

NOTAS HISTÓRICAS DEL SISTEMA MATRIMONIAL ESPAÑOL*

LOURDES BABÉ NÚÑEZ

Profesora de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Murcia

SUMARIO: I. Confesionalidad y tolerancia: 1. En la Constitución canovista: a) La solución del Código Civil desde esta perspectiva. 2. En las normas constitucionales del General Franco. 3. En el Concordato de 1953.— II. La interpretación del art. 42 del Código Civil cuando se firma el concordato: 1. Tribunal Supremo y Dirección General de los Registros y del Notariado. 2. Posiciones doctrinales: a) Calificación del sistema matrimonial español. b) El valor del Derecho Canónico en el Derecho español.— III. El Concordato de 1953: Repercusión doctrinal.

I. CONFESIONALIDAD Y TOLERANCIA

1. EN LA CONSTITUCIÓN CANOVISTA

La Constitución de 1876 es el precedente constitucional inmediato al Código Civil de 1889, y sus postulados habrían de servir de criterio orientador al legislador ordinario. Al igual que en anteriores textos constitucionales del siglo XIX, el de 1876 también tiene un precepto destinado a regular el tema religioso, concretamente, el art. 11 cuyo contenido es el siguiente:

«La religión católica, apostólica y romana es la del Estado. La Nación se obliga a mantener el culto y sus ministros. Nadie será molestado en el territorio español por sus opiniones religiosas ni por el ejercicio de su respectivo culto, salvo el respeto debido a la moral cristiana. No se permitirán, sin embargo, otras ceremonias ni manifestaciones públicas que las de la religión del Estado».

Este texto, el más extenso de cuantos hasta entonces habían regulado esta materia, acoge, en un momento histórico, que se caracteriza por los buenos propósitos del Estado en sus relaciones con la Iglesia, la declaración de confesionalidad del Estado junto a un régimen de tolerancia a los cultos no católicos.

* Trabajo presentado para el volumen en homenaje al profesor Díaz Moreno.

La primera declaración del art. 11 nos permite incluir a la Constitución canovista entre las Constituciones confesionales advirtiéndose la clara influencia de la de 1845, con una peculiaridad: en aquella, la religión aparece atribuida al Estado, en esta a la Nación, lo cual confirma «el compromiso del Estado con la Iglesia Católica al margen de cuál puede ser la situación religiosa del pueblo; es el Estado como entidad política representativa de la Nación, el que profese una fe religiosa»¹.

Con excepción de la Constitución liberal-progresista de 1869, el resto de las Constituciones acogen una declaración de confesionalidad «más o menos marcada»²: la de Cádiz de 1812, la de 1837, la de 1845 y la de 1876.

En la Constitución de la Restauración la confesionalidad aparece en el art. 11 matizada por la tolerancia religiosa, eso sí, en términos tan poco precisos que llevaron a Menéndez Pelayo a calificarlo como «un modelo de sutileza casuística»³. La inclusión de este régimen de tolerancia en el texto constitucional ocasionó la polémica en las Cámaras, donde fue objeto de un apasionado debate. Por su parte, la Santa Sede no silenció su disconformidad acerca de este tema⁴, al entender que con la tolerancia a las confesiones no católicas se vulneraba lo establecido en el Concordato de 1851.

La tolerancia religiosa se configura con el texto canovista como permisividad del ejercicio del culto no católico con dos limitaciones: la primera, y coherentemente con la declaración de confesionalidad católica del Estado, es el respeto a la moral cristiana; la segunda, es la reducción a la esfera privada de dicho culto. Con ello, si bien es cierto que el legislador deja al acatólico en una «situación jurídica de estricta tolerancia reducida a una expresión muy limitada»⁵, también lo es, el hecho de que aunque este artículo representaba «el derrumbamiento de los ideales de 1869, produjo la mayor aproximación a un sociedad tolerante jamás conocida en España por un gobierno conservador»⁶.

a) *La solución del Código Civil desde esta perspectiva*

En 1887 las Cortes liberales estudiaban el Proyecto de Ley que recogía las bases fundamentales de la legislación civil y que había presentado, el entonces ministro de Gracia y Justicia, Alonso Martínez. Estamos en un momento crucial de la empresa de la codificación civil española que, tantas veces, a lo largo del siglo XIX

1 DE LA HERA, A.: *Pluralismo y libertad religiosa*. Sevilla, 1987, p. 10.

2 LOMBARDÍA, P.: en el vol. *Derecho Eclesiástico de España*, t. 1, p. 113. Pamplona, 1983.

3 GIL DELGADO, F.: *Conflicto Iglesia-Estado*, Madrid, 1974, p. 152. Sánchez Agesta, L.: *Historia del constitucionalismo español*, Madrid, 1975, p. 351. Ferrer Benítez, V.: *La libertad religiosa*, Pamplona, 1974, pp. 151 y 152.

4 Cfr. FUENMAYOR, A.: *La libertad religiosa*, ct. en nota 3, p. 152.

5 DE LA HERA, A.: *Pluralismo...*, ct. en nota I, p. 66.

6 CARR, R.: *España 1808-1939*, 2ª ed. 1970, p. 340.

se había iniciado y que, por un motivo u otro, había fracasado. Ahora se iba a conocer la solución que adoptaría el futuro Código Civil, en el conflicto que se había originado a raíz de la Ley de matrimonio civil de 1870, entre los partidarios del matrimonio civil y los del matrimonio canónico.

Sería la Base 3ª del Proyecto de Ley la que acogería la fórmula matrimonial que posteriormente se trasladaría al Código Civil. A la hora de fijar su contenido, y pese a las críticas que recibió de sus propios compañeros de partido, Alonso Martínez no quiso prescindir de la Iglesia Católica. ¿Qué llevó al gran jurista y político burgalés a contar con Roma? Se han citado, entre otros, los siguientes factores determinantes: el gran número de católicos existentes en el pueblo español; el interés de unas buenas relaciones con la Santa Sede; el triunfo sobre el carlismo⁷.

No cabe duda, que a toda esta serie de hechos podríamos añadir el compromiso constitucional de confesionalidad del Estado, pues, es desde esta perspectiva que el Estado se replantea su competencia a la hora de legislar sobre el matrimonio.

En la búsqueda de una fórmula que no sea contraria a los principios liberales y que reciba la aprobación de la Santa Sede, se inician las negociaciones entre el Gobierno y la Santa Sede que si bien en un principio se calificaron de extraoficiales con el tiempo fueron adquiriendo otro carácter⁸.

