalmente», por tanto no sería suficiente con el simple hecho de acudir al matrimonio civil, ni tampoco con la declaración hecha con motivo del matrimonio.

Por último la supresión del punto 3 del artículo 6.º del proyecto es lo propugnado por la enmienda número 49, lo que tal vez tendría escasa trascendencia de subsistir el artículo 83 del C. c.

Del análisis de las enmiendas al artículo 6.º se puede deducir un saldo claramente positivo a favor de un régimen de mayor igualdad y libertad religiosa a la hora del acceso al matrimonio. ¿Cuál fue el efecto sobre el texto final? Ninguno. En efecto: el texto que propone la ponencia es el siguiente:

«Art. 6.º 1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 42 del Código civil, se autorizará el matrimonio civil cuando ninguno de los contrayentes profese la religión católica, sin perjuicio de los ritos o ceremonias propias de las distintas confesiones no católicas que podrán celebrarse antes o después del matrimonio civil en cuanto no atenten a la moral o a las buenas costumbres.

2. Quienes hubiesen sido ordenados «in sacris» o estén ligados con voto solemne de castidad dentro de la Iglesia Católica, no podrá contraer matrimonio sin dispensa canónica, conforme a lo dispuesto en el artículo 83, número 4, del Código civil».

Tal texto es idéntico al promulgado finalmente.

Las diferencias entre este texto y el propuesto por el Gobierno son las siguientes:

— Supresión del punto 1 del artículo del proyecto, punto en el que se reconoce la igualdad de los españoles ante el matrimonio.

— Añadir al punto 2 del proyecto (1 del texto definitivo), la autorización para que *además* del matrimonio civil que es el que produce efectos civiles, los que no profesen la religión católica pueden celebrar otras ceremonias que no tendrán ninguna eficacia civil, lo que, en nuestra opinión, ya era perfectamente legal.

Paradójicamente, pues, una postura «liberal» de los enmendantes produce, como respuesta una postura restrictiva de la Ponencia y luego de las Cortes con respecto al Proyecto gubernamental.

Mejor suerte corren las enmiendas al artículo 38, las números 58 y 60, que propugnan la supresión del término «... o de que no se profesa ninguna», propuesta aceptada por la ponencia y que cristaliza en la siguiente redacción del artículo 31 de la Ley 44/67 «La prueba de que se profesa o no una determinada confesión religiosa no católica se efectuará en la forma establecida en los artículos siguientes».

El intento de discriminar a los ateos con respecto al resto de los ciudadanos tiene, pues, éxito.

Un elemento fundamental en la configuración del sistema ma-

trimonial español a lo largo del último siglo, como hemos señalado, repetidamente ha sido la prueba de la no profesión. De lo que se considera que se debe probar y de cómo se debe probar ha dependido la facilidad o dificultad de acceder al matrimonio civil. A este aspecto hacen referencia los artículos 39 y 40 del Proyecto de Ley.

Ninguna enmienda es presentada al primero de dichos artículos, que está destinado a la prueba de que se profesa una religión acatólica. El punto primero de dicho artículo del proyecto pasa a ser el texto del 32, 1, de la Ley, y el número 2 desaparece en parte y en parte se integra en el 32, 3. Por el contrario son muy numerosas las enmiendas al número 40.

La supresión del artículo 40 es propugnada en la enmienda número 61, en coherencia con el espíritu de la enmienda en materia matrimonial antes analizado, la misma solución y por los mismos motivos es la apuntada en la enmienda número 9.

La supresión de la declaración de dos testigos para probar que no se profesa ninguna religión es pedida en la enmienda número 54 (así como en la 67), que asimismo propone la supresión del párrafo 3 del mencionado artículo. La supresión de dicho punto es también solicitada en la enmienda 66. La misma idea es mantenida en la enmienda 59, aunque por razones distintas: «... la veracidad de las declaraciones forma parte del sistema jurídico general».

La insistencia en discriminar, e incluso desconocer su existencia, a los ateos queda, una vez más, patente en la enmienda 58 que pretende la supresión del artículo 40,1.

La modificación del 40,2 propuesta por la enmienda 40 tiene escasa trascendencia para nuestro estudio.

