

El matrimonio concordatario en el actual proceso legislativo español*

Mariano López Alarcón

SUMARIO: I. EL SISTEMA MATRIMONIAL. A) Las formas de matrimonio según el artículo 32, 2 de la Constitución; B) Reconocimiento de efectos civiles al matrimonio canónico; C) La eficacia civil de los ritos matrimoniales no católicos; D) El sistema de matrimonio facultativo anticipado por la Dirección General de los Registros y del Notariado. II. LA JURISDICCION ECLESIASTICA SOBRE EL MATRIMONIO. A) El silencio de la Constitución; B) El artículo VI del Acuerdo con la Santa Sede; a) Autonomía de la jurisdicción eclesiástica y relaciones de cooperación; b) *Exequatur* previo para el reconocimiento de efectos civiles a las sentencias canónicas; a') Tribunal civil competente; b') Procedimiento; c') El Tribunal civil ha de declarar que la resolución eclesiástica se ajusta al Derecho del Estado; d') Denegación del *exequatur*.

I. EL SISTEMA MATRIMONIAL

A) Las «formas de matrimonio», según el artículo 32, 2 de la Constitución.

La Constitución remite a una futura ley la regulación de las formas de matrimonio, es decir, el sistema matrimonial que ha de regir en España. Se recupera a tan alto nivel normativo un término que fue usual en nuestras leyes y en nuestra doctrina: formas de matrimonio, refiriéndose al matrimonio canónico y al civil.

* Ponencia expuesta el 16 de Febrero de 1979 en el Seminario de Profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra.

Es sabido que la Base 3.^a de la ley de 11 de mayo de 1888 y el art. 42 del Código civil mantuvieron la subsidiariedad del matrimonio civil respecto del canónico en los conocidos términos: «La ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico que deben contraer todos los que profesen la religión católica; y el civil, que se celebrará del modo que determine este Código». La reforma llevada a cabo por la ley de 24 de abril de 1958 cambió la redacción por esta otra: «La ley reconoce dos clases de matrimonio: el canónico y el civil. El matrimonio habrá de contraerse canónicamente cuando uno al menos de los contrayentes profese la religión católica. Se autoriza el matrimonio civil cuando se pruebe que ninguno de los contrayentes profesa la religión católica».

Ultimamente se ha propugnado la distinción entre formas y clases de matrimonio, conceptos que claramente han sido precisados por varios autores. Pero, yo estoy convencido de que la primera redacción del art. 42 del Código civil, en una época en la que no se alcanzaban los actuales niveles científicos y terminológicos, empleó la palabra *formas* con el alcance que actualmente se atribuye a clases de matrimonio. Se las consideraba como acepciones sinónimas, tal vez porque la forma jurídica solemne concreta y actualiza todos los requisitos legales del negocio jurídico matrimonial, cuidándose la doctrina de aquella época de distinguir más bien la forma y el rito, este último como expresión de las puras formalidades externas de la celebración del matrimonio. Véase, si no, cuán pacíficamente se emplea la palabra *forma*, en su significación de clase, por Sánchez Román, Falcón, Burón, Valverde y por la mayor parte de los civilistas posteriores.

Excepcionalmente sostuvo Mucius Scaevola que hablar de formas vale tanto como «reconocer que en el fondo, es decir, en cuanto a su naturaleza, propiedades y efectos, el canónico y el civil son iguales, y que sólo se diferencian en lo externo, en lo accidental, en el modo de proceder en su celebración, en sus solemnidades, que es lo que expresa y quiere decir la palabra *forma*»¹. Sin embargo, como apunta Fuenmayor, la doctrina se cuidó pronto de llamar la atención sobre el mayor alcance del art. 75 del Código civil y aporta esta cita de Manresa: «Este artículo, con sus declaraciones, encierra y virtualmente reproduce toda la legislación eclesiástica vigente en cuestión de matrimonio. Es, pues, como si a

1. M. SCAEVOLA, *Código civil*, I, Madrid, 1946. p. 297.

este lugar del Código se hubiesen trasladado las disposiciones del Santo Concilio y de la Iglesia Católica»².