En estos contactos entre el Gobierno y la Santa Sede se registraron dos momentos difíciles: el primero cuando el Nuncio de Su Santidad Monseñor Rampolla rechazó la fórmula propuesta por Alonso Martínez, considerando que no reflejaba con la suficiente claridad el alcance de la presencia del Comisario Civil en el acto religioso; el segundo, cuando la Sagrada Congregación para Asuntos Extraordinarios se niega a aprobar el nuevo texto a que se había llegado entre el Nuncio y el Gobierno.

El primer problema quedó resuelto por la introducción en la fórmula de la modificación propuesta por la Santa Sede en el sentido de determinar que la presencia del funcionario del Estado en la celebración del matrimonio fuera a los efectos de verificar la inmediata inscripción en el Registro Civil.

Reformado el texto de la fórmula matrimonial enviado a Roma fue el siguiente:

«Se establecerán en el Código dos formas de matrimonio: el canónico que deberán celebrar todos los que profesen la Religión Católica y el civil que se verificará con arreglo a las disposiciones del mismo Código y en armonía con lo previsto 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, pero cuando se celebre en conformidad con las disposiciones del Concilio de Trento, admitido en el Reino por la Ley XIII, Título I, Libro I de la Novísima Recopilación. Asistirá al acto de su

7 ESCUDERO ESCORZA, F.: *Matrimonio de acatólicos en España*. Vitoria, 1964, pp. 23-32.

8 Para un estudio sobre las negociaciones entre España y la Santa Sede, ver: ESCUDERO ESCORZA, F.: o. ct. en nota 7, pp. 35-85.

celebración el Juez municipal u otro funcionario del Estado con el sólo fin de verificar la inmediata inscripción en el Registro Civil».

La Sagrada Congregación para Asuntos Extraordinarios, encargada de analizar el texto de la fórmula matrimonial, mostró su disconformidad con el mismo, por cuanto en él se admitía el matrimonio civil de los que no profesaban la religión católica. Sin embargo, la buena predisposición hacia España por parte de Roma llevó a León XIII a hacer la siguiente declaración acerca de la fórmula de la Base 3ª:

«Su Santidad aprueba todo cuanto en las dos partes de la Base se refiere al matrimonio entre católicos. La Santa Sede deja al Estado el regular los efectos civiles del matrimonio. Con la precedente aprobación no se entiende en ningún modo prejuzgada la doctrina de la Iglesia acerca de los matrimonio de los heterodoxos, y el Papa podrá tolerar que acerca de éstos el Gobierno adopte disposiciones oportunas»⁹.

Si se analiza la declaración pontificia es fácil comprobar cómo ante la consulta del Gobierno español, la Santa Sede adopta dos actitudes distintas: una de *aprobación* «...Todo cuanto en las dos partes de la Base se refiere al matrimonio entre católicos», y «...el Estado el regular los efectos civiles del matrimonio», y otra de *tolerancia* «...que el Gobierno adopte (acerca del matrimonio de los heterodoxos), las disposiciones oportunas».

La postura de la Santa Sede es una manifestación de la flexibilidad, que caracteriza al ordenamiento de la Iglesia que en determinadas circunstancias y por una causa grave permite algo contrario a la Ley como es en este caso el matrimonio civil de los heterodoxos.

Desde la perspectiva del Estado, el principio de tolerancia acogido en el art. 11 de la Constitución impedía que el legislador valorando únicamente su compromiso constitucional de confesionalidad, cayese en el riesgo de vivir de espaldas a la realidad y con ello de no considerar la especialísima situación de aquellos que —calificados genéricamente de apóstatas— se habían apartado, pese a su bautismo, de la Iglesia Católica. En consecuencia, tal principio se tradujo en que el Derecho Canónico no iba a ser competente en el matrimonio de todos los bautizados sino de los que «profesan la religión católica».

Aprobada la Ley de Bases y nombrada la Comisión de Codificación para la redacción del Código Civil, la primera parte de la Base 3ª pasaría a ocupar el art. 42 de dicho cuerpo legal en los siguientes términos:

«La Ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico que deben contraer todos los que profesan la religión católica; y el civil que se celebrará del modo que determina este Código».

La inclusión en este precepto del matrimonio civil por meras razones de tolerancia en una Nación que se declaraba confesionalmente católica llevaba a concluir que el matrimonio civil no pasaba de ser supletorio y, por tanto, todos los que

9 Recogido por ESCUDERO ESCORZA, F.: *ibidem*, p. 62.

pretenden contraer en esta forma debían probar que no profesaban la religión católica.

De otra parte, el compromiso constitucional de confesionalidad llevó a que el legislador en el art. 75 del Código Civil reconociese la relevancia del ordenamiento canónico y, en consecuencia declarase su incompetencia en el matrimonio canónico que pasaría a ser regulado por el Derecho Canónico.

2. EN LAS NORMAS CONSTITUCIONALES DEL GENERAL FRANCO

El sistema político religioso del General Franco va a inspirarse en el principio de confesionalidad matizada, durante algunos años, por un régimen de tolerancia. Las normas constitucionales del Régimen que surge de la contienda civil fundamentan la confesionalidad católica del Estado español no en ser la religión católica la de una mayoría de practicantes (confesionalidad sociológica), sino en ser la religión del Estado en cuanto tal (confesionalidad formal).

Portavoces de esta solemne declaración de catolicidad del Estado son:

1º.— El art. 6º del FE (17 julio 1945):

«La profesión y práctica de la Religión Católica que es la del Estado español, gozará de la protección oficial».

2º.— El art. 1º de la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado (26 julio 1947):

«España como unidad política, es un Estado católico, social y representativo, que, de acuerdo con su tradición, se declara constituido en Reino».

Pero la confesionalidad del Estado, principio informador básico durante este Régimen, no queda reducida a una mera declaración de catolicidad y, consecuentemente, el Estado se compromete, en la Ley de Principios del Movimiento Nacional (17 mayo 1958), a acatar la doctrina de la Iglesia Católica y a inspirar en ella su legislación. («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». Principio II).

Para demostrar que el Principio II no era una mera declaración de propósitos, la Ley de Principios del Movimiento Nacional en su parte dispositiva determina: «Serán nulas las leyes y disposiciones de cualquier clase que vulneren o menoscaben los Principios proclamados en la presente Ley fundamental del Reino» (art. 3).

Principio complementario de la confesionalidad es durante algunos años la tolerancia reconocida en el párrafo 2 del art. 6º del FE cuyo tenor es el siguiente:

«Nadie será molestado por sus creencias religiosas ni el ejercicio privado de su culto. No se permitirán otras ceremonias ni manifestaciones externas que las de la Religión Católica».