Los intentos de suprimir el artículo 40 no consiguen el resultado pretendido, y tanto la ponencia como el texto definitivo lo mantienen, si bien con modificaciones.

Es acogido por la ponencia y el texto final la supresión de la necesidad de dos testigos que declaren que no se profesa religión alguna, la medida parece acertada, no sólo por razones de fondo, sino incluso meramente prácticas, la dificultad —si existe— de encontrar dos testigos que hagan tal declaración es mínima, pero constituiría un intento de dificultar tal declaración.

Se acepta también la supresión del artículo 40, 3, lo que justifica la ponencia en razón de «...la inseguridad jurídica que implicaría someter la validez de los actos realizados a la certidumbre de la declaración de acatolicidad». No estamos de acuerdo con el argumento, parecería más correcto decir que la simple declaración de acatolicidad supone de hecho la acatolicidad. Frente al argumento de las enmiendas 55 y 66 y de la ponencia aparece como más correcto jurídicamente el expuesto por la enmienda 59, y ello aunque no estemos de acuerdo con lo pretendido en tal enmienda.

El intento de la enmienda 58 no alcanza su objetivo y el 39, 1 del proyecto se mantiene en todos sus términos si bien pasa a ser el 32, 1 del texto promulgado.

El 39, 2 queda suprimido y el 40, 2 pasa a ser el 32, 3 con algunas modificaciones en la redacción, pero de escasa trascendencia.

Por último, el artículo 41 del Proyecto es mantenido en todos sus términos por no haberse formulado ninguna enmienda al mismo y pasa a ser el artículo 33 de la Ley.

En resumen, estimamos que las modificaciones sufridas por el proyecto se pueden considerar restrictivas en lo que se refiere a los artículos 3.º y 6.º y 31. Aclaratoria en lo que se refiere al artículo 32 de la Ley; y liberalizadora en la supresión del 40, 3 del proyecto.

Expuesto ya como se llega a la Ley de 28 de julio de 1967, corresponde ahora analizar su contenido.

Los artículos de la Ley que nos interesan quedan redactados así:

«Art. 3.º Las creencias religiosas no constituirán motivo de desigualdad de los españoles ante la Ley.»

«Art. 6.º 1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 42 del Código civil, se autorizará el matrimonio civil cuando ninguno de los contrayentes profese la religión católica, sin perjuicio de los ritos o ceremonias propias de las distintas confesiones no católicas que podrán celebrarse antes o después del matrimonio civil en cuanto no atenten a la moral o a las buenas costumbres.

2. Quienes hubieren sido ordenados in sacris o estén obligados con votos solemnes de castidad dentro de la Iglesia Católica no podrán contraer matrimonio sin dispensa canónica, conforme a lo dispuesto en el artículo 83, número 4, del Código civil.»

«Art. 31. La prueba de que se profesa o no una determinada confesión religiosa no católica se efectuará en la forma establecida en los artículos siguientes.»

«Art. 32.1. La adscripción a una determinada confesión religiosa no católica se acreditará mediante certificación del ministro competente para extenderla.

2. La no adscripción a una confesión religiosa se acreditará mediante declaración expresa del interesado.

3. El abandono de una confesión religiosa exigirá la prueba de que el mismo ha sido comunicado al ministro competente de la religión que hubiese sido abandonada.»

Art. 33. Se entenderá que cualquier cambio de adscripción religiosa no afecta a las obligaciones que hayan sido contraídas en virtud de una adscripción confesional anterior.»

El primer tema a plantear sería determinar a quién va dirigida esta Ley. El tema desborda el ámbito de este estudio, y la respuesta que a él demos debe ser considerada como una hipótesis de trabajo, revisable en otro momento (159).

