

# LA INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA DEL ANTIGUO ART. 42 CC (A PROPÓSITO DE LA STS DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2011)

IVÁN HEREDIA CERVANTES  
Profesor Titular de Derecho Internacional Privado  
Universidad Autónoma de Madrid

*Recepción:* 10/08/2012  
*Aceptación después de revisión:* 17/09/2012  
*Publicación:* 28/10/2012

I. CUESTIONES PREVIAS. II. EL SUPUESTO DE HECHO. III. LOS ARGUMENTOS DE LA AP DE BARCELONA Y DEL TS. IV. ARGUMENTOS DE LEGALIDAD ORDINARIA EN CONTRA DE LA APLICACIÓN DEL ANTIGUO ART. 42 Cc: 1. *El juego de la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio.* 2. *La necesidad de realizar una calificación «actual» del supuesto.* 3. *Carácter actual del orden público.* V. LA INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA DEL ANTIGUO ART. 42 CC: 1. *Inconstitucionalidad sobrevenida y su apreciación por el juez ordinario.* 2. *¿Es inconstitucional el antiguo art. 42 Cc?* VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

## RESUMEN

Hasta la reforma introducida a través de la Ley 30/1982, el art. 42 del Código Civil exigía que los españoles que se casaran en la forma civil acreditaran su acatolicidad. En el caso de que el matrimonio se hubiera celebrado en el extranjero, la ausencia de este requisito implicaba la denegación del reconocimiento del matrimonio. Tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978 la jurisprudencia ha mantenido la vigencia de este requisito para los matrimonios celebrados durante la vigencia del antiguo art. 42 Cc. No obstante, en una reciente sentencia el Tribunal Supremo ha modificado su posición y ha declarado la inconstitucionalidad sobrevenida del precepto al ser contrario a los principios de libertad religiosa e igualdad. El objetivo del presente artículo es analizar la mencionada sentencia.

**PALABRAS CLAVES:** matrimonio civil celebrado en el extranjero; nulidad matrimonial; inconstitucionalidad sobrevenida; libertad religiosa.

## ABSTRACT

Until the amendment introduced by Law 30/1982, article 42 of the Spanish Civil Code demanded to Spaniards who got married before a

civil authority to prove that they did not profess the Catholic faith. For marriages celebrated abroad, the lack of this requirement implied their non recognition in Spain. After the entry in force of the Constitution of 1978, the Spanish case law had maintained this requirement for marriages celebrated whilst the former article 42 was in force. However, the Spanish Supreme Court has revised its jurisprudence and declared in a recent judgment the supervening unconstitutionality of this article. The aim of this article is to analyze the above mentioned judgment.

**KEY WORDS:** civil marriage before foreign authorities; marriage annulment; supervening unconstitutionality; religious freedom.

## I. CUESTIONES PREVIAS

1. A partir del Real Decreto 3455/1977<sup>1</sup> se suceden en nuestro ordenamiento matrimonial una serie de reformas normativas con el objetivo de adaptarlo a los valores jurídicos de libertad e igualdad que consagran los arts. 10.1, 14, 16 y 32 de la Constitución de 1978<sup>2</sup>. Al margen del mencionado Real Decreto, en virtud del cual se modificaron los arts. 245-249 del Reglamento del Registro Civil, en muy pocos años se dictó la Instrucción de la DGRN de 26 de diciembre de 1978 sobre matrimonio civil<sup>3</sup>, entró en vigor el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, hecho el 3 de enero de 1979 y, finalmente, se promulgó la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modificó de forma sustancial la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determinó el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Este «aluvión» de reformas normativas supuso una fuente de problemas de Derecho transitorio que alimentaron un vivo interés doctrinal en su momento y que tuvieron su reflejo en una serie de decisiones judiciales de muy diferente sesgo.

<sup>1</sup> Real Decreto 3455/1977, de 1 de diciembre, sobre modificación de determinados artículos del Reglamento del Registro Civil.

<sup>2</sup> Con carácter general sobre la adaptación de la normativa matrimonial internacional a los valores y principios constitucionales puede consultarse ABARCA JUNCO, P y GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. (1982), *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro I del Código Civil*, 1.ª ed., Madrid, Civitas, págs. 907-908.

<sup>3</sup> A través de la mencionada Instrucción (publicada en el *BOE* del día 30 de diciembre de 1978, es decir, un día después de la entrada en vigor de la Constitución), se daba respuesta a la eficacia directa del art. 16 CE que proclama que nadie puede ser obligado a declarar sobre su religión y se ordenaba a los encargados del Registro Civil que autorizaran los matrimonios civiles de todas las personas que desearan contraerlo «sin indagación ni declaración alguna sobre las ideas religiosas de los contrayentes».

Gran parte de estos problemas se plantearon con relación al art. 42 Cc en sus redacciones anteriores a la Ley 30/1981 y la normativa que lo complementaba. El art. 42 Cc en su redacción original no exigía de forma expresa la prueba de la acatolicidad de los contrayentes como requisito previo y necesario a la celebración del matrimonio civil y se limitaba a reconocer dos clases 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*». El precepto fue fuertemente criticado tanto en su contenido, como en su redacción gramatical y uno de los problemas fundamentales que se pusieron de manifiesto eran las dudas sobre el significado de la expresión «profesar la religión católica» y, en concreto, si resultaba necesario que los que desearan contraer matrimonio civil hicieran la previa declaración de no pertenecer a dicha religión. El art. 42 Cc no fue reformado hasta la promulgación de la Ley de 24 de abril de 1958. A partir de esta fecha, y hasta la Ley 30/1981, el precepto señaló de forma expresa que el matrimonio civil sólo debía autorizarse cuando se probase que ninguno de los contrayentes profesaba la religión católica.

Las dudas que planteaba el art. 42 Cc, en especial en su redacción inicial, fueron el motivo de que durante su vigencia se sucedieran numerosas órdenes ministeriales de contenido muchas veces opuesto, que exigían o no la declaración de acatolicidad, o incluso otros requisitos que acreditaran la falta de profesión de la religión católica por parte de los contrayentes, al albur del contexto político imperante en cada momento<sup>4</sup>. De este modo, la necesidad de declarar la acatolicidad como requisito previo al matrimonio civil se introdujo con la Real Orden de 28 de diciembre de 1900. Según esta Orden, era suficiente la declaración ante la autoridad competente de no profesión de la religión católica, al menos por uno de los contrayentes. El contenido de dicha Orden fue revocado y confirmado varias veces hasta prácticamente el final de la Guerra Civil y desde el año 1938 se mantuvo de forma constante la necesidad de acreditar que no se profesaba la religión católica, si bien en algunos periodos bastaba con la mera declaración de acatolicidad mientras que en otros los requisitos se endurecían como sucedió en el año 1941 en el que se empezó a exigir «prueba documental» de la acatolicidad<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Un instructivo recorrido por los vaivenes normativos en este ámbito puede encontrarse en RIVES GILBERT, J. M.<sup>a</sup> y RIVES SEVA, A. P. (2011), «Evolución histórica del sistema matrimonial español», *Noticias Jurídicas*, octubre (<http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/200111-38551824910132961.html>).

<sup>5</sup> La exigencia de la declaración de acatolicidad incorporada mediante la Orden de

2. En el ámbito internacional los problemas de Derecho transitorio que suscitó la modificación del art. 42 Cc tras la Ley 30/1981 se han manifestado, fundamentalmente, al enfrentarse nuestras autoridades al reconocimiento en España de matrimonios civiles de españoles

28 de diciembre de 1908 fue revocada mediante la Real Orden de 27 de agosto de 1906, al señalar ésta «que no se exija a los que pretenden contraer matrimonio civil conforme a las disposiciones de los arts. 86, 89 y siguientes del Código, declaración alguna relativa a la Religión que profesan ni más requisitos que los que la ley taxativamente establece». La vida de esta segunda Real Orden sólo duró hasta el 28 de febrero de 1907, fecha en la que se dictó una nueva que la derogaba, y que, al margen de estipular que en todas las cuestiones que sobre aplicación del art. 42 del Código Civil se plantearan entre las autoridades civiles y eclesiásticas se oyera al Fiscal de la Audiencia Territorial, retomaba la exigencia de la declaración de acatolicidad. La Orden de 28 de junio de 1913 confirmó la interpretación realizada por la de 28 de febrero de 1907.