Aunque en este tema, el FE sigue las pautas de la Constitución de 1876 (mera tolerancia del culto privado y prohibición de otras ceremonias y manifestaciones externas), ahora, a diferencia de entonces no se ha oído la voz de la Santa Sede

reclamando el cumplimiento del art. 1º del Concordato de 1851 que acogía el compromiso de confesionalidad del Estado y que estaba en vigor por el Acuerdo de 1941. Los Metropolitanos españoles, en Instrucción de 1948, declararon que Roma había sido consultada previamente por el Gobierno español; y no hay que olvidar, que esta fórmula no podía disgustar a la Santa Sede por cuanto la misma no hacía más que recoger la doctrina que desde León XIII venían manteniendo los Pontífices: la tolerancia como principio complementario de la confesionalidad¹⁰.

La aprobación en el Concilio Vaticano II de la «*Dignitatis Humanae*», la necesidad de adecuar la legislación española a la nueva doctrina conciliar, según lo establecido en el Principio II llevó, como en otro momento veremos, a que el binomio confesionalidad-tolerancia fuera sustituido por el de confesionalidad-libertad religiosa, pasándose de un régimen de confesionalidad excluyente a otro de confesionalidad abierta¹¹.

3. EN EL CONCORDATO DE 1953

La confesionalidad católica del Estado español no fue sólo un principio propugnado en diversas normas constitucionales sino también en normas de naturaleza bilateral.

En efecto, el concordato firmado entre la Santa Sede y el Estado español el 27 de agosto de 1953¹² proclamaba en el art. I:

«La religión católica, apostólica, romana sigue siendo la única de la nación española y gozará de los derechos y de las prerrogativas que le corresponden en conformidad con la ley divina y el Derecho Canónico».

En sintonía con la declaración del art. I, el apartado D) del Protocolo Final en relación con el art. XXIII del Concordato afirmaba:

«En la reglamentación jurídica del matrimonio para los no bautizados no se establecerán impedimentos opuestos a la ley natural».

Va a constituir la confesionalidad la «verdadera clave del arco del Concordato»¹³, el principio inspirador de su contenido, de tal forma, que sólo a la luz de la misma podrá enjuiciarse tanto la posición del Estado, al que se le reconoce una destacada intervención en la organización eclesiástica¹⁴, como la de la Iglesia, a la

10 Cf. FUENMAYOR, A.: *La libertad...*, ct. en nota 3, p. 154.

11 GIMÉNEZ Y MARTÍNEZ DE CARVAJAL, J.: «Principios informadores del actual régimen español de relaciones entre la Iglesia y el Estado», en el vol. *Iglesia y Estado en España. Régimen jurídico de sus relaciones*, Madrid, 1980, p. 18.

12 A.A.S. 45, 1953, pp. 625-56; B.O.E. 1953, de 19 de octubre, pp. 6.230-34 y 19 de noviembre, pp. 6.840-44.

13 GIMÉNEZ Y MARTÍNEZ DE CARVAJAL, J.: «Principios informadores...», ct. en nota 11, p. 7.

14 Intervención que se concreta: en el nombramiento de obispos y otros cargos eclesiásticos, tema éste en que el Concordato no hace más que incorporar las normas del Acuerdo de 1941 y de 16 de julio de 1946; y en la necesidad de previo acuerdo con el Gobierno español para la creación de nuevas diócesis o provincias eclesiásticas y para otros cambios de circunscripciones diocesanas (art. 9, núm. 2).

que se garantiza ampliamente su estado jurídico hasta situarla en una posición privilegiada con respecto a las otras confesiones¹⁵.

II. LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 42 DEL CÓDIGO CIVIL CUANDO SE FIRMA EL CONCORDATO:

1. TRIBUNAL SUPREMO Y DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

La imprecisión del art. 42 del Código civil, hizo necesaria la intervención de la Administración en la búsqueda del verdadero sentido de este precepto. La autoridad civil utilizó, para ello, distintos instrumentos jurídicos: unas veces se trató de normas dictadas por la propia Administración; otras, se hizo a través de las resoluciones de un Centro Directivo, la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Cuando se promulga el Concordato de 1953, la interpretación vigente del art. 42 era la establecida por la O.M. de 10 de marzo de 1941¹⁶. El principal objetivo que se fija a la O.M. es el de recuperar el verdadero sentido del art. 42 del Código civil, para lo cual da determinadas órdenes a los funcionarios encargados del Registro Civil que se concretan en la parte dispositiva:

Primero.— «Los Jueces Municipales no autorizaron otros matrimonios civiles que aquellos que, habiendo de contraerse por quienes no pertenezcan a la Religión Católica, se pruebe documentalmente la acatolicidad de los contrayentes o en el caso de que esta prueba documental no fuese posible, presentar una declaración jurada de no haber sido bautizados, a cuya exactitud se halle ligada la validez y efectos civiles de referidos matrimonios».

Por último, en el artículo segundo declara: «Quedan derogadas todas las disposiciones administrativas que se opongan a la presente Orden».

Prescindiendo ahora de las motivaciones de fondo de esta O.M., al pretender, con la nueva exégesis del art. 42¹⁷, un mayor acercamiento entre la legislación civil y canónica en esta materia, debe señalarse que la misma se configura como una disposición un tanto confusa cuya «técnica no es muy depurada»¹⁸.

En efecto, la ambigua expresión «profesar la religión católica» recogida en el art. 42 del Código civil para determinar quiénes tienen que celebrar matrimonio canónico, y que, en teoría, vendría a clarificar la O.M., es sustituida por otra, que

15 Los siguientes artículos del Concordato de 1953: art. 1º y Protocolo final en relación con el mismo: 5; 14; 15; 16; 19; y 20; 22; 24; 26; 27; 31; 32 y 33.

16 Aranzadi del mismo año, p. 293.

17 Disposiciones anteriores habían interpretado, con mayor o menor acierto, el art. 42, R.O. 28 diciembre 1900; R.O. 27 agosto 1906; R.O. 28 febrero 1907; R.O. 28 junio 1913; O. 10 febrero 1932; O.M. 22 marzo 1938.

18 GARCÍA CANTERO, G.: «Matrimonio civil de acatólicos», *Anuario de Derecho Civil*, 1954, p. 141; de «obscura» la califica Escudero Escorza, obra ct. en nota 7, p. 125.

puede prestarse también a dudas: «habiendo de contraerse por quienes no pertenezcan a la religión católica». Pero, ¿quiénes, se entiende, no pertenecen a la religión católica?».

En materia de prueba se utiliza un término carente de sentido inequívoco («la acatolicidad»)¹⁹, sobre la que recae la prueba documental (vía ordinaria), versando, en cambio, la declaración jurada (vía supletoria) sobre el «no bautismo», con lo cual, esta prueba cuya función es la de que los contrayentes pueden acudir a ella ante la imposibilidad de valerse de la vía ordinaria, trata sobre distintos objetos que aquella, pues en este caso lo que tendrán que demostrar no es ya «la acatolicidad», sino el «no bautismo». Fíjese que en este último caso tampoco se especifica, si ha de tratarse de «no bautizado en la Iglesia Católica»²⁰.