Entendemos que esta ley va dirigida a aquellos que profesando

---

(159) Para un estudio de este aspecto, vid. PÉREZ-LLANTADA Y GUTIÉRREZ, Jaime, *La libertad religiosa en España y el Vaticano II*, Madrid, 1974, páginas 355 y ss.

una religión no son católicos. Quedan, pues, excluidos del ámbito de aplicación de esta ley, de una parte los ateos y de otra los católicos. Así creemos que lo entiende De la Hera, al afirmar: «La Ley atiende a ofrecer a los no católicos igualdad de derechos con los católicos en materia religiosa, a aquellos puntos en que la situación favorable de la religión [católica] no lo impide...» (160) y también Pérez-Llantada, cuando escribe: «...no pretende abarcar en su ámbito de aplicación más que el derecho de los *creyentes acatólicos* y sus Asociaciones religiosas...» (161) y ello aunque más adelante matice la afirmación. Y así se desprende del articulado de la Ley, artículos: 1.º 3, 2.º 1, 5.º 3, 6.º 1, 6.º 2, 7.º 4, 8.º 2, 8.º 3, 9.º 1, 9.º 2, 10.º, 11.º 1, 12.º, 13.º 1, 13.º 2, 13.º 3, 14.º, 15.º 1, 15.º 2, 15.º 3, 15.º 4, 16.º, 17.º 1, 17.º 2, 17.º 3, 18.º 1, 18.º 2, 18.º 3, 19.º, 20.º, 21.º 2, 22.º, 24.º, 25.º 2, 25.º 3, 26.º, 27.º 1, 27.º 2, 28.º 1, 28.º 2, 29.º, 30.º 1, 30.º 2, 30.º 3, 31.º, 32.º 1, 36.º y disposición transitoria.

Centrándonos ya en el tema que nos interesa, y no olvidando la hipótesis formulada cabe plantearse la pregunta: ¿Afecta la Ley de Libertad Religiosa al sistema matrimonial español? ¿Se modifica el artículo 42 del C. c.? y en definitiva ¿qué significa «profesar...» a partir del año 1967?

El artículo 3.º debería ser matizado en el siguiente sentido: «Las creencias religiosas, a excepción de la católica, no constituirán motivo de desigualdad de los españoles ante la Ley», puesto que los católicos tienen vedado el acceso al matrimonio civil a diferencia del resto de los súbditos del ordenamiento estatal, y puesto que los acatólicos no ven reconocidos efectos civiles a sus matrimonios religiosos.

El artículo 6.º no tiene otra pretensión que indicar que el artículo 42 del C. c. y el 83, número 4 del mismo cuerpo legal siguen vigentes. Estimamos que tal aclaración no era necesaria, puesto que en nuestra interpretación, era evidente que tales preceptos eran derecho vigente.

El punto en el que la doctrina se apoya para considerar que la Ley de Libertad Religiosa supone una modificación del sistema matrimonial es el capítulo IV de la Ley. Veamos hasta qué grado llegan tales modificaciones.

En primer lugar hay que señalar que la idea de que el artículo 6.º 1 de la Ley de Libertad Religiosa supone la derogación de la exigencia de la prueba de la no profesión para acceder al matrimonio civil no es correcta. De una parte la vigencia del artículo 42 del C. c., en todos sus términos es señalada en el propio artículo 6.º, y de otra los artículos 31 y 32 de la Ley de Libertad Religiosa hacen suponer que la necesidad de prueba sigue vigente (162).

El texto básico del sistema matrimonial español sigue siendo el artículo 42 del C. c. en la redacción dada al mismo por la Ley de

(160) DE LA HERA, Alberto, *Pluralismo...*, cit., pág. 87.

(161) PÉREZ-LLANTADA Y GUTIÉRREZ, Jaime, ob. cit., pág. 363.

(162) Vid. DE LA HERA, Alberto, *Matrimonio civil...*, cit., pág. 675.



abril de 1958, y según tal artículo para acceder al matrimonio civil es necesario probar que no se profesa la religión católica; para el 32.1 de la L. L. R. no basta como prueba de la no profesión del catolicismo la certificación del ministro competente de que se profesa una religión no católica, pero siempre que se pruebe previamente que no se profesa el catolicismo, al menos a los efectos del 42 C. c.

El artículo 32, 2 tampoco quiere decir que basta con la simple declaración del interesado para probar que no se profesa una religión, eso será exacto solamente en los casos en que se pretenda acreditar la no profesión de una religión acatólica, pero no bastará en el caso de que se pretenda probar que no se profesa el catolicismo.