La Orden de 1907 mantuvo su vigencia hasta la Constitución de 1931, tras cuya promulgación, y en línea con la implantación del matrimonio civil obligatorio instaurado a través de la Ley de 28 de junio de 1932, se prohibió mediante la Orden de 10 de febrero de 1932 que se exigiese a los que solicitasen la celebración del matrimonio civil declaración alguna respecto a sus creencias religiosas. Este panorama normativo cambió de nuevo tras estallar la Guerra Civil, con la subsiguiente derogación de la Ley del Matrimonio Civil de 1932, así como de todas las disposiciones que se hubieran dictado para su aplicación y la reinstauración del Título IV del Libro I del Código Civil a través de la Ley de 12 de marzo de 1938. Pocos días después, en concreto mediante una Orden de 22 de marzo de 1938, se introdujo de nuevo el contenido de la Orden de 28 de diciembre de 1900, incluida la necesidad de realizar la declaración de acatolicidad como requisito previo para la celebración del matrimonio civil.

La entrada en vigor de sucesivas órdenes ministeriales en interpretación del art. 42 Cc no se detuvo después de la Guerra. De este modo, mediante la Orden de 10 de marzo de 1941 se endurecieron los requisitos para contraer matrimonio civil al exigirse además prueba documental de la acatolicidad de los contrayentes o en el caso de que tal prueba documental no fuera posible, la prestación de una declaración jurada de no haber sido bautizados, a cuya exactitud se hallaba ligada la validez y efectos civiles del matrimonio civil. La exigencia de «prueba documental» causó en la época un amplio debate doctrinal sobre los medios de prueba considerados relevantes para el precepto: sentencia o decreto de excomunión, declaración de autoridad religiosa, etc. (sobre las dificultades para identificar qué prueba documental exigía la Orden puede consultarse PERÉ RALUY, J. (1953), «Concepto de la acatolicidad a efectos de la celebración del matrimonio civil», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 233).

Por su parte, la DGRN, inicialmente mantuvo también una posición muy estricta en la que entendía que «acatolicidad» correspondía exclusivamente a no bautizado o, lo que es lo mismo, que los bautizados nunca podrán recurrir al matrimonio civil (Resoluciones de 17 de septiembre de 1946, 17 de abril y 5 de mayo de 1950 y 7 de julio de 1952). Posteriormente, y a fin de acomodar la legislación matrimonial a la exigencia contenida en el Protocolo final, apartado 4.º C del Concordato de 27 de agosto de 1953, el Gobierno español dictó el Decreto de acomodación de 26 de octubre de 1956 en el que se modificaron varias normas del Reglamento del Registro Civil de 1870 y se sustituyeron las anteriores exigencias por la tradicional declaración de no profesión de la religión católica, admitiéndose también el acceso al matrimonio civil en caso de apostasía (art. 41 del Reglamento del Registro Civil). Poco tiempo después se promulgaron la nueva Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957, que confirmaba la necesidad de acreditar la no profesión de la religión católica para autorizar el matrimonio civil y el Reglamento de 14 de

celebrados ante autoridades extranjeras. El motivo principal de tales problemas se encontraba en el hecho de que nuestra jurisprudencia ha esgrimido el art. 42 Cc —y las diferentes órdenes que exigían de una u otra forma la acreditación de no profesar la religión católica— para denegar el reconocimiento de estos matrimonios.

Con anterioridad a la Constitución esta interpretación del precepto supuso que se denegara el reconocimiento de los matrimonios civiles contraídos por españoles en el extranjero sin previa declaración de acatolicidad por considerarlos nulos<sup>6</sup>. Pero los problemas de mayor complejidad se plantearon cuando una vez modificado el art. 42 Cc mediante la Ley 30/1981 y vigente la Constitución, nuestras autoridades se vieron obligadas a pronunciarse sobre el reconocimiento de estos matrimonios celebrados durante la vigencia de la norma preconstitucional.

En algún caso, como sucedió en la Resolución de la DGRN de 30 de junio de 1981, nuestras autoridades fueron conscientes del papel

---

noviembre de 1958, cuyo art. 244 mantenía la exigencia de la presentación de la prueba de acatolicidad.

Como consecuencia del aumento de matrimonios civiles de apóstatas y con el objetivo añadido de armonizar la legislación civil con lo estipulado en el Concordato de 1953 y establecer de forma indudable el carácter supletorio del matrimonio civil, se promulgó la Ley de 24 de abril de 1958. A través de ella se modificó el art. 42 Cc y se llevó al Código el requisito de la prueba de que ninguno de los contrayentes profesase la religión católica. Los requisitos necesarios para acreditar la aconfesionalidad se fueron relajando a partir de la promulgación de la Ley de 28 de junio de 1967 sobre ejercicio del derecho civil a la libertad en materia religiosa (Ley 44/1967, BOE de 1 de julio). En concreto, su art. 32 exigía ya únicamente la declaración de no estar adscrito a ninguna confesión religiosa y la acreditación de que el interesado comunicó el abandono de la confesión religiosa al Ministro competente de la religión que hubiere sido abandonada. Esta flexibilización se vio confirmada mediante la reforma del Reglamento del Registro Civil por Decreto de 22 de mayo de 1969, cuyo art. 245 limitaba la prueba de la acatolicidad de los contrayentes al mero requisito formal de la comunicación al Párroco.

La DGRN se sumó también a esta tendencia. De este modo, a través de su resolución de 3 de agosto de 1970 consideró como medio de prueba idóneo de la acatolicidad la mera declaración expresa de los contrayentes de no profesar la fe católica, mientras que en una Instrucción de destacada importancia, la de 22 de marzo de 1974 sobre el expediente previo al matrimonio civil, degradó de forma sustancial la relevancia de la prueba de la aconfesionalidad al señalar que ésta nunca debía constituir un motivo de dilación en la tramitación del expediente matrimonial. Poco antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1978 el tratamiento de esta cuestión se flexibilizó todavía más a través del Real Decreto de 1 de diciembre de 1977, por el que se modificó el Reglamento del Registro Civil y, más en concreto, por el contenido del nuevo art. 249, en el que contemplaba una presunción legal de acatolicidad de los contrayentes por el mero hecho de contraer el matrimonio civil. Finalmente, en el año 1981, y gracias a la reforma realizada en el Código Civil a través de la Ley 30/1981 destinada a adecuar la institución matrimonial a los imperativos constitucionales, desaparece la exigencia de declaración de acatolicidad como requisito previo a la celebración del matrimonio civil.

<sup>6</sup> Vid. v. gr., STS de 4 de octubre de 1974.

que debía otorgarse a la Constitución y al nuevo sistema matrimonial por ella consagrado y declararon la validez del matrimonio. En otros, por el contrario, se ignoró por completo esta nueva realidad y se declaró la nulidad del matrimonio civil al aplicar la norma ya derogada pero vigente en el momento de celebración. El ejemplo paradigmático nos lo ofrece la STS de 18 de diciembre de 1981. En ella el TS no reconoció un matrimonio civil celebrado en Atlantic City (EE.UU.) entre española y cubano con el argumento de la falta de declaración de acatolicidad previa a la celebración<sup>7</sup>.

3. Debe reseñarse además que el art. 42 Cc no ha sido el único precepto relativo a la forma del matrimonio utilizado por nuestra jurisprudencia para denegar el reconocimiento pese a estar ya derogado en el momento en que se solicitó. En una sentencia más reciente, de 25 de noviembre de 1999, el TS mantuvo una postura similar en un supuesto en el que el problema que se planteaba no era la falta de acreditación de la aconfesionalidad por parte de los contrayentes sino el hecho de que el matrimonio se hubiera celebrado ante autoridad civil extranjera y no ante autoridad consular española. A partir de una argumentación muy discutible<sup>8</sup>, el Alto Tribunal consideró que los arts. 100 y 101.4 Cc, en la redacción vigente en la fecha de celebración (1924), se opondrían a esta posibilidad. En otras palabras, para la Sentencia de 25 de noviembre de 1999 la única forma de que los españoles se casaran en el extranjero era ante cónsul español<sup>9</sup>.