De la efectiva aplicación que en la práctica diaria tuvo la O.M. de 10 de marzo de 1941, sólo podemos tener conocimiento, a través de la actuación de la DGRN y la jurisprudencia del TS. Pero antes de pasar a este tema, no queremos dejar de hacer una valoración de esta O.M., en cuanto norma interpretadora del art. 42 del Código civil.

No cabe duda, que se trata de una disposición administrativa que altera sustancialmente el criterio interpretativo sostenido hasta la fecha. Si en líneas generales podemos calificar de liberal el criterio mantenido hasta 1941, pues, las diversas disposiciones administrativas se remiten para permitir el acceso al matrimonio civil, a la simple declaración del interesado de que profesa o no la Religión Católica; la O.M. de 10 de marzo sigue un criterio rígido al sustituir aquella declaración por prueba documental de acatolicidad o declaración jurada de no haber sido bautizado, al condicionar la validez del matrimonio a la exactitud de este requisito y al exigir la acatolicidad de ambos contrayentes.

Con esta interpretación, ¿se puede sostener que la O.M. consigue el propósito que se había fijado, de restablecer el verdadero sentido del art. 42? El mantener, como hizo esta disposición administrativa que «profesar» es igual a estar bautizado no lleva a recuperar, sino más bien a distorsionar el verdadero sentido del precepto civil al no respetar los indiscutibles criterios de tolerancia con que fue redactado el mismo.

Que la O.M. de 10 de marzo de 1941 estaba redactada en términos poco claros, lo revela el hecho de que la DGRN tuvo que desplegar una amplia labor

19 Mientras para unos tal expresión es sinónima de no bautizado en la Iglesia Católica (tal postura encontrará apoyo en varias resoluciones de la DGRN); para otros, tiene un contenido mucho mayor el abarcar al infiel, hereje, apóstata y cismático. Con este alcance se contempla en el C.I.C.: cf. ESCUDERO ESCORZA, F.: obra ct. En nota 7, pp. 126 y 127.

20 La cuestión es importante, y así advirtió Reyes Monterreal refiriéndose a la O.M. de 1941 que «... debía haber utilizado estos otros términos: «no estar bautizado en la Iglesia Católica», puesto que también otras religiones admiten su bautismo y, por tanto, se puede estar bautizado y no estarlo en la Iglesia Católica, siendo evidente que aquel bautismo no católico no excluye el matrimonio civil. REYES MONTERREAL, J.M.: «Problemas matrimoniales». *Revista General de legislación y jurisprudencia*, 203, 1957, p. 48.

interpretadora acerca de ella. Las resoluciones dictadas por este Centro Directivo, sobre este tema, en los años anteriores a la firma del Concordato de 1953, se caracterizaron porque todas ellas observan idéntico criterio a la hora de determinar quiénes pueden acceder al matrimonio civil.

Como botón de muestra, de la actitud mantenida por la DGRN en estos años, transcribimos la resolución de 17 de septiembre de 1946:

«Visto el criterio elevado por Vds. al Excmo. Sr. Ministro de Justicia, en súplica de que se les autorice para poder contraer matrimonio civil ante el Juzgado Comarcal de Jaca, esta Dirección ha acordado decirles que para poder contraer matrimonio civil en España después de la Orden del Ministerio de Justicia de fecha 10 de marzo de 1941, es preciso que ninguno de los contrayentes haya sido bautizado dentro del seno de la Religión Católica, sin que excuse del cumplimiento de la norma el hecho de que el bautizado haya pasado a otra Religión o no tenga ninguna, pues el Sacramento del Bautismo imprime carácter —Dios guarde a Vds. muchos años— Madrid, 17 de septiembre de 1946. El Director General. Firma ilegible»²¹.

Entiende, por tanto, la DGRN que a partir de la O.M. de 1941 sólo pueden acceder al matrimonio civil, aquellos que no estén bautizados en la Iglesia Católica²², y con ello, interpreta «profesar la Religión Católica» como bautismo en la Iglesia Católica.

En la interpretación de la O.M. y del art. 42 del Código civil, la DGRN no adopta la solución más restrictiva²³: identificar «profesión» con «bautismo» y que hubiera sido posible ante la imprecisión de la O.M. en este punto.

En la misma línea se mantuvieron las resoluciones de 8 de marzo, 17 de abril, 5 de mayo de 1950, y 7 de julio de 1952²⁴.

Durante la vigencia de la O.M. de 10 de marzo de 1941, la jurisprudencia del TS en materia matrimonial se cifra en cuatro sentencias: 25-V-1953; 25-I-1956; 26-I-1956; y 7-III-1956²⁵.

Se puede extraer como denominador común de tales resoluciones, el que las mismas se refieren a matrimonios contraídos durante la II República y acerca de los que al menos en tres de ellas (25-V-1953; 25-I-1956 y 26-I-1956), el TS opta por la

21 Texto en ESCUDERO ESCORZA, F.: obra ct. en nota 7, p. 48.

22 Afirma IBÁN: «Sorprende, sin embargo, que se justifique que no es posible dejar de estar incurso en este supuesto de hecho en razón de que el bautismo imprime carácter, el bautismo válidamente administrado en cualquier Iglesia cristiana distinta de la católica y, sin embargo, la DGRN no les considera obligados al matrimonio canónico», IBÁN, I.C.: «El término «profesar la religión católica» en las resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado», *Ius canonicum*, v. XX, n° 39, enero-junio 1980, pp. 126 y 127.

23 IBÁN, I.C.: *Ibidem*, p. 126.

24 Para un análisis de estas resoluciones puede verse IBÁN, I.C.: «El término «profesar...», ct. en nota 22, p. 127.

25 Recogidas en el trabajo de IBÁN, I.C.: «Calificación jurisprudencial del sistema matrimonial español», *Anuario de Derecho Civil*, XXX, 1, 1981, pp. 297-309.

validez de tales matrimonios como consecuencia de aplicar la legislación vigente cuando se celebró el matrimonio. La única excepción la constituye la sentencia de 7-III-1956, en la que el TS declaró la nulidad de un matrimonio civil contraído tras la derogación de la Ley del Matrimonio Civil de 1932.

Tres de estas resoluciones (25-I-1956; 26-I-1956 y 7-III-1956) han sido puestas de ejemplo por la doctrina de que las causas de nulidad del art. 101 del Código civil constituyen una lista cerrada²⁶. Así, el TS en la ST 25-I-1956, en uno de sus Considerandos en el que desestima la nulidad del matrimonio pretendido, alegando que no se había hecho declaración de no profesión, afirma: «... ya que aparte de que a la fecha en que el matrimonio civil se contrajo no se exigía el cumplimiento de este requisito, tampoco su infracción constituía una causa determinante de nulidad, sólo posible, aún durante la vigencia del Código, por las causas que exhaustivamente establecía y establece el art. 101 y que por su carácter específico no puede ser ampliado por analogía a otras situaciones...» (Considerando primero).