Hoy diríamos que en el matrimonio *in fieri* solamente el consentimiento es fondo o sustancia, que es lo naturalmente suficiente para constituir el matrimonio, y es forma la regulación positiva que permite la eficacia del consentimiento. Por eso Hervada ha explicado agudamente que «los sistemas matrimoniales o legislación positiva del matrimonio dentro de un ordenamiento jurídico concreto, se limitan a ser sistemas de formalización de la estructura jurídica del matrimonio y de su celebración»³. Y, comentando Alberto de la Hera el art. 42 reformado del Código civil, escribe: «El indudable acierto de sustituir la palabra formas por clases vuelve a parecer mal razonado. No es la equiparación entre los matrimonios civil y canónico lo que se evita, pues no los equiparaba más ni menos una expresión que otra, que se limitaron a constatar la real existencia jurídica y fáctica de ambos»⁴. No estaría de más recordar el gran predicamento que están alcanzando en la doctrina del negocio jurídico las corrientes que defienden la forma representativa, que se identifica con el mismo negocio en la medida en que el orden de intereses proyectado por el sujeto debe obedecer a la fundamental exigencia de la reconocibilidad social⁵.

El tema es de suma trascendencia porque, como apuntaba al principio, el art. 32, 2 de la Constitución emplea el término formas cuando plantea el sistema matrimonial español y debemos procurar la recta interpretación de este término para que la anunciada ley matrimonial no llegue a contradecir en este punto lo que dispone la Ley fundamental.

A mi juicio, las formas de matrimonio a que se refiere la Constitución son los regímenes jurídicos propios del Ordenamiento civil y de los Ordenamientos religiosos aceptados por la ley estatal o concordada. El argumento lógico descansa sobre la estructura del matrimonio y sobre el alcance de la forma, tal como antes se examinó, reforzado por lo que dispone el art. 149, 8.º de la Constitución que, al deslindar competencias entre el Estado y las Comunidades

2. MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, I, Madrid, 1956, p. 541, en FUENMAYOR, *Comentarios al Código Civil, Compilaciones forales*, dirigidos por Albadalejo, II, Madrid, 1978, p. 217.

3. HERVADA, *Reflexiones en torno al matrimonio a la luz del Derecho natural*, en «Persona y Derecho», 1974, p. 133.

4. DE LA HERA, *Matrimonio canónico y revisión del Concordato*, en «Anuario de Derecho civil», 1975, p. 670.

5. ORMANNI, *Forma*, en «Novissimo Digesto Italiano», p. 565.

autónomas, atribuye al primero con exclusividad la reglamentación de «las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio», relaciones que solamente tienen cabida en el matrimonio *in facto esse*, que nacen del matrimonio *in fieri*, al que el precepto denomina formas del matrimonio.

Se podrá objetar que el art. 32 de la Constitución dispone que es la ley civil la que regulará las formas de matrimonio y que tal ley solamente puede normar el matrimonio civil. Si al término *forma* le atribuimos el amplio sentido que vengo defendiendo, tiene su lógica lo que decía Licinio de la Fuente en el Congreso de los Diputados: «Pretender regular desde la Constitución o autorizar para regular en disposiciones posteriores los matrimonios religiosos considero que sería realmente una intromisión difícilmente calificable». Pero, yo aclararía que el propósito de la Constitución no es regular el matrimonio religioso, sino el sistema matrimonial, que es lo que han venido haciendo las leyes civiles; y es normal que dichas leyes incluyan en el sistema la regulación del matrimonio canónico que habrá de entenderse que se hace bajo la fórmula de reenvío a la correspondiente normativa o institución eclesiástica, la cual es acogida de este modo en el Ordenamiento propio⁶.

Con el mismo argumento puede responderse a la intervención en la misma Cámara del Sr. Herrero Rodríguez de Miñón: «Precisamente —decía— la Constitución habla de *formas de matrimonio* y no de *clases de matrimonio*, porque aunque la ley civil de mañana, como la ley civil de hoy, regule dos formas de matrimonio, en la medida en que se remite a la forma canónica, lo que no puede pretender el legislador civil es, además, regular el fondo del matrimonio, la institución canónica que vinculará a las conciencias de los que canónicamente se encuentren incorporados a la Iglesia o a la confesión en cuestión, lo que estaría implícito en el término *clases*».

Las razones de dicho Diputado apuntan hacia el llamado sistema matrimonial anglosajón o de países protestantes, en el que solamente se acepta por el Estado el matrimonio civil, pero con pluralidad de formas, tanto la civil como las religiosas, reguladas éstas por sus respectivos Ordenamientos, fórmula que ha sido propuesta para España por Peré Raluy y por Peña Bernaldo de Quirós.

6. Este reenvío se hizo al Concilio de Trento por la ley de Bases de 1888 y por el art. 75 del Código civil. La reforma de 1958 se remitió a las disposiciones de la Iglesia católica.