4. Frente a la posición mantenida por el TS, la aproximación de la DGRN a esta cuestión ha sido habitualmente mucho más flexible y depurada. Con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, y con apoyo en el RD 3455/1977 y en la Instrucción del propio Centro Directivo de 26 de diciembre de 1978, la Dirección General ya consideraba que el hecho de contraer matrimonio civil obligaba a las autoridades españolas a presumir, cuando menos de forma tácita, la acato-

---

<sup>7</sup> Una valoración crítica de esta sentencia puede encontrarse en GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. (1982), «Comentario a la STS de 18 de diciembre de 1981 y a la Resolución DGRN de 30 de junio de 1981», *REDI*, 34, págs. 514-519.

<sup>8</sup> *Vid.*, las observaciones críticas realizadas por OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. (2002), *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español*, Cizur Menor, Civitas, pág. 271, nota n.º 1162.

<sup>9</sup> Sobre esta Sentencia, aprobando las conclusiones del TS, *vid.* REQUEJO ISIDRO, M. (2000), «Matrimonios sucesivos y matrimonio putativos en el Derecho internacional privado (a propósito de la STS de 25 de noviembre de 1999)», *Revista Xurídica Galega*, 27, págs. 35-45, esp. págs. 36-39.

licidad de los contrayentes españoles<sup>10</sup>. Pero una vez vigente la Carta Magna, y a partir del principio de no discriminación por razón de religión (art. 16), la DGRN consideró que no resultaba posible que la competencia de las autoridades españolas para celebrar o no el matrimonio o la posibilidad de inscribirlo en el Registro Civil español dependiesen de la prueba de la acatolicidad de los contrayentes españoles<sup>11</sup>. La DGRN se planteó además las consecuencias de que los españoles se casaran, no ante un cónsul español sino ante autoridad civil extranjera y consideró que a la luz de los arts. 70 de la antigua LRC y 11 Cc tal posibilidad estaría reconocida por nuestro ordenamiento.

5. Treinta años después de la STS de 18 de diciembre de 1981 el TS ha tenido oportunidad de enfrentarse nuevamente a los problemas de transitoriedad derivados del juego del antiguo art. 42 Cc en el recurso de casación que dio origen a su Sentencia de 20 de noviembre de 2011 y, pese a que su argumentación no posee toda la «finezza» que cabría esperar en el Alto Tribunal, sobre todo cuando incorpora un cambio radical en su jurisprudencia, al menos ajusta cuentas con su pasado y enfrenta al precepto con los valores constitucionales que inspiran hoy en día la institución matrimonial. Desgraciadamente no se puede decir lo mismo del Juzgado de Primera Instancia n.º 25 de Barcelona en su Sentencia de 26 de septiembre de 2007 ni, sobre todo, de la Audiencia Provincial de Barcelona que en su sentencia de 17 de octubre de 2008 aplicó ciegamente los postulados de la STS de 18 de diciembre de 1981, ignorando de forma absoluta las tres décadas de vigencia de la Constitución, su incidencia sobre el Derecho matrimonial y una Sentencia del TC en la que expresamente declaraba el art. 42 Cc contrario a la Carta Magna<sup>12</sup>.

Es precisamente esta cuestión —los efectos derivados de la entrada en vigor de la Constitución sobre el art. 42 Cc en sus redacciones anteriores a la Ley 30/1981 y su normativa complementaria— sobre la que se centrará el trabajo que ahora comienza. La conclusión que se alcanzará es evidente: la inconstitucionalidad sobrevenida de estas normas y con ella, la imposibilidad de que sean utilizadas por nuestras au-

<sup>10</sup> Vid. RRDGRN de 7 de marzo y 13 de junio de 1978. De hecho la DGRN ya se decantaba por este criterio desde su resolución de 3 de agosto de 1970 (vid. *supra* nota n.º 5). Asimismo, en similares términos, aunque se trata de una resolución dictada con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, vid. la ya mencionada Resolución de la DGRN de 30 de junio de 1981.

<sup>11</sup> Vid. RRDGRN de 19 de enero de 1979 y 27 de junio de 1992.

<sup>12</sup> Vid. *infra* n.º 20.



toridades para denegar el reconocimiento de matrimonios civiles celebrados en el extranjero con el argumento de la falta de acreditación de la acatolicidad de los contrayentes. Debe reseñarse además que esta cuestión no era la que se planteaba a título principal en el supuesto que dio origen a la STS de 20 de noviembre de 2011 sino simplemente una mera cuestión previa a la determinación del régimen económico matrimonial de los cónyuges ya fallecidos. El TS se vio obligado, por tanto, a abordar en esta resolución otras cuestiones que pese a presentar cierto interés, por ejemplo, las relativas a la ley aplicable a las capitulaciones matrimoniales realizadas por los contrayentes ante las autoridades registrales mexicanas, no serán abordadas en este estudio.

## II. EL SUPUESTO DE HECHO

6. El supuesto de hecho del que deriva la STS de 20 de noviembre de 2011 tiene su origen en un litigio entre los coherederos de unos cónyuges de nacionalidad española que se casaron en México en el año 1940, primero en la forma civil, ante las autoridades mexicanas, y al día siguiente en la forma religiosa. El Derecho mexicano exigía entonces —y exige ahora—, que con anterioridad a la celebración del matrimonio los contrayentes determinen mediante convenio el régimen económico (sociedad conyugal —equivalente a gananciales— o separación de bienes) que regulará el futuro matrimonio y la pareja de españoles incluyó en el mencionado convenio las siguientes cláusulas: «1) que el matrimonio se contraía bajo el régimen de sociedad conyugal; 2) que la sociedad conyugal comprendería todos los bienes muebles e inmuebles y sus productos que los consortes adquirieran durante toda su vida matrimonial, incluyendo el producto del trabajo; 3) que cada consorte tendría una participación del cincuenta por ciento en los bienes y productos adquiridos por los consortes durante la vida matrimonial». Recuérdese además que en la fecha de celebración del matrimonio (20 de julio de 1940) la acreditación de la no profesión de la fe católica para nuestro ordenamiento se limitaba a la mera declaración de acatolicidad<sup>13</sup>.

Algún tiempo después de la celebración del matrimonio, la pareja regresó a España y, según consta en la Sentencia del TS, el marido adquirió un inmueble en Barcelona. La mujer falleció en septiem-

---

<sup>13</sup> *Vid. supra* n.º 1.



bre de 2004 sin testar mientras que el marido murió pocos meses después, en abril de 2005, tras otorgar testamento en virtud del cual «dejaba la legítima a sus hijos y nombraba heredero a su hijo D. Humberto».

Dos de los hijos del matrimonio consideraban que la cláusula concluida por sus padres antes del matrimonio en virtud de la cual se sometían al régimen de sociedad conyugal conservaba su validez y que, por tanto, dicha circunstancia debería ser tenida en cuenta a la hora de proceder a la liquidación del régimen sucesorio de ambos cónyuges. Por este motivo, presentaron una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 25 de Barcelona, en la que, entre otras peticiones, se solicitaba que se declarase que la vivienda pertenecía en el momento de la muerte de la esposa a ambos cónyuges por mitades indivisas y que cualquier activo bancario adquirido constante el matrimonio pertenecía también por mitades indivisas a ambos cónyuges. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda en virtud de su sentencia de 26 de septiembre de 2007 pero no en lo que se refiere a los dos aspectos reseñados, lo que motivó la interposición de un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, que desestimó el recurso a través de la ya mencionada Sentencia de 17 de octubre de 2008. Finalmente el recurso de casación interpuesto ante el TS fue estimado mediante la también ya mencionada Sentencia de 20 de noviembre de 2011.

### III. LOS ARGUMENTOS DE LA AP DE BARCELONA Y DEL TS

7. Para el Juzgado de Primera Instancia la inexistencia de declaración de acatolicidad en el matrimonio celebrado por dos españoles bautizados ante la autoridad competente extranjera, *«no arrastraba de por sí la invalidez del matrimonio y la absoluta privación de su eficacia civil»*. Sin embargo, con relación a la cuestión concreta del convenio de elección de régimen económico matrimonial consideró que debía quedar sometida al Derecho español ya que, según el propio Juzgado, las leyes relativas a los derechos de familia *«obligan a todos los españoles aunque residan en el extranjero»*. Además, consideró que siendo catalanes los cónyuges, *«y a falta de capitulaciones matrimoniales, un matrimonio celebrado en el año 1940 entre españoles sometidos ambos al Derecho civil de Cataluña quedaba regulado por un régimen de absoluta separación de patrimonios»*.