De otra parte, y en cuanto al significado que el TS da al término «profesar la religión católica», hay que precisar que mientras la sentencia de 25-V-1953, no aborda tal cuestión, el resto parece que lo identifica con declaración de no profesión, apartándose notablemente de la interpretación de la Administración durante estos años (profesión = bautismo), y que ha llegado a concluir que la actitud del Supremo no se debe a que esté «aplicando la legislación vigente en el momento de contraerse matrimonio, porque en ella no se hablaba de declaración de «no profesar»²⁷, sino más bien de considerar que «la Orden del 41 es nula de pleno derecho»²⁸.

2. POSICIONES DOCTRINALES

a) *Calificación del sistema matrimonial español*

Coincide la doctrina en calificar el sistema matrimonial instaurado por la O.M. de 1941 como sistema de matrimonio civil subsidiario²⁹. Las discrepancias surgen a la hora de analizar la conformidad del criterio acogido en aquella disposición con el art. 42 del Código civil y la legislación canónica.

26 FUENMAYOR, A.: «El sistema matrimonial español (Comentario al art. 42 del Código Civil), *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, diciembre 1958, enero 1959, p. 23; Castán, J.: *Derecho civil español común y foral*. T.V., Derecho de Familia, vol. I. Madrid, 1976, p. 134.

27 IBÁN, I.C.: «Calificación...», obra ct. en nota 22, p. 309.

28 IBÁN, I.C.: *Ibidem*, p. 321.

29 De sistema subsidiario relativo lo califica: PUIG PEÑA, F.: *Tratado de Derecho civil español*, II, 9ª general del matrimonio, Madrid, 1953, p. 64; LÓPEZ ALARCÓN, M.: «El matrimonio civil como subsidiario canónico», *Revista General de Derecho*, XI, 1955, p. 600; PÉREZ MIER, L.: «Matrimonio canónico y matrimonio civil según el Concordato», *Revista Española de Derecho Canónico*, v. XIV, enero-abril 1959, pp. 167 y 168.

Para un sector doctrinal³⁰, la divergencia, entre la ley civil y la canónica, existente hasta 1941 no ha desaparecido al dictarse la O.M. por cuanto esta disposición no menciona a los convertidos desde la herejía o cisma y éstos según el c. 1099 deben observar la forma canónica si quieren contraer matrimonio, y porque al exigir prueba de no estar bautizado, sin especificar en la Iglesia Católica, obliga a esta forma a personas que según aquel canon están exentas de la misma.

Otro sector se aparta de aquella tesis, entendiéndolo que «conforme a sus términos, el art. 42 del Código Civil y el canon 1099 del Código Canónico se ha conseguido absoluta coincidencia entre la legislación civil española y la eclesiástica..., pues desde el momento en que es imperativa la justificación de acatolicidad de ambos futuros esposos para contraer matrimonio civil, no se celebrará bajo esta especie ninguno mixto³¹.

Un tercer grupo de autores³², sin entrar en el tema de la conformidad entre la ley civil y la canónica destaca la mayor proximidad que entre ellas consigue la O.M. de 1941.

Cabe, por tanto, destacar un notable interés en la doctrina por buscar la mayor o menor conformidad entre el Ordenamiento civil y el canónico. Constantemente, entre sus argumentos, invocan el c. 1099 como elemento reflectante de la adecuación o inadecuación entre ellos y que únicamente puede conseguirse si el legislador civil se declara incompetente en la materia y se remite al ordenamiento canónico.

b) *El valor del Derecho Canónico en el Derecho español*

Siempre que confluyen en un mismo sistema el matrimonio canónico y el matrimonio civil (como ocurre en el art. 42 del Código civil), se plantea, la competencia de la Iglesia y el Estado en la regulación del matrimonio. Sobre esta materia, originariamente polémica, va a pronunciarse, diversamente, la doctrina de estos años.

30 GIMÉNEZ Y FERNÁNDEZ, M.: *La institución matrimonial*, Madrid, 1947, pp. 109 y 110; GARCÍA BARVERENA, T.: «Matrimonios mixtos», *Anuario de Derecho Civil*, 1954, p. 15; MALDONADO, J.: «La exigencia del matrimonio canónico en nuestra legislación civil.», *Anuario de Derecho Civil*, 1954, p. 159; REYES MONTERREAL, J. M.: obra ct. en nota 20, p. 48; Miguelez considera que «esta O.M. no va, puede decirse, más allá del art. 42 y deja la cuestión en el mismo punto que se hallaba». MIGUELEZ DOMÍNGUEZ, L.: «El Concordato entre la Santa Sede y el Estado español», *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo 1954, p. 27.

31 AGUNDEZ, H.: «Contribución al estudio de los matrimonios civiles de católicos», *Revista General de Derecho*, 12, 1956, p. 672.

32 VID: ROMERO VIEITEZ, M. A.: «Las normas de Derecho matrimonial pronunciadas por el nuevo Estado español», *Revista de Derecho Privado*, 1941, pp. 123 y ss.; GARCÍA CANTERO, G.: «Matrimonio civil...», obra ct. en nota 18, p. 141; Montero, sin pronunciarse sobre la coincidencia con la normativa canónica resalta la adecuación de esta disposición a la doctrina de la Iglesia. MONTERO Y GUTIÉRREZ, E.: *El matrimonio y las causas matrimoniales*. Madrid, 1950, p. 85.

Cuando algún sector doctrinal³³ delimita los campos de actuación de la potestad eclesiástica y civil en materia matrimonial, traza la línea divisoria entre el matrimonio entre cristianos y matrimonios mixtos (competencia de la Iglesia), y matrimonio entre no bautizados y efectos civiles del matrimonio (competencia del Estado).

Entienden estos autores el hecho de que el matrimonio por su misma naturaleza, pueda clasificarse entre las llamadas materias mixtas, no significa que por ello se deba admitir una concurrencia de soberanías, la espiritual y la temporal³⁴, en la regulación del mismo, sino que, por el contrario, y en palabras de Lamas, se reconoce «el derecho exclusivo e inalienable de la Iglesia»³⁵ en el matrimonio de los bautizados y entre una parte bautizada y otra que no lo está. Tal derecho, a juicio de este sector doctrinal se fundamenta:

1º En dos afirmaciones tradicionales en la teología católica: el carácter sacramental del matrimonio y la indivisibilidad del contrato y del sacramento en el matrimonio entre bautizados. Por ello, dicen, si «corresponde a la Iglesia de un modo indiscutible e indeclinable la administración y regulación de los sacramentos, a ella estará reservada también de un modo exclusivo la regulación del contrato matrimonial de los bautizados por medio de leyes, ya prohibitivas ya irritantes»³⁶.