La Ley de Libertad Religiosa, pensamos, no afecta en absoluto al sistema matrimonial español; otra cosa es que haya influido en la legislación posterior sobre la materia (163), que haya influido en la elaboración de la doctrina jurisprudencial (164), única competente para especificar el alcance del término «profesar...»; pero como ya dijimos a propósito de la Orden del 41, la jurisprudencia no es acertada porque se acople a la Ley de Libertad Religiosa —en materia matrimonial— sino al contrario, tal Ley tiene alguna influencia en la configuración práctica del sistema matrimonial porque así lo ha querido el T. S.

Como ya hemos indicado la Ley 44/67 incide sin lugar a dudas en la legislación posterior sobre la materia, ello aparece con absoluta nitidez en el Decreto de 22 de mayo de 1969 que reforma varios preceptos del Reglamento del Registro Civil, quedando redactados los números 245 y 246 de la siguiente manera:

«Art. 245. Si se tratara de personas que hubieren abandonado la religión católica, se exigirá, a la mayor brevedad, se presente la prueba de que el abandono ha sido comunicado por el interesado al párroco del domicilio. La comunicación podrá hacerse a través del Encargado, por correo certificado con acuse de recibo.»

«Art. 246. Mientras se tramiten los edictos o proclamas, se practicarán las pruebas propuestas o acordadas de oficio, encaminadas a acreditar el estado o domicilio de los contrayentes, o cualquier otro extremo necesario.

En los casos no comprendidos en el artículo precedente la prueba de que no se profesa la religión católica podrá efectuarse, bien mediante certificación acreditativa de la adscripción a otra confesión religiosa, expedida por ministros competentes o representante autorizado de la respectiva asociación confesional, o bien mediante declaración expresa del interesado ante el Encargado.

Bernárdez ha afirmado que la reforma del artículo 245 del Re-

---

(163) Vid. LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHEZ REBULLIDA, Francisco de Asís, ob. cit., pág. 31.

(164) Vid. S. T. S. 12-VI-69, S. T. S. 20-IV-74, S. T. S. 4-X-74, S. T. S. 11-III-75 y S. T. S. 23-XII-77.

glamento del Registro civil «... convierte al sistema matrimonial, en la práctica, en una modalidad que, por lo que respecta a los católicos disidentes, se acerca a la del matrimonio civil facultativo» (165). Eso es perfectamente cierto pero con la salvedad hecha por Bernárdez de que sólo en la práctica.

El nuevo artículo 245 tiene como diferencia fundamental con el antiguo del Decreto de 14 de noviembre de 1958 que frente al requisito de que el encargado del Registro notificase a la Autoridad Eclesiástica la intención del apóstata de contraer matrimonio, y que ésta pudiese solicitar mayor información al respecto y teniendo que esperar en cualquier caso, durante un mes, el nuevo requisito se reduce a la comunicación al párroco del abandono de la religión católica, ya sea directamente por el interesado ora sea a través del encargado del Registro.

El nuevo artículo 246 en su primer párrafo reproduce el mismo párrafo del antiguo, con la única diferencia de suprimir las palabras «... transcurre el mes...» y «... la religión...». La primera supresión es una exigencia ineludible del hecho de haber desaparecido el requisito de la espera de un mes en el nuevo artículo 245. ¿Qué alcance tiene la segunda supresión? La primera impresión es que se suprime el requisito de la prueba de la no profesión que pasa a ser sustituida por la prueba de que se ha comunicado el abandono al párroco (166); pero esto sería tanto como considerar el artículo 42 del C. c. como derogado, ya que éste en su tercer párrafo exige la prueba de la no profesión.

Creemos que en virtud del primer párrafo del nuevo artículo 246 de R. R. C. y del 42 del C. c. en realidad son dos pruebas distintas exigidas. Hay que probar que no se profesa el catolicismo, pero además en el supuesto de apostasía hay que probar que esta se ha comunicado al párroco.

El párrafo 2.º del nuevo artículo 246 no aparecía en el primitivo; este párrafo va destinado a los católicos no apóstatas, insistimos en que el artículo 42 del C. c. sigue vigente y que habrá que probar la «no profesión»... entendiéndolo por «no profesar»... lo que entienda el T. S. que no tiene que ser necesariamente, para el caso contemplado en el 2.º párrafo del artículo 246 del R. R. C., equivalente a la certificación de ministro competente, o a la declaración del interesado.

El párrafo 3.º es reproducción literal del 2.º del primitivo artículo 246.