8. Por el contrario, para la Audiencia Provincial de Barcelona el matrimonio civil celebrado en México por los dos contrayentes españoles debía ser considerado nulo a partir de diferentes argumentos entre los que destacan dos: la inexistencia de la declaración de acatolicidad y el hecho de que el matrimonio celebrado en el extranjero no se hubiera celebrado ante cónsul español sino ante las autoridades locales.

Con relación a la inexistencia de declaración de acatolicidad, la Audiencia, citando la STS de 12 de marzo de 1942, considera que, al margen de tratarse de una cuestión sometida a la ley personal, formaría además parte del orden público español tal y como parecen proclamar las SSTS de 1 mayo de 1919 y de 26 de abril de 1929 y la Resolución de la DGRN de 7 de julio de 1951, por lo que necesariamente debería ser regulada por nuestro ordenamiento. Ello supondría, según la Audiencia, la entrada en juego del antiguo art. 42 Cc, complementado con la Real Orden de 28 diciembre de 1900 y el resto de órdenes que la corroboran (28 de febrero de 1907 y 28 de junio de 1913), normas todas ellas que exigirían que la celebración del matrimonio civil se viera precedida de la declaración de acatolicidad de los contrayentes ante la autoridad competente. La Audiencia de Barcelona cita además en apoyo de su interpretación otra Sentencia del TS, en concreto la de 21 de octubre de 1959, en virtud de la cual, el art. 42 Cc no sería una norma de carácter dispositivo sino imperativo y otra sentencia más reciente, la ya reseñada de 18 de diciembre de 1981, en la que el TS consideró la acreditación de la acatolicidad como una cuestión de capacidad y sometida en consecuencia a la ley personal.

El segundo motivo que justificaría la nulidad del matrimonio según la Audiencia de Barcelona se centra en la supuesta vulneración del art. 100 Cc en la redacción vigente en la fecha del matrimonio. Aunque el Tribunal no lo señale de forma muy clara, parece dar a entender que la celebración del matrimonio civil por españoles sólo podría llevarse a cabo ante «*el Juez Municipal, y los cónsules y vicecónsules que ejercieran funciones de jueces municipales*», por lo que, dado que el matrimonio se celebró ante las autoridades mexicanas debería también considerarse vulnerado ese requisito.

Junto a los señalados, la Audiencia apunta algunos argumentos adicionales ciertamente pintorescos. Así, se señala de un lado que el segundo matrimonio, el religioso, celebrado con respeto a los requisitos estipulados por la legislación española del momento de celebración, dejaría «sin efecto» el primer matrimonio (sic) y, consecuentemente,

con ello el acta matrimonial en la que se contenía el convenio de elección del régimen matrimonial. Se añade además que, dado que los dos contrayentes eran católicos, el matrimonio carecería de efecto alguno sobre ellos ya que el Código Civil mexicano no podía aplicarse a los cónyuges de nacionalidad española (sic). Y para finalizar, se alude a la especial formación cultural de los contrayentes —y, en el caso de la madre, también jurídica—, circunstancias ambas que a juicio del Tribunal deberían haberles abocado irremediablemente a conocer que el matrimonio civil carecía de eficacia alguna.

Por lo que se refiere a la cuestión principal planteada en el litigio, es decir, la validez del convenio de sometimiento al régimen de sociedad conyugal mexicano, para la Audiencia la nulidad del matrimonio supondría también la del acta de elección del régimen económico. No obstante, se señala *ad abundantiam* que pese a que el art. 11.1 Cc estipule con carácter general que las formas y solemnidades de los contratos se regirán por la ley del país en que se otorguen, el apartado 3.º del mismo precepto en la redacción vigente en la fecha del matrimonio, que sometía de forma exclusiva a la ley personal «*las leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes, y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres*» obligaría a aplicar a los requisitos formales del acta de elección de régimen económico-matrimonial el ordenamiento español como ley personal de los contrayentes. O, para ser más concreto, el Derecho catalán, que sometía la validez de las capitulaciones y la elección del régimen económico matrimonial al requisito de la escritura pública. Para la Audiencia, dado que dicho requisito no se verificó al cumplimentar el acta en el que se eligió el régimen de sociedad conyugal ante la autoridad registral mexicana, tal acta sería nula. En consecuencia, ante la inexistencia de elección de régimen, el matrimonio quedaría regido por el de separación de bienes del Derecho catalán. En este punto, la Audiencia llegó, aunque por un camino diferente, a una conclusión similar a la del Juzgado de Primera Instancia<sup>14</sup>.

9. En cuanto a la Sentencia del TS de 20 de noviembre de 2011, en un primer momento se dedica a rebatir algunas de las afirmaciones más sorprendentes de la Audiencia y de este modo rechaza que la celebración del matrimonio religioso con posterioridad al civil anulase éste, al considerar que la forma civil era la única autorizada en el lu-

<sup>14</sup> *Vid. supra* núm. 7.

gar de celebración y que, evidentemente, la celebración de un nuevo matrimonio posterior sin relevancia civil en el lugar de celebración, de ningún modo puede «anular» el anterior. A continuación, el Tribunal aborda las consecuencias asociadas a la ausencia de la declaración de acatolicidad y al hecho de que el matrimonio no se celebrara ante cónsul español sino ante las autoridades mexicanas y en ambas cuestiones discrepa del parecer de la Audiencia aunque con una parquedad superlativa en su argumentación.

Con relación a la primera cuestión el argumento del Tribunal es que el art. 101 Cc, con la redacción vigente al tiempo del matrimonio —que por cierto, es similar a la del actual art. 73 Cc— no consideraba como causa de nulidad el matrimonio celebrado por católicos en el extranjero siempre que se ajustara al ordenamiento del lugar de celebración. Es decir, al contrario de lo que se señaló en su Sentencia de 18 de diciembre de 1981, para el TS, aun asumiendo que la exigencia de la declaración de acatolicidad se proyectase también sobre los matrimonios civiles celebrados fuera de España, la ausencia de tal declaración no podría suponer de ningún modo la nulidad del matrimonio. En cuanto a la segunda cuestión, la Sentencia de 20 de noviembre de 2011 modifica también la postura expresada por el propio TS en su sentencia de 25 de noviembre de 1999 y considera que los arts. 100.3 Cc en su versión original y 73 LRC admitían sin discusión la celebración de matrimonios entre españoles ante autoridades extranjeras.

10. Pero sin duda el argumento de mayor interés de la sentencia, y que en realidad el TS simplemente se limita a esbozar, estriba en la mención a los arts. 5.1 LOPJ, que obliga a jueces y tribunales a interpretar las leyes y reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, y 16 de la Constitución, en virtud del cual se reconoce y garantiza la libertad religiosa de los españoles. El juego conjunto de ambos preceptos lleva al TS a considerar que no cabe declarar nulo por motivos religiosos un matrimonio civil contraído de forma válida de acuerdo al ordenamiento del lugar de celebración. Como ya se ha avanzado, esta es la cuestión principal que se abordará en el trabajo, por lo que nos centraremos en ella con detalle a continuación.

Por último, una vez constatada la validez del matrimonio celebrado en forma civil en México, el TS pasa a resolver la cuestión principal que se planteaba en el litigio: ¿es válido el pacto por el que se eligió el régimen económico matrimonial? La Audiencia, recuér-

dese, consideraba que no y fundamentaba esta solución en un doble argumento. De un lado, en la nulidad del matrimonio civil: dado que este matrimonio era nulo, el pacto de elección del régimen económico-matrimonial concluido durante la tramitación del expediente previo a su celebración también lo sería. Evidentemente, una vez proclamada la validez del matrimonio por el TS, este motivo de invalidez cae automáticamente. Pero la Audiencia también fundó la nulidad del pacto en la supuesta vulneración del ordenamiento español y, más en concreto del Derecho catalán, al considerar que la cuestión debía quedar sometida a la ley personal de los contrayentes. El TS también rechaza este argumento y niega que la forma del convenio por el que se selecciona el régimen económico matrimonial deba someterse a la ley personal. Para el Alto Tribunal la Audiencia debería haber aplicado únicamente el art. 11.1 Cc, precepto que en la redacción vigente en el momento del matrimonio, al igual que en la actualidad, apostaba por el principio *lex locus regit actum*, por lo que, dado que el convenio sobre la elección del régimen se concluyó en México ante las autoridades de ese Estado, únicamente debían cumplirse los requisitos impuestos por el ordenamiento mexicano. Es más se refuta incluso que en el año 1940 se exigiera, de acuerdo al Derecho catalán, que el pacto de elección de régimen tuviera que constar en escritura pública.