2º A estas dos razones, Montero yuxtapone una tercera: «una doble potestad en las mismas causas es completamente absurda e imposible, no sólo en el mismo fuero, sino aún en fueros distintos (el eclesiástico y el civil), acerca del mismo objeto indivisible, el contrato sacramental que es uno e individuo, pues, en caso de conflicto. ¿Cuál había de ceder ante la otra? ¿Por qué motivo había de prevalecer una de ellas?»³⁷.

3º Una última razón de orden práctico: el enorme celo que la Iglesia a lo largo de los siglos ha demostrado en la protección del matrimonio y de la familia³⁸.

Al hilo de estas reflexiones hay que hacer referencia a la forma en que alguno de estos autores, se plantea el tema de las relaciones Iglesia-Estado, y que enlaza, perfectamente, con aquellas. Las relaciones entre ambas potestades (la eclesiástica y la civil), se conciben desde el prisma de la teoría de la potestad indirecta que, frente a la teoría de la separación, rechazada por este sector, implica el reconocimiento de la soberanía del Estado en materias temporales, pero la subordinación del mismo a la Iglesia cuando la materia, en sí misma temporal, revista, también, carácter sobrenatural.

33 PÉREZ MIER, L.: *Iglesia y Estado nuevo*. Madrid, 1940, pp. 489-493; LAMAS, R.: «La Orden de 10 de marzo de 1941 sobre interpretación del art. 42 del Código Civil y del Derecho Canónico histórico y vigente», *Revista de la Facultad de Derecho*. Madrid, 1941, p. 145; GIMÉNEZ Y FERNÁNDEZ, M.: *La institución matrimonial*. Madrid, 1947, pp. 104 y 105; LEITE, A.: *Compêtenca de Igreja e do Estado o matrimonio*. Porto, 1946, pp. 69 y 70; MONTERO Y GUTIÉRREZ, E.: *El matrimonio...* obra ct. en nota 32, pp- 47-58.

34 PÉREZ MIER, L.: *Iglesia...* obra ct. en nota 33.

35 Obra ct. en nota 33.

36 LAMAS, R.: *ibidem*.

37 *El matrimonio...*, obra ct. en nota 32, p. 47.

38 PÉREZ MIER, L.: *Iglesia...*, obra ct. en nota 33, p. 491.

No cabe alegar, por este sector doctrinal, en contra de la reconocida competencia de la Iglesia en el matrimonio de los cristianos, argumentos como el de que interesa al bien público, o el indudable carácter jurídico que tiene esta institución para remitir la competencia al Estado por las siguientes razones:

Respecto de lo primero (el interés del bien público), porque hay que distinguir entre «interés» y «competencia», aquello no significa necesariamente esto, «requiere, si, exige que se respete la utilidad y se salvaguarden los derechos, pero la soberanía es cosa completamente distinta del interés»³⁹. Además, entiende Leite que «E bem erronea a suposição de que a intervenção do Estado no regime do matrimonio... tenha conduzido e conduza ao bem universal e á prosperidade das nações e do Estado.

O bem universal deixa de existir quando o Estado se arroga direitos que lhe não pertencem, e perverte a ordem natural das coisas...»⁴⁰.

En cuanto a lo segundo (el carácter jurídico de la institución matrimonial), porque aunque, indudablemente, no cabe desconocer las connotaciones jurídicas de esta institución, «no puede, en efecto, olvidarse que el matrimonio tiene un fondo ético y religioso indeleble que no puede quedar destruído, ni siquiera desconocido, apoyándose en los efectos jurídicos que está llamado a producir»⁴¹.

El Estado se reserva la competencia de regular el matrimonio de los no bautizados y los efectos civiles del matrimonio. Ahora bien, señala algún autor, que cuando aquél regula esos matrimonios, ha de tener presente que, en todos los planos en que su potestad se manifiesta, ha de observar un «mínimum» necesario y éste es el Derecho Natural⁴².

Acerca de los efectos civiles en el matrimonio canónico hay que distinguir entre efectos civiles primarios e inseparables, llamados así porque derivan de la misma naturaleza del matrimonio (el mismo vínculo matrimonial, la legitimidad de la prole, los derechos y deberes de los cónyuges); y efectos secundarios, separables o «mere civile» que a diferencia de aquellos no son esenciales porque no afectan a la constitución interna del matrimonio (económicos, sucesorios...). Pues bien, la competencia del Estado en el matrimonio canónico queda circunscrita a este tipo de efectos, los denominados «mere civile», y sobre los que la Iglesia en varios documentos, ha reconocido explícitamente la competencia del poder civil⁴³.

Y ¿cuál ha de ser la actitud del Estado frente a la Iglesia, como potestad a la que se reconoce competencia para disciplinar el matrimonio de los cristianos? Desde luego, hay que rechazar, dice Puig Peña, el indiferentismo a la religiosidad como

39 PÉREZ MIER, L.: *Iglesia...*, obra ct. en nota 33, pp. 490 y 491.

40 LEITE, A.: *Competencia...*, obra ct. en nota 33, p. 74

41 PUIG PEÑA, F.: *Tratado...* obra ct. en nota 29, p. 48.

42 PÉREZ MIER, L.: *Iglesia...*, obra ct. en nota 33, p. 493.

43 Tales documentos son, entre otros: Encíclica «Arcanum» de León XIII, ASS 12, 1879-80, p. 399; Encíclica «Novae condendae» del mismo Pontífice, ASS 25, 1892-93, p. 460; Encíclica «Casti Connubii» de Pío IX, ASS 22, 1930, p. 56; canon 1016.

posible opción del Estado⁴⁴; más bien, apunta Montero, ha de ejercer «el Estado la facultad de ayudar a la Iglesia en la aplicación de sus leyes, aún por medio de sanciones penales si es preciso»⁴⁵.

Llegado a este punto, la doctrina analiza cual fue la actitud del legislador estatal: ¿el indiferentismo? ¿el reconocimiento del Derecho Canónico como ordenamiento que regula el matrimonio canónico?

Algunos autores⁴⁶ ven en el art. 75 del Código civil el precepto indiscutible en el que se reconoce al Derecho Canónico como Ley que regula el matrimonio canónico, «tanto por lo que se refiere a la capacidad de los contrayentes, a los requisitos previos y concurrentes del mismo, como a las proclamas, impedimentos y cuanto hace referencia a la forma de su celebración... Cuando es celebrado en estas condiciones el matrimonio canónico producirá todos los efectos civiles respecto a las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes»⁴⁷.