Según el primero, «la modificación del sistema matrimonial español debe realizarse sobre la base de respetar la autonomía individual en cuanto a forma matrimonial, por lo que no es aconsejable un sistema como el continental europeo basado en una forma matrimonial única, la civil, sino uno de tipo más flexible en que existe *una sola clase* de matrimonio, sometida a los requisitos de fondo, de validez, exigidos por la legislación estatal y a la jurisdicción exclusiva secular, pero con la posibilidad de celebrar el matrimonio, bien en forma puramente civil, bien con arreglo a las modalidades de la Iglesia o confesión religiosa respectiva, la que asumiría la responsabilidad de controlar la concurrencia en los contrayentes de los requisitos precisos para la validez del matrimonio y se encargaría de remitir al Registro civil, a efectos de inscripción, una certificación de la inscripción del matrimonio»⁷.

Entiendo que no habría sido correcta, ni respetuosa con la Iglesia, ni con toda otra confesión religiosa, la atribución a los ministros religiosos de estas funciones estatales, ni bajo el régimen de confesionalidad católica que regía en España cuando Peré Raluy escribió las palabras transcritas, ni, mucho menos, bajo el actual régimen de libertad religiosa; ni es de presumir que la Iglesia se prestara de buen grado a integrar su forma matrimonial en una estructura de matrimonio civil que discrepe notablemente o contradiga sustancialmente la del matrimonio canónico.

En términos parecidos se expresa Manuel Peña, en su propuesta de un nuevo sistema matrimonial español. Según él, «1.º No debe admitirse, a efectos civiles, otro matrimonio que el civil, el cual quedará sujeto exclusivamente al ordenamiento del Estado y a la jurisdicción común. 2.º El ordenamiento del Estado admitirá como una de las *formas civiles* de celebración del matrimonio la celebración ante sacerdote o ministro de alguna de las religiones oficialmente establecidas en España». Y a continuación añade: «La reforma, aun siendo en esencia tan radical como la de las leyes de 1870 y 1932, que impusieron el matrimonio civil obligatorio, es mucho más realizable, pues evitará el escollo del incumplimiento masivo por los que se empeñen —como sucedió entonces— en no contraer otro matrimonio que el canónico. Con la idea propuesta, todo matrimonio canónico valdrá, en términos generales, como matrimonio civil»⁸.

7. PERE RALUY, *Panorama del estado civil y del Registro civil desde 1970 hasta 1972*, en «Pretor», 1974, p. 269.

8. PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *Matrimonio, Iglesia, Estado: hacia el gran cambio*, en «Documentación Jurídica», n.º 13, Enero-Marzo, 1977, p. 177.

Sin hacer hincapié en la hábil celada que encierra esta propuesta y que haría creer a los católicos que celebran el matrimonio canónico, cuando realmente contraen el civil, se advierte que el art. 32, 2 de la Constitución no va por ese camino, como lo demuestra: 1.º Que en el Acuerdo firmado con la Santa Sede el 3 de enero de 1979 se reconocen efectos civiles al matrimonio celebrado conforme a las normas del Derecho canónico; 2.º Que es muy significativo que el Senador Azcárate defendiera una enmienda en el sentido de que se dijera «formas de matrimonio civil», que habría sido —de haberse aceptado— la transcripción constitucional de la propuesta de Manuel Peña, pues no habría permitido el reenvío a la legislación matrimonial canónica, como lo permite la definitiva redacción constitucional: «La ley regulará las formas de matrimonio...».

Por ello insisto en que el art. 32 de la Constitución, al emplear la palabra *formas* vuelve a los orígenes, utilizándola en el sentido dominante en el Ordenamiento español durante casi un siglo. Si la ley de 24 de abril de 1958 tecnificó la distinción entre matrimonio canónico y matrimonio civil, la Constitución recupera el término en su interpretación usual.

B) *Reconocimiento de efectos civiles al matrimonio canónico.*

Es una constante histórica de nuestro sistema matrimonial el reconocimiento de efectos civiles al matrimonio canónico. El R. D. de 9 de febrero de 1875, dispuso: «El matrimonio contraído o que se contrajere con arreglo a los Sagrados Cánones, producirá en España todos los efectos civiles que le reconocían las leyes vigentes hasta la promulgación de la ley provisional de 18 de junio de 1870» (art. 1.º). La Base 3.ª de la ley de 1888 insistió en que «el matrimonio canónico producirá todos los efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes...», texto que recogió literalmente el art. 76 del Código civil. El Concordato de 1953 dio entrada en su articulado a dicha norma: «El Estado español reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico», que se trasladó al art. 76 del Código civil por la reforma legislativa de 1958: «El matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico produce desde su celebración plenos efectos civiles».