Estimamos, pues, que la única modificación en el sistema matrimonial inferida por el Decreto del 69, se limita a la sustitución

---

(165) Catedráticos de Derecho Canónico de Universidades españolas, *Derecho Canónico*, vol. II, Pamplona, 1974, págs. 435 y ss.

(166) En este sentido, vid. LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHEZ REBULLIDA, Francisco de Asís, ob. cit., pág. 33, y DE LA HERA, Alberto, *Matrimonio Civil...*, cit., pág. 676.

del requisito de notificación a la Autoridad Eclesiástica y espera de un mes, por parte del Juez en el caso de intento de matrimonio civil por apóstata, por el requisito —indudablemente más cómodo, pero sin diferencia esencial— de la prueba de haber notificado al párroco.

Una instrucción de la D. G. R. y N. de 22 de marzo de 1974 trata de simplificar los complejos trámites que constituyen el expediente previo al matrimonio civil. Dicha Instrucción se refiere también a la prueba de la no profesión y dice en su punto III-3.º:

«Prueba de no profesar la religión católica. En el momento actual está tan facilitada esta prueba que su exigencia nunca debe ser causa de dilaciones, pues, según Resolución de este Centro Directivo de 3 de agosto de 1970 es medio de prueba idóneo «la declaración expresa de los interesados de no profesar la religión católica». Solamente se establece una diligencia especial para el supuesto de que se tratase de personas que hubiesen abandonado la religión católica «se exigirá que, a la mayor brevedad, se presente la prueba de que el abandono ha sido comunicado por el interesado al párroco del domicilio. La comunicación podrá hacerse a través del Encargado, por correo certificado con acuse de recibo» (artículo 245 del Reglamento Registro Civil). Naturalmente la realización de esta diligencia no debe paralizar el curso de los demás trámites».

Así pues, la instrucción de la D. G. R. y N. sigue con absoluta fidelidad el espíritu del Decreto del 69. Pero si un Decreto no puede modificar una Ley (el Código Civil) tampoco puede una Instrucción de la D. G. R. y N.

La última disposición que trata de regular el acceso a una u otra clase de matrimonio es el Real Decreto de 1 de diciembre de 1977, modificador de varios artículos del Reglamento del Registro Civil.

Este es el texto de los preceptos que afectan a nuestro estudio:

«Art. 243. Los que pretendan contraer matrimonio civil, manifestarán en la declaración exigida:

1.º Las menciones de su identidad, incluso la profesión, y también los apellidos, profesión y domicilio o residencia de los padres.

2.º Que no profesan la religión católica.

3.º Si alguno hubiera estado casado, el nombre y apellidos del cónyuge o cónyuges anteriores y fecha de la disolución del matrimonio.

4.º Que no existe impedimento para el matrimonio.

5.º El Encargado elegido, en su caso, para la celebración.

6.º Pueblos en que hubieran residido o estado domiciliados, en los dos últimos años.

La declaración será firmada por dos testigos a ruego del contratante que no pueda hacerlo.»

«Art. 245. La prueba de que no se profesa la religión católica se efectuará mediante declaración expresa del interesado ante el Encargado.»

«Art. 249. No habiéndose levantado acta, el matrimonio civil sólo puede inscribirse en virtud de expediente, en el que se acreditará debidamente que ambos contrayentes no profesaban la religión católica, su libertad por inexistencia de impedimentos y, cuando no conste auténticamente, la celebración. A efectos de este expediente, se presumirá la acatolicidad por el sólo hecho de la celebración del matrimonio civil. En el expediente se publicarán edictos y proclamas, si se hubieran omitido, y se practicarán, en su caso, de oficio las debidas diligencias probatorias.»

Así pues, una vez más, se introducen importantes modificaciones sustantivas en el sistema matrimonial español al modificar un cuerpo legal cuya finalidad es reglamentar un Registro.

El método empleado tampoco es nuevo: interpretar el término «profesar». El número 2.º del artículo 243 exige que en el momento de pretender contraer matrimonio civil se deberá declarar que no se profesa la religión católica, y tal declaración se convierte, en virtud del artículo 245, en prueba suficiente de la no profesión, y consiguientemente en requisito bastante para no quedar obligado al matrimonio canónico. La solución, ciertamente, no es original, fue la empleada en el Decreto de 9 de febrero de 1875 (si nuestra interpretación de tal disposición es correcta), y también por la Real Orden de 28 de diciembre de 1900 (si bien, en aquella disposición bastaba con la declaración de uno de los contrayentes, mientras que en el Real Decreto de 1977 es necesaria la de ambos).