#### IV. ARGUMENTOS DE LEGALIDAD ORDINARIA EN CONTRA DE LA APLICACIÓN DEL ANTIGUO ART. 42 CC

11. Al margen de los argumentos basados en la contradicción del antiguo art. 42 Cc con la Constitución, sobre los que se profundizará a continuación, existen numerosos argumentos de legalidad ordinaria que permiten evitar la aplicación del precepto. Incluso la propia jurisprudencia del TS anterior a la Constitución había hecho una interpretación menos dura que la que sostiene la Audiencia Provincial y aunque en algunas ocasiones declaró la nulidad del matrimonio civil cuando faltaba la declaración de acatolicidad<sup>15</sup>, en otras consideró, al igual que hace ahora el TS en la Sentencia de 20 de noviembre de 2011, que la lista de motivos de nulidad contenida en el antiguo art.

<sup>15</sup> SSTS de 21 de octubre y 12 de noviembre de 1959, 16 de marzo de 1967 y 4 de octubre de 1974.

101 Cc era de *numerus clausus* y que, al no incluirse entre ellas el incumplimiento de este requisito, el matrimonio no podría considerarse nulo<sup>16</sup>. No parece difícil utilizar el principio *favor matrimonii* para instrumentalizar esta divergencia jurisprudencial a favor de la validez del matrimonio. Más aún, la doctrina de la DGRN con una concepción mucho más avanzada sobre esta cuestión, podría haber sido un referente hermenéutico de primer orden para los órganos jurisdiccionales de instancia.

1. *El juego de la Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup> de la Ley 30/1981, de 7 de julio*

12. Con carácter general, en los supuestos de «conflicto internacional transitorio» como el que ahora estamos analizando, la solución consiste en aplicar las normas sobre Derecho transitorio contempladas en la *lex causae*. Como acabamos de ver, la Audiencia Provincial, análogamente al TS en la Sentencia de 18 de diciembre de 1981, vinculó la declaración de acatolicidad a la capacidad de los contrayentes y la sometió al ordenamiento español, lo que condujo a la aplicación de las normas sobre Derecho transitorio español<sup>17</sup>. Al margen de que se comparta o no esta solución, lo cierto es que una vez asumida lo más razonable habría sido recurrir a la Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup> de la Ley 30/1981, de 7 de julio, precepto que declara el carácter retroactivo de la normativa contenida en la mencionada Ley<sup>18</sup>. Para ser más concreto, la Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup> establece que «los hechos que hubieren tenido lugar o las situaciones creadas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley producirán los efectos que les reconocen los Capítulos VI, VII y VIII del Título IV del Libro I del Código civil». Como puede constatarse, la Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup> se refiere de forma expresa al Capítulo VI, aquél en el que se contienen las normas relativas a la nulidad matrimonial, por lo

<sup>16</sup> Vid. v.gr., SSTS de 13 de junio de 1947, 25 de enero, 27 de enero y 7 de marzo de 1956.

<sup>17</sup> Sobre el alcance de las disposiciones transitorias del Código Civil, aunque no siempre se compartan sus conclusiones, puede consultarse, RAMS ALBELSA, J. (1982), «Disposiciones transitorias», en LACRUZ BERDEJO, J. L. (ed.), *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al nuevo Título IV de Libro Primero del Código Civil*, Madrid, Civitas, págs. 935-940.

<sup>18</sup> OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *La celebración ...*, op. cit., págs. 270-271.

que podría entenderse sin esfuerzo que la posible nulidad de un matrimonio debería verificarse a partir de las nuevas normas y que, coherentemente con ello, quedaría excluida cualquier posibilidad de declarar la nulidad en aplicación de la normativa matrimonial ya derogada<sup>19</sup>.

Existe, no obstante, cierta opinión favorable con relación a la posibilidad de evitar el carácter retroactivo de la normativa matrimonial en aquellos casos en que su aplicación pudiera generar un resultado contrario al «*favor recognitionis*» y se pudiera poner en peligro el principio de seguridad jurídica con relación al estado civil de las personas<sup>20</sup>. El ejemplo paradigmático es el de los matrimonios entre español y extranjero celebrados en España ante autoridad consular extranjera antes de la entrada en vigor de la Ley de 7 de julio de 1981. Algunos autores consideran que pese a que la nueva regulación impide la celebración en España de estos matrimonios, el hecho de que fueran válidos en el momento de su celebración obligaría a su reconocimiento<sup>21</sup>, una solución que también ha seguido la DGRN en diversas resoluciones<sup>22</sup>.

13. Es más, incluso otorgando a la Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup> un alcance menor al apuntado, podría haber sido posible mantener la validez de la elección del régimen económico matrimonial. El ejemplo lo hallamos en la ya mencionada STS de 18 de diciembre de 1981 en la que el Alto Tribunal consideró que aunque la Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup> no podía impedir la nulidad de los matrimonios civiles concluidos en el extranjero en los que los contrayentes españoles no hubie-

<sup>19</sup> Vid. MONTÉS PENADÉS, V. L. (1984), «Comentario a las Disposiciones Transitorias de la Ley 30/1981, de 7 de julio», vol. II, Madrid, Tecnos, págs. 2011-2027, esp. págs. 2021-2027.

<sup>20</sup> A favor de evitar en estos casos la retroactividad de la normativa vigente, *vid.* OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *La celebración...*, *op. cit.*, págs. 270-271.

<sup>21</sup> OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *La celebración ...*, *op. cit.*, págs. 271-272. Una posición contraria puede encontrarse, no obstante en GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. (1975), «El matrimonio en el Derecho civil internacional», en AGUILAR NAVARRO, M. (Dir.), *Derecho civil internacional*, Madrid, SPFDUCM, vol. II de Derecho internacional privado, págs. 243-345. También la doctrina de la DGRN anterior a la modificación del Cc mantenía una posición similar (*Vid.* RRDGRN de 1 de marzo de 1951 y de 27 de noviembre de 1974).

<sup>22</sup> *Vid.* RRDGRN de 10 de noviembre de 1992 (con nota de ARROYO MONTERO, R. (1993), *REDI*, 45, 1993, págs. 482-485) y de 20 de enero de 1982 (con nota de MILANS DEL BOSCH PORTOLÉS, I. (1984), *REDI*, 36, págs. 667-670. Con carácter general, con relación a estos matrimonios puede consultarse, AROYO MONTERO, R. (1991), *El matrimonio consular*, La Ley, 1991, págs. 152-153.



ran realizado la manifestación de acatolicidad<sup>23</sup>, ello no suponía en principio su inexistencia, por lo que sería posible mantener la validez de los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe, incluida la del régimen económico vigente desde la celebración del matrimonio<sup>24</sup>.

## 2. La necesidad de realizar una calificación «actual» del supuesto

14. Como se acaba de señalar la Audiencia Provincial de Barcelona, siguiendo el criterio mantenido previamente por el TS<sup>25</sup> y por alguna resolución de la DGRN posteriormente superada<sup>26</sup>, considero que la forma de prestación del consentimiento matrimonial es una cuestión de capacidad y que consecuentemente con ello debería quedar adscrita a la ley personal. Sin embargo, esta interpretación es tremendamente discutible. Incluso admitiendo la irretroactividad de la Ley 30/1981 o del Decreto 3455/1977, no es posible olvidar que a la hora de realizar la calificación de un determinado supuesto ha de procederse de acuerdo a la concepción imperante en el momento en el que nuestras autoridades se enfrentan a él y basta un repaso por nuestra doctrina más autorizada para constatar que en la actualidad las cuestiones relativas a la forma del matrimonio deben ser calificadas como tales, es decir, como meras cuestiones formales y, en consecuencia sometidas, no ya a la ley personal de los contrayentes sino a la *lex loci*<sup>27</sup>. Más incluso asumiendo que la AP de Barcelona pudiera haber albergado algún tipo de dudas sobre la naturaleza formal o de capacidad de la declaración de acatolicidad, una vez más, el respeto al principio *favor matrimonii* debería haber hecho que se decantara por la primera alternativa, excluyendo de este modo la aplicación del antiguo art. 42 Cc.