Otra opción ideológica la constituye aquel otro sector doctrinal que reivindica la competencia exclusiva del Estado en la regulación del matrimonio. Estos autores, partiendo de la teoría de la separación entre la Iglesia y el Estado y considerando que sólo es jurídico lo civil, defienden la conveniencia de una vuelta a la Ley del matrimonio civil de 1870⁴⁸, lo cual, conduce a una lectura del sistema con interpretaciones forzadas de los textos. Tal es el caso de la obra de Mucius Scaevola que interpreta el término «formas» del art. 42 en sentido estricto desposeyendo al matrimonio canónico de toda configuración institucional «... lo cual vale tanto (afirma), como reconocer que en el fondo, es decir, en cuanto a su naturaleza, propiedades y efectos, el canónico y el civil son iguales y sólo se diferencian en lo externo, en lo accidental, en el modo de proceder de su celebración, en sus solemnidades que es lo que expresa y quiere decir la palabra forma»⁴⁹. El sistema del Código —sigue afirmando—, de matrimonio canónico con efectos civiles (arts. 75 y 76) observando la formalidad del art. 77, resulta insuficiente, aspirando a que «el Código fuese más allá del verdadero reconocimiento del Derecho del Estado, según se estableció en la Ley de matrimonio civil, declarando obligatoria la celebración de éste antes que la del canónico»⁵⁰. En la misma línea se encuentra, Sánchez Román quien considera que el legislador estatal podría haber acogido el sistema de la Ley de 1870 por dos razones: la primera, porque la Constitución de 1876, al igual que en su momento hiciera la de 1869, acoge el principio de libertad de conciencia;

44 *Tratado...*, obra ct. en nota 29, p. 48.

45 *El matrimonio...*, obra ct. en nota 32, p. 53.

46 PÉREZ MIER, L.: *Iglesia...*, obra ct. en nota 33, p. 531; VALVERDE, A.L.: *Derecho Civil español*, 1926, p. 123.

47 VALVERDE, A.: *ibidem*.

48 De ardorosa, podríamos calificar la defensa que hace el profesor Sánchez Román de esta Ley. Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil*, Tomo V, 1, Madrid, 1912, pp. 406-409.

49 MUCIUS SCAVEOLA, Q.: *Código Civil*, comentado y puesto al día por Francisco Ortega Lorca, Tomo II, Madrid, 1946, p. 297.

50 Mucius Scaevola: *ibidem*, pp. 552 y 553.

segunda, porque ello no significaría más que reconocer «la competencia del Estado dentro de su peculiar función, a establecer el Derecho del matrimonio, desde el momento en que éste es una institución de innegable aspecto jurídico, un hecho social al cual han de atribuirse importantes aplicaciones civiles»⁵¹. Lejos de todo ello, continúa el autor, el legislador acoge un sistema que no satisface, ni las pretensiones del Estado ni las de la Iglesia⁵².

III. EL CONCORDATO DE 1953: REPERCUSIÓN DOCTRINAL

En general, los autores estudiaron la repercusión del Concordato de 1953⁵³ en el sistema matrimonial español, pretendiendo, a la vista del mismo leer o interpretar el art. 42 del Código civil: ¿Obliga —se preguntan— alguna cláusula concordataria a que el Estado reciba en su ordenamiento el c. 1099? Aunque seguidamente analizaremos los distintos criterios de interpretación, cabría clasificar a la doctrina, en virtud de la respuesta a aquella interrogante, en dos sectores:

a) Los que responden afirmativamente, y plantean, por tanto un sistema rígidamente subsidiario.

b) Los que contestan negativamente, y proponen, en cambio un sistema relativamente subsidiario.

Los textos van a cobrar distinto sentido según que se encuentren en manos de uno u otro sector. Así, los integrantes de la primera corriente, defensores a ultranza de la admisión, por vía concordataria, en Derecho español del c. 1099 y, consiguientemente, de la exclusión del matrimonio civil a los bautizados en la Iglesia Católica, esgrimen los siguientes argumentos:

1º En el art. XXIII del Concordato, el Estado español se compromete a reconocer a efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas de Derecho Canónico, por tanto, no procederá tal reconocimiento al matrimonio que celebren los bautizados contra dichas normas, como sucedería en el caso de que lo celebraran civilmente⁵⁴.

51 O.c. pp. 418 y 419.

52 Ibidem, p. 420.

53 Se publica en AAS 45 (1953), 625-56; sólo en español en el BOE (1953), 6230-34, del 19 de octubre y 6840-44 del 19 de noviembre.

54 MALDONADO, J.: «La exigencia del matrimonio canónico en nuestra legislación civil», *Anuario de Derecho Civil*, 1959, p. 165; DEL AMO, L.: *Los matrimonios civiles durante la República*. Madrid, 1954, p. 134. Si para García Cantero el art. XXIII del Concordato no es nuevo, pues, idéntica declaración recoge el art. 76 del Código civil. Regatillo entiende que tal precepto tendría que haber sido objeto de una mayor precisión que se hubiera logrado de redactarse de forma parecida al art. 42 del Código civil y que, a su juicio, evitaría que otros Gobiernos «menos benévolos con la Iglesia» pudiesen introducir el matrimonio civil entre los católicos. GARCÍA CANTERO: «Matrimonio civil...» o.c. en nota 18, p. 143; FERNÁNDEZ REGATILLO, E.: *El Concordato de 1953*. Santander, 1961, p. 350.

2º Si en el apartado C) del Protocolo final en relación con el art. XXIII, el Estado se obliga a poner en armonía su propia legislación con la canónica en lo referente a los matrimonios mixtos, con más razón lo hará en el matrimonio entre dos católicos⁵⁵.

3º Cuando en el apartado D) del Protocolo final en relación con el art. XXIII establece que «en la reglamentación jurídica del matrimonio para los no bautizados no se establecerán impedimentos opuestos a la ley natural», se reserva al Estado la competencia para regular el matrimonio civil al que sólo podrán tener acceso los no bautizados, a «sensu contrario» los bautizados sólo podrán contraer matrimonio canónico⁵⁶.

4º En todo caso, afirman la declaración de confesionalidad del Estado español acogido en el art. I del Concordato supone una recepción implícita del ordenamiento canónico en el derecho positivo español que deberá tenerse en cuenta a la hora de interpretar las leyes⁵⁷.

En fin, los exégetas lamentándose de que en el Concordato, al que consideran «lugar especialmente adecuado»⁵⁸, no se hubiera determinado quienes pueden o no celebrar matrimonio civil, proponen a la vista del art. XXXVI, 2 del mismo, en el que se recoge el compromiso por parte del Estado de promulgar «en el plazo de un año, las disposiciones que sean necesarias para la ejecución de este Concordato», la reforma del art. 42 del Código Civil, adelantando alguno de ellos posibles fórmulas del precepto en cuestión⁵⁹.