En los supuestos señalados en el artículo 249, el Real Decreto va aún más lejos, en su espíritu facilitador del acceso al matrimonio civil. Se vuelve, en tales casos, a la interpretación dada por la Real Orden de 27 de agosto de 1906, «... se presumirá la acatolicidad por el sólo hecho de la celebración del matrimonio civil» (167).

Así pues, se acoge, con la última reforma del Reglamento del Registro Civil, la interpretación más liberal posible del artículo 42 del C. c. El hecho de que las soluciones adoptadas no sean nuevas, nos exime de repetir comentarios que ya hicimos al estudiar las disposiciones que son antecedente claro de la presente.

El Real Decreto de 1977 cierra una etapa de la historia de la legislación matrimonial española. Con toda probabilidad un período muy distinto va a comenzar. Esperemos que el legislador no caiga en precipitaciones habituales —como hemos demostrado—, cuyas únicas consecuencias son crear la inseguridad jurídica que se deriva de las incesantes modificaciones legislativas y posibilitar inter-

---

(167) No se comprende la inclusión en el mismo artículo de la siguiente afirmación: «... se acreditará debidamente que ambos contrayentes no profesaban la Religión Católica». ¿Qué sentido tiene exigir una acreditación de algo que se presume, con toda probabilidad, *iuris et de iure*?

pretaciones administrativas, en ocasiones de dudosa legalidad, guiadas por concepciones políticas del Gobierno en el poder, más que por el respeto a la Ley. Todo ello sin olvidar la realidad social del momento presente (168) y la correlación existente entre el sistema matrimonial que se adopte y el grado de protección con el que se provee el Derecho Fundamental a la libertad religiosa\*.

---

(168) Compárase la reacción de la Iglesia Católica española frente a la Real Orden de 1906 (Vid. supra, notas 72 y 74) con la inadvertencia, aparente, ante el Real Decreto de 1977.

\* En contra de nuestras previsiones, el Real Decreto de 1 de diciembre de 1977 no ha cerrado una etapa, ya que aún ha existido otra disposición que —sin la ya *imprescindible* reforma del artículo 42 del C. c.— ha incidido en la configuración de nuestro sistema matrimonial. Nos referimos a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de diciembre de 1978. Nos limitaremos a transcribirla: «La aprobación de la Constitución española ha supuesto una importante innovación en el régimen hasta ahora vigente sobre celebración del matrimonio civil.

En efecto, el artículo 32-1 de la Constitución establece que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, y su artículo 16-2 señala la que nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. Estas normas han de ser interpretadas de acuerdo con los principios constitucionales de no confesionalidad del Estado (artículo 16-3) y de no discriminación por razón de religión (artículo 14), y llevan forzosamente a la conclusión de que todos pueden acudir a la celebración del matrimonio civil con plena libertad de elección y sin necesidad de hacer declaración alguna sobre su religión, respecto de la cual el Juez o Cónsul no pueden preguntar.

Atendiendo a estas consideraciones, así como al hecho de que aquellas normas constitucionales tienen vigencia inmediata (cfr. artículo 53 y disposiciones derogatoria y final), esta Dirección General ha acordado declarar que, a partir de la entrada en vigor de la Constitución, han de entenderse modificados en el sentido indicado los artículos 42 y 86 del Código civil, lo mismo que los preceptos concordantes que los desarrollan del Reglamento del Registro Civil y que, por tanto, los Jueces y Cónsules Encargados de los Registros Civiles deben autorizar los matrimonios civiles de las personas que lo deseen sin indagación ni declaración alguna sobre las ideas religiosas de los contrayentes.

Lo que digo a VV. SS.

Dios guarde a VV. SS. muchos años.

Madrid, 26 de diciembre de 1978.—El Director general P. D., el Subdirector y Jefe de la Inspección Delegada, Manuel Peña y Bernaldo de Quirós. Sres. Jueces y Cónsules Encargados de los Registros Civiles.»