<sup>23</sup> Sorprendentemente el TS consideró en esta Sentencia que la nueva normativa matrimonial contenida en la Ley 30/1981 no posee carácter retroactivo y que la norma que resultaría aplicable no sería la Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup>, sino la regla general contenida en la Disposición Transitoria 1.<sup>a</sup> del Cc.

<sup>24</sup> A una solución similar llegó el TS en un supuesto en el que declaró la nulidad de un matrimonio entre españoles celebrado ante autoridad extranjera y no ante cónsul español pero consideró que, dada la buena fe de los contrayentes, el régimen económico matrimonial seguía vigente (*vid.* STS de 25 de noviembre de 1999).

<sup>25</sup> Entre otras, SSTS de 1 mayo de 1919, 26 de abril de 1929 y 18 de diciembre de 1981.

<sup>26</sup> RDGRN de 7 de julio de 1951.

<sup>27</sup> Con más detalle, GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Comentario ...», *op. cit.*, págs. 517-518.

### 3. *Carácter actual del orden público*

15. La Audiencia Provincial de Barcelona consideró que el requisito de la declaración de acatolicidad era materia de orden público, lo que le condujo a la aplicación del antiguo art. 42 Cc y de la Orden de 22 de marzo de 1938 y con ello a la consideración del matrimonio como nulo. Sin embargo, no tuvo en cuenta, como tampoco tuvo en cuenta en su momento el TS en la Sentencia de 18 de diciembre de 1981, que al margen de que nuestras autoridades deban realizar una calificación actual del supuesto, también deben realizar una *aplicación actual del orden público*<sup>28</sup>. Según este argumento, el orden público debe apreciarse por las autoridades españolas en el momento en que éstas se enfrenten al reconocimiento del matrimonio extranjero y resulta evidente que en la actualidad la declaración de acatolicidad o, cualquier exigencia destinada a acreditar la no profesión de la religión católica, no sólo es que quede extramuros de la cláusula de orden público sino que incluso, como veremos a continuación, resulta contraria a la propia Constitución<sup>29</sup>.

## V. LA INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA DEL ANTIGUO ART. 42 CC

16. Tal y como ya se avanzó, al margen de los argumentos que se acaban de apuntar que habrían permitido salvar la validez del matrimonio o, cuando menos, del convenio de elección del régimen económico del matrimonio, los de mayor peso los encontramos en la propia Constitución y, en concreto, en la inconstitucionalidad sobrevenida de aquellas normas anteriores que resulten incompatibles con ella, así como en la necesidad de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con la Constitución a partir del «doble carácter de ley posterior y ley superior» que posee la Carta Magna<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> En similares términos: GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Comentario ...», *op. cit., ibid.*

<sup>29</sup> Un ejemplo impecable de aplicación actual del orden público nos lo ofrece la ya reseñada Sentencia de la Audiencia Territorial de las Islas Baleares de 25 de junio de 1980, que tuvo en cuenta la modificación introducida en nuestro sistema matrimonial a través de la reforma del art. 249 del Reglamento del Registro Civil operada por el Decreto 3455/1977, de 1 de diciembre. En dicha sentencia se consideró que, dado que el mencionado Decreto presumía la acatolicidad por el mero hecho de contraer matrimonio civil, la manifestación expresa de acatolicidad en ningún caso podría considerarse como una exigencia de orden público (Un breve comentario a esta resolución puede encontrarse en CIFUENTES DE CASTRO, G. (1981), *REDI*, 33, págs. 673-674).

<sup>30</sup> *Vid.* entre otras muchas, STC 9/1981 (FJ 3.º).

El art. 42 Cc en sus redacciones anteriores a la Ley 30/1981 constituye un ejemplo «de libro» de inconstitucionalidad sobrevenida. En la medida en que la Constitución prohíbe cualquier tipo de discriminación por razón de las creencias, resulta evidente que choca frontalmente contra los valores de igualdad y laicidad (arts. 14 y 16.2 CE) que un órgano jurisdiccional español declare la nulidad del matrimonio basándose únicamente en las creencias religiosas de los contrayentes. Por primera vez, aunque de forma muy parca, el TS ha recurrido a este argumento que ya había empleado en otros ámbitos<sup>31</sup>, pero que hasta la fecha había ignorado en el caso del antiguo art. 42 Cc.

### 1. *Inconstitucionalidad sobrevenida y su apreciación por el juez ordinario*

17. El Apartado Tercero de la Disposición Derogatoria de la Constitución establece que «quedarán derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución». Es decir, toda disposición contraria a los mandatos constitucionales quedó derogada el 29 de diciembre de 1978, fecha de entrada en vigor de la Carta Magna y esta afirmación, en realidad, no es sino el reflejo de la doble naturaleza del texto constitucional como norma jurídica plena y *lex superior*. Lo primero significa que en la medida que la Constitución es ley, su aprobación implica la consiguiente derogación de todas las normas anteriores que resulten contrarias a ella en cumplimiento de los aforismos de *lex posterior derogat anterior* y de *contrarius actus (eius est abrogare cuius est condere)*<sup>32</sup>. Lo segundo supone que la Constitución es la norma en la que se fundamenta el sistema jurídico español y aquella ante la que deben ceder el resto de normas que integran nuestro ordenamiento, pero además implica la necesidad de interpretar todo el sistema jurídico de acuerdo a la Constitución y la inconstitucionalidad sobrevenida de todas aquellas normas que resulten incompatibles con ella. Tal inconstitucionalidad sobrevenida, que afecta en realidad a la validez de la propia norma y por ello produce efectos de significación retroactiva mucho más intensos que los derivados de la mera derogación<sup>33</sup>, se pro-

<sup>31</sup> STS de 14 de septiembre de 2009.

<sup>32</sup> BORRAJO INIESTA, I. (2009), «Comentario al Apartado III de la Disposición Derogatoria de la Constitución», en CASAS BAAMONDE, M.<sup>a</sup> E y RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., *Comentarios a la Constitución Española*, XXX Aniversario, Madrid, La Ley, pág. 2865.

<sup>33</sup> *Vid.* entre otras, STC 9/1981 (FJ 3.<sup>o</sup>).

yecta fundamentalmente sobre el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas y afecta a todos aquellos actos posteriores a su entrada en vigor que deriven de situaciones creadas con anterioridad y al amparo de leyes válidas en aquel momento, siempre que resulten contrarios a la Constitución<sup>34</sup>.

18. La aplicación del Apartado Tercero de la Disposición Derogatoria ha planteado algunos problemas interpretativos en aquellos supuestos en los que la norma «sospechosa» de inconstitucionalidad ya había sido derogada o modificada por otra cuyo contenido resultase acorde con los imperativos constitucionales. En estos casos se ha defendido que los problemas derivados de la eventual inconstitucionalidad de un determinado precepto habrían sido subsanados como consecuencia de la entrada en vigor de la nueva norma que lo sustituyese y que, por tanto, carecería de objeto un recurso de inconstitucionalidad frente a la norma derogada como consecuencia de la desaparición sobrevinida de su objeto<sup>35</sup>.

El TC, no obstante, ha dejado claro que hay que diferenciar dos tipos de supuestos<sup>36</sup>. Dentro del primer grupo se incluirían aquellas situaciones en las que la norma cuestionada no produjo efecto alguno en el pasado y por tanto el juez o autoridad que deba resolver tendría absoluta libertad para aplicar, no ya la norma inconstitucional, sino la que la sustituyese. Es el caso, por ejemplo, del antiguo art. 159 Cc, que daba preferencia a la madre para hacerse cargo del cuidado de los hijos cuando los padres vivían separados y no había acuerdo o decisión judicial motivada en la excepcionalidad. Tal artículo había sido reformado, y el precepto por su propia naturaleza y la de la materia regulada, debía ser aplicada en su nueva redacción al dictar sentencia, por lo que la norma de cuya constitucionalidad se dudaba había dejado de ser aplicable al supuesto<sup>37</sup>. Un caso similar se planteó al analizar la constitucionalidad del art. 54 de la Ley del Registro Civil, en la redacción dada a este texto por la Ley 17/1977, de 4 de enero, que no autorizaba

<sup>34</sup> *Vid.*, entre las primeras sentencias del TC sobre esta materia: SSTC 9/1981, 63/1982 y 67/1982.