Pero no toda la doctrina ve, con la misma claridad meridiana, cláusula concordataria que implique la recepción en el Derecho español del c. 1099. En

55 MALDONADO, J.: «La exigencia...», o.c. en nota 54, p. 165; FERNÁNDEZ REGATILLO, E.: «Sobre el nuevo Concordato entre la Santa Sede y el Estado español», *Razón y Fe*, núms. 668-669, septiembre-octubre 1953; Tomo 148, Fascículos 3-4, p. 125; ESPÍN, D.: «Breve exposición de la eficacia civil del matrimonio canónico en el vigente sistema del Código Civil español y del Concordato de 1953», *Anales de la Universidad de Murcia*, vol. XIII, núms. 3-4, 1954-1955, p. 851; para García Cantero esta norma «representa la admisión explícita de la doctrina canónica sobre las personas que por Derecho Civil quedarán sugetas a la forma matrimonial canónica. «Matrimonio civil...», o.c. en nota 18, p. 144; para Agundez, tal declaración del apartado en estudio resulta innecesaria a la vista del art. 1º de la O.M. de 10 de marzo de 1941 con lo que se ha logrado la coincidencia ley civil-canónica en esta materia «pues desde el momento en que es imperativa la justificación de acatolicidad de ambos futuros esposos para contraer matrimonio civil, no se celebrará bajo esta especie ninguno mixto». AGUNDEZ, A.: «Contribución al estudio de los matrimonios civiles de acatólicos», *Revista General de Derecho*, 12, 1956, p. 672.

56 Para García Cantero el fundamento de este apartado radica en que «... la Iglesia Católica si bien no tiene potestad jurídica sobre los todavía no bautizados, es defensora y custodia del Derecho Natural, que obliga a todos los hombres y en tal sentido puede concertar con los Estados». «Matrimonio civil...» o.c. en nota 18, p. 145.

57 VID: PERÉ RALUY, J.: «Proyección del Concordato de 1953 sobre el Derecho Civil y procesal español», *Revista Jurídica de Cataluña*, enero-febrero 1954, pp. 75-76.

58 MALDONADO, J.: «La exigencia...», o.c. en nota 54, p. 165.

59 VID: MALDONADO, J.: «La exigencia...», o.c. en nota 54, p. 164.

efecto, otro sector considera que del articulado del Concordato no se puede, ni mucho menos, deducir «la acomodación inmediata del ordenamiento civil al canónico para lograr entre ellos una absoluta y perfecta armonía que logre evitar cualquier tipo de discrepancia o conflicto»⁶⁰. Si el Concordato no aborda, directamente; el tema del matrimonio civil de los apóstatas, es por una razón de orden práctico: había de concordar, cuanto antes, sobre materias generales de interés para ambas potestades dejando las cuestiones concretas, que retrasarían innecesariamente la firma del Concordato, a una posterior regulación como la prevista en el art. XXXVI⁶¹.

En consecuencia entienden:

1º Que con la declaración del art. XXIII no se ha tratado de sancionar tanto el c. 1099 como de preservar a los católicos de una futura Ley de matrimonio civil; remiten a los Concordatos de Italia, Portugal y República Dominicana que con idéntica fórmula introducían, posteriormente, en sus respectivos ordenamientos el sistema facultativo⁶².

2º Que con el apartado C) del Protocolo final en relación con el art. XXIII se pretende devolver el verdadero sentido al art. 42 del Código civil —la acatolicidad de ambos contrayentes para poder celebrar matrimonio civil— reiteradamente vulnerado por las diversas interpretaciones administrativas de que dicho precepto fue objeto permitiendo el matrimonio civil cuando uno de los contrayentes no profese la religión católica⁶³.

3º Que el art. I no implica la incorporación al ordenamiento civil de la normativa canónica sobre obligados a la forma canónica, por el deber del Estado de inspirar su legislación en los principios morales de la religión católica, pues el principio de confesionalidad a la vista del art. 6º de F.E. no puede ser invocado separadamente de otro principio, el de tolerancia, y con este último, no se conciliaría aquella ley civil que obligara a observar la forma canónica a los apóstatas⁶⁴.

En realidad, creemos que este sector doctrinal no andaba del todo desencaminado. El Concordato de 1953 se mueve, más bien, en la óptica del sistema facultativo. Es del todo relevante a nuestro juicio:

1º Que el art. XXIII se preocupe de reconocer efectos civiles al matrimonio canónico y no de establecer quiénes están obligados a celebrar en forma canónica, quiénes pueden acceder a la forma civil; y es que quizá el Concordato tampoco sea el «lugar especialmente adecuado» para tales concreciones.

60 FUENMAYOR, A.: «El sistema matrimonial...», o.c. en nota 26, p. 63.

61 ESCUDERO ESCORZA, F.: o.c. en nota 7, p. 147.

62 Cfr. FUENMAYOR, A.: *El sistema matrimonial...*, o.c. en nota 26, pp. 67 y 68; PÉREZ MIER, L.: «Matrimonio canónico...» o.c. en nota 29, p. 173.

63 Cfr.: ESCUDERO ESCORZA, F.: o.c. en nota 7, pp. 151 y 152; PÉREZ MIER, L.: o.c. en nota 29, p. 195.

64 PÉREZ MIER, L.: «Matrimonio canónico»..., o.c. en nota 29, p. 193.

2º Que en el apartado D) del Protocolo final en relación con el art. XXIII se ha querido evitar el problema típico del sistema facultativo: matrimonio canónico que no puede obtener efectos civiles por reunir impedimento civil.

Por ello, creemos que a partir de 1953 el sistema subsidiario no es una exigencia del Concordato sino del derecho interno en conformidad con la confesionalidad. Avalan estas conclusiones los Concordatos con Italia, Austria, Portugal y República Dominicana. En todos ellos encontramos un denominador común: antes del pacto entre la Iglesia y el Estado el sistema imperante en estos países era el de matrimonio civil obligatorio⁶⁵; en todos ellos, la Iglesia procuró que el Estado reconociera efectos civiles al matrimonio canónico con la única intención de suprimir aquel sistema dando entrada, así a otro sistema —para ella más tolerable— como es el facultativo llegándose a establecer en algunos países en los que como Italia y República Dominicana el Estado se declaraba confesionalmente católico.

El 24 de abril de 1958 se reforma el art. 42 del Código Civil.

65 LÓPEZ NIÑO, J.: *Los sistemas matrimoniales en el Derecho concordatario*. Madrid. 1971. pp. 107, 113, 129 y 155.