<sup>35</sup> *Vid.* alegaciones de la Abogacía del Estado en el asunto que dio origen a la STC de 24 de febrero de 2012.

<sup>36</sup> STC 39/2002 (FJ. 2.º). Sobre esta sentencia puede consultarse: HEREDIA CERVANTES, I. (2002), «El art. 9.2 Cc (1974) era inconstitucional (evidentemente)», *Derecho privado y Constitución*, 16, págs. 203-221; RODRÍGUEZ PINEAU, E. (2002), «La inconstitucionalidad del art. 9.2 Cc de 1974 (Comentario a la STC 39/2002 de 14 de febrero)», *REDI*, 54, págs. 243-254.

<sup>37</sup> *Vid.* ATC 438/1990.

la imposición de nombres extranjeros a los ciudadanos españoles. Como señaló el TC<sup>38</sup>, «*La publicación de la Ley 20/1994, de 6 Junio, que hizo desaparecer tal prohibición, eliminó de raíz la eventual contradicción de la norma contemplada con la Constitución, pues el juez debía adoptar su decisión de acuerdo con el texto de la disposición vigente en el momento de resolver, es decir, conforme a un precepto de cuya constitucionalidad no se dudaba ya*».

Por el contrario, dentro del segundo grupo se encontrarían aquellos otros supuestos en los que la norma preconstitucional ya derogada produjo un efecto jurídico instantáneo en el pasado, que además prolonga sus efectos hasta el presente. A un supuesto de esta naturaleza tuvo que enfrentarse el TC al dictar su sentencia de 14 de febrero de 2002, en virtud de la cual declaró la inconstitucionalidad del art. 9.2 Cc en su versión de 1974 (Decreto 1836/1974 de 31 de mayo y mantenido por la ley 21/1987, de 11 noviembre). En la mencionada norma, que no fue modificada hasta el año 1990 por medio de la Ley 11/1990 de 15 de octubre, fecha en la que se eliminó toda referencia a la ley nacional del marido sustituyéndose esta conexión por la residencia habitual común del matrimonio y el lugar de celebración, se establecía que «las relaciones personales entre los cónyuges se registrarán por su última ley nacional durante el matrimonio y en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración». El TC consideró que el precepto vulneraba, no sólo el art. 14 CE, sino también el más específico art. 32 CE que proclama que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, al entender que no existía ninguna justificación constitucionalmente aceptable que justificara la preferencia por la normativa relacionada con el varón.

El propio TS se ha enfrentado a un problema similar en el asunto que dio origen a su sentencia de 14 de septiembre de 2009 y en el que se planteaba la posible inconstitucionalidad sobrevenida del art. 14.4 Cc<sup>39</sup>. El precepto, redactado de acuerdo con el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo y vigente antes de la promulgación de la Ley 11/1990, establecía que la mujer casada tendría la misma vecin-

<sup>38</sup> Vid. ATC 43/1995.

<sup>39</sup> Vid. sobre esta Sentencia, ABARCA JUNCO, P. y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. (2011), «Vecindad civil de la mujer casada: nuevas reflexiones en torno a la inconstitucionalidad sobrevenida del art. 14.4 Cc y la retroactividad de la Constitución española en relación a los modos de adquisición de su vecindad civil», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.º 2, págs. 194-202 ([www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt)); BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2010), «Comentario a la Sentencia TS de 14 de septiembre de 2009», *CCJC*, 83, págs. 1093-1122.

dad civil que el marido. El Alto Tribunal entendió con acierto que se trataba de una norma preconstitucional que contenía una flagrante lesión del derecho a la igualdad de los cónyuges y que establecía un trato discriminatorio entre el marido y la mujer al imponer a ésta una vecindad civil, al margen de su voluntad, de forma que los sucesivos cambios que experimentara la del marido le iban a afectar también a ella, con independencia de si deseaba o no adquirir tal vecindad civil.

19. Como puede comprobarse, el art. 42 Cc en sus redacciones anteriores a la Ley 30/1981 se encuentra en este segundo grupo por lo que cualquier órgano jurisdiccional que tuviera que plantearse su aplicación debería analizar su posible inconstitucionalidad sobrevenida, máxime cuando, tal y como señaló el TC en la ya mencionada Sentencia de 14 de febrero de 2002, reiterando una jurisprudencia constante<sup>40</sup>, en el caso de que se plantee una duda de constitucionalidad en relación con normas preconstitucionales, el órgano jurisdiccional podrá examinar y resolver por sí mismo la eventual contradicción con el ordenamiento constitucional de una norma anterior a la Constitución sin necesidad de deferir esta cuestión a la jurisdicción constitucional. Es más, el TS en la también reseñada sentencia de 14 de septiembre de 2009 ha seguido el criterio del TC y ha sostenido la posibilidad de que el juez ordinario declare la derogación por inconstitucionalidad sobrevenida de normas anteriores a la Constitución al entender que tal facultad «constituye una consecuencia clara de la fuerza de la propia norma derogatoria, que obliga a los jueces y tribunales del mismo modo que las otras disposiciones constitucionales y, además, de la vinculación que produce la propia Constitución que como norma suprema, ha expulsado del ordenamiento aquellas reglas anteriores que contradigan los derechos fundamentales en ella reconocidos»<sup>41</sup>.

## 2. *¿Es inconstitucional el antiguo art. 42 Cc?*

20. Ciertamente a estas alturas del trabajo la respuesta a esta pregunta resulta ya innecesaria: evidentemente SÍ. De hecho contestarla carece de mérito alguno desde el momento en que ya en el año 2001 el propio TC se pronunciara en similar sentido en su Sentencia de 17

<sup>40</sup> *Vid.*, entre otras, las SSTC 17/1981, 83/1984, 155/1987, 105/1988 y 126/1997.

<sup>41</sup> En un sentido muy parecido, la STS de 21 de septiembre 1999, que declaró derogado el art. 47.1 LRC.

de septiembre<sup>42</sup>. En la mencionada Sentencia el TC señaló ya que el hecho de que hasta la promulgación de la Constitución española se condicionase la posibilidad de contraer matrimonio civil a la prueba de no profesar la religión católica «pugna frontalmente con la libertad religiosa y, en concreto, con el derecho derivado de ella a no declarar sobre la propia ideología, religión o creencias que proclama el art. 16 CE».

21. Y es que no puede olvidarse que el TC ha puesto de manifiesto la existencia de «dos principios básicos en nuestro sistema político<sup>43</sup>, que determinan la actitud del Estado hacia los fenómenos religiosos y el conjunto de relaciones entre el Estado y las iglesias y confesiones»<sup>44</sup>.

El primero de estos principios es el de libertad religiosa, entendiendo por tal «un derecho subjetivo de carácter fundamental que se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* del individuo». Lo primero garantiza, según el TC, «la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual<sup>45</sup>». Lo segundo faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros<sup>46</sup>, con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales<sup>47</sup>, e impide, tal y como preceptúa el art. 16.2 CE, que nadie sea obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. Como consecuencia del juego de este principio se consagra también un derecho *a no hacer*; esto es, un derecho a no declarar sobre las convicciones religiosas. Más aún, la Constitución no sólo ampara el silencio, sino que también prohíbe cualquier clase de indagación destinada a descubrir las creencias religiosas de una persona.

<sup>42</sup> STC 180/2001.

<sup>43</sup> *Vid.* STC 24/1982.

<sup>44</sup> Con más detalle, *vid.*: LÓPEZ CASTILLO, A. (1999), «Acerca del derecho de libertad religiosa», *REDC*, 56, págs. 75-104, esp. págs. 86 y ss.; MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J. (2000), *Constitución y libertad religiosa en España*, Madrid, Dykinson, págs. 306-314. Entre la doctrina más reciente puede consultarse CARAZO LIÉBANA, M.<sup>a</sup> J. (2011), «El derecho a la libertad religiosa como derecho fundamental», *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 14, págs. 43-74, esp. págs. 43-47.

<sup>45</sup> STC 177/96 (FJ 9).

<sup>46</sup> SSTC 19/1985 (FJ 2), 120/1990, (FJ 10) y 137/1990 (FJ 8).

<sup>47</sup> STC 46/2001 (FJ 4), y, en el mismo sentido, las SSTC 24/1982, 166/1996 y 101/2004.



El segundo principio que configura la relación de la administración con el fenómeno religioso y las diferentes confesiones es el de igualdad, proclamado por los arts. 9 y 14 CE. De este principio se deduce que no es posible establecer ningún tipo de discriminación o de trato jurídico diverso de los ciudadanos en función de sus ideologías o sus creencias y que debe existir un igual disfrute de la libertad religiosa por todos los ciudadanos. Dicho de otro modo el principio de libertad religiosa proscribía que las actitudes religiosas de los sujetos de derecho puedan justificar diferencias de trato jurídico.

22. A la luz de lo apuntado, no resulta difícil constatar la clara inconstitucionalidad del antiguo art. 42 Cc. De un lado resulta palmario que el hecho de que los contrayentes tuvieran que manifestar su acatolicidad en el momento de celebración del matrimonio o realizar cualquier otro tipo de acto destinado a acreditar que no profesan la fe católica vulnera flagrantemente la prohibición de que cualquier sujeto se vea obligado a declarar sobre sus convicciones religiosas. Pero además, también resulta indiscutible que la consecuencia prevista para aquellos españoles que hubieran celebrado matrimonio civil en el extranjero sin realizar tal manifestación supone un diferente trato jurídico por motivos religiosos, absolutamente incompatible con la prohibición de discriminación que se deriva de los mencionados arts. 9 y 14 CE. Como señaló el TC en su ya reseñada Sentencia de 13 de mayo de 1982, el art. 16.3 CE, al margen de vedar cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y funciones estatales, impide «que los valores o intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos», algo absolutamente incumplido por una normativa que supeditaba la celebración del matrimonio civil al requisito de no profesar la religión católica.

## VI. CONCLUSIONES

Desde el año 1938 y hasta la reforma integral de nuestro sistema matrimonial introducida a través de la Ley 30/1981, el ordenamiento español ha exigido como requisito previo a la celebración del matrimonio civil por españoles la acreditación de que los contrayentes no profesaban la fe católica. Esta exigencia encontraba su fundamento en el juego combinado del art. 42 Cc y de las diferentes órdenes sucesivamente dictadas para complementarlo. A la hora de considerar cum-

plido este requisito el nivel de exigencia variaba periódicamente. En ocasiones bastaba con la mera declaración de acatolicidad por los contrayentes mientras que en otros casos se exigía una prueba documental de que éstos no profesaban la fe católica.

Nuestra jurisprudencia ha exigido tradicionalmente el cumplimiento de este requisito también para reconocer los matrimonios de españoles concluidos ante autoridades extranjeras, basándose en argumentos como el carácter extraterritorial del art. 42 Cc, la calificación de esta cuestión como de capacidad y, por tanto, sometida a la ley personal o la apelación al orden público. Es más, incluso tras la entrada en vigor de la Ley 30 /1981 ha seguido exigiéndolo en aquellos casos en los que el matrimonio se hubiera celebrado con anterioridad a la promulgación de dicha norma.

Sin embargo, existen poderosos argumentos que impiden mantener esta solución en la actualidad. En primer lugar, razones de legalidad ordinaria como la necesidad de realizar una calificación actual del orden público, la correcta aplicación de la Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup> de la Ley 30/1981 o la necesidad de realizar una calificación de la acreditación de la acatolicidad también de acuerdo a criterios actuales y no a los vigentes en el momento de celebración del matrimonio. Además, junto a los mencionados, el principal argumento se encuentra en la inconstitucionalidad sobrevenida de tal requisito al chocar frontalmente con el art. 16 CE y, más en concreto, con el derecho a no declarar sobre la propia ideología, religión o creencias y con la prohibición de toda discriminación o diferencia de trato en atención a motivos religiosos.

El TC denunció esta circunstancia ya en su Sentencia de 17 de septiembre de 2001 y recientemente también ha mantenido un criterio similar el TS en la Sentencia de 20 de noviembre de 2011 al estimar el recurso presentado contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona en la que, de forma sorprendente, declaró la nulidad de un matrimonio entre españoles celebrado en México en 1940, entre otros argumentos, por no haber realizado la declaración de acatolicidad que exigía el Derecho español en tal fecha. Pese a que la Sentencia del TS de 20 de noviembre de 2011 peca de excesiva parquedad, al menos modifica su criterio sobre esta cuestión y da entrada a los imperativos constitucionales vigentes en esta materia.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ABARCA JUNCO, P. y GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. (1982): *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro I del Código Civil*, 1.ª ed., Madrid, Civitas.
- ABARCA JUNCO, P. y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. (2012): «Vecindad civil de la mujer casada: nuevas reflexiones en torno a la inconstitucionalidad sobrevenida del art. 14.4 Cc y la retroactividad de la Constitución española en relación a los modos de adquisición de su vecindad civil», *Cuadernos de Derecho Transnacional* 3, n.º 2, págs. 194-202 ([www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt)).
- ARROYO MONTERO, R. (1991): *El matrimonio consular*, Madrid, La Ley.
- (1993): Nota a la Resolución de la DGRN de 10 de noviembre de 1992, *REDI*, 45, págs. 482-485.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2010): «Comentario a la Sentencia TS de 14 de septiembre de 2009», *CCJC*, 83, págs. 1093-1122.
- BORRAJO INIESTA, I. (2009): «Comentario al Apartado III de la Disposición Derogatoria de la Constitución», en CASAS BAAMONDE, M.ª E. y RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., *Comentarios a la Constitución Española*, XXX Aniversario, Madrid, La Ley.
- CARAZO LIÉBANA, M.ª J.: «El derecho a la libertad religiosa como derecho fundamental», *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 14, págs. 43-74.
- CIFUENTES DE CASTRO, G. (1981): «Nota a la Sentencia de la Audiencia Territorial de las Islas Baleares de 25 de junio de 1980», *REDI*, 33, págs. 673-674.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. (1975): «El matrimonio en el Derecho civil internacional», en AGUILAR NAVARRO, M. (Dir.), *Derecho civil internacional*, Madrid, SPFDUCM, vol. II de Derecho internacional privado, págs. 243-345.
- (1982) «Comentario a la STS de 18 de diciembre de 1981 y a la Resolución DGRN de 30 de junio de 1981», *REDI*, 34, págs. 514-519.
- HEREDIA CERVANTES, I. (2002): «El art. 9.2 Cc (1974) era inconstitucional (evidentemente)», *Derecho privado y Constitución*, 16, págs. 203-221.
- LÓPEZ CASTILLO, A. (1999): «Acerca del derecho de libertad religiosa», *REDC*, 56, 1999, págs. 75-104.
- MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J. (2000): *Constitución y libertad religiosa en España*, Madrid, Dykinson.
- MILANS DEL BOSCH PORTOLÉS, I. (1984): «Nota a la Resolución de la DGRN de 20 de enero de 1982», *REDI*, 36, págs. 667-670.
- MONTÉS PENADÉS, V. L. (1984): «Comentario a las Disposiciones Transitorias de la Ley 30/1981, de 7 de julio», vol. II, Madrid, Tecnos, págs. 2011-2027.
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. (2002): *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español*, Cizur Menor, Aranzadi, pág. 271.
- PERÉ RALUY, J. (1953): «Concepto de la acatolicidad a efectos de la celebración del matrimonio civil», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 233.
- RAMS ALBELSA, J. (1982): «Disposiciones transitorias», en LACRUZ BERDEJO, J. L. (Ed.), *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al nuevo Título IV de Libro Primero del Código Civil*, 1.ª ed., Madrid, Civitas.
- REQUEJO ISIDRO, M. (2000): «Matrimonios sucesivos y matrimonio putativos en el Derecho internacional privado (a propósito de la STS de 25 de noviembre de 1999)», *Revista Xurídica Galega*, 27, págs. 35-45.

- RIVES GILABERT, J. M.<sup>a</sup> y RIVES SEVA, A. P. (2011): «Evolución histórica del sistema matrimonial español», *Noticias Jurídicas*, octubre (<http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/200111-38551824910132961.html>).
- RODRÍGUEZ PINEAU, E.: «La inconstitucionalidad del art. 9.2 Cc de 1974 (Comentario a la STC 39/2002 de 14 de febrero)», *REDI*, 54, págs. 243-254.