En esta misma línea se mantiene el Acuerdo con la Santa Sede sobre Asuntos jurídicos, cuyo art. VI, 1 dice: «El Estado reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del

Derecho canónico. Los efectos civiles del matrimonio canónico se producen desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria la inscripción en el Registro civil, que se practicará con la simple presentación de certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio». El Protocolo final del Acuerdo, en relación con este artículo, regula el procedimiento para el acceso del matrimonio canónico al Registro civil.

Paso por alto la supresión del requisito de aviso al Encargado del Registro civil y presencia de éste o de su delegado en el acto de celebración, lo que produce una importante alteración en las formalidades civiles del matrimonio canónico y plantea nuevas cuestiones jurídicas. Lo que interesa resaltar es que el Estado español y la Santa Sede acuerdan lisa y llanamente que el matrimonio canónico sigue concurriendo con el civil en el sistema matrimonial, en virtud de esta amplia remisión al Ordenamiento canónico, que, por la identidad de textos, seguirá teniendo el mismo alcance que se atribuyó al art. XXIII del Concordato de 1953 y art. 76 del Código civil. Y si la legislación civil añadiera algún impedimento dirimente que condicionara la inscripción en el Registro civil del matrimonio canónico, no se produciría alteración sustancial del sistema matrimonial⁹.

De modo, que la construcción progresiva de nuestro sistema matrimonial tendrá que contar, por ahora, con dos formas o clases de matrimonios definidas por textos de superior rango: el matrimonio canónico y el matrimonio civil. El primero, por reenvío concordado al Derecho canónico en lo relativo al régimen matrimonial de la Iglesia; y el segundo porque el Ordenamiento español regula el matrimonio civil y seguirá manteniéndolo sin extremas variaciones en los términos vigentes.

La inserción de otros matrimonios religiosos en el sistema español bajo la fórmula constitucional de «formas de matrimonio» plantea otro problema, que se examina a continuación.

C) *La eficacia civil de los ritos matrimoniales no católicos.*

Hemos de preguntarnos, para comenzar, qué consideración jurídica va a recibir en el Ordenamiento español el matrimonio que

9. Las reformas introducidas recientemente en el Código civil portugués disponen que no se autorizará la celebración del matrimonio canónico si existe algún impedimento, comprobado en el proceso preliminar seguido en la res-

se celebre en religiones no católicas conforme a sus propias normas. Hasta ahora no gozan de relevancia alguna, limitándose a indicar el art. 6 de la ley de Libertad religiosa de 28 de junio de 1967 que «conforme a lo dispuesto en el artículo 42 del Código civil, se autorizará el matrimonio civil cuando ninguno de los contrayentes profese la religión católica, sin perjuicio de los ritos o ceremonias propios de las distintas confesiones no católicas que podrán celebrarse antes o después del matrimonio civil en cuanto no atentasen a la moral o a las buenas costumbres»¹⁰.

Un Borrador de Ley de Bases de Libertad religiosa, aprobado en la reunión celebrada el 26 de junio de 1978 por el Director General de Asuntos Eclesiásticos con los representantes de las confesiones religiosas, propone para estos cultos el régimen de matrimonio civil con pluralidad de ritos religiosos, como se deduce de la Base 1.^a, que otorga el derecho a «celebrar los ritos matrimoniales de la confesión religiosa a que pertenezcan, sin perjuicio de los efectos legales que se determinen conforme a la legislación vigente». La particularidad del texto consiste en que, previo entendimiento con las confesiones religiosas interesadas, se restringe al elemento ritual la participación religiosa en el matrimonio civil y se elude el empleo de la palabra forma, con lo que viene a reconocerse implícitamente que es un componente distinto del rito, de amplio y profundo contenido jurídico y muy comprometedor para confesiones religiosas que carecen de una suficiente regulación jurídica del matrimonio.

El texto comentado, que se redactó cuando se conocía el anteproyecto de Constitución con la fórmula matrimonial que ha permanecido a lo largo de los debates parlamentarios, no alude a formas matrimoniales de cultos acatólicos, sino que las confesiones

pectiva oficina del Registro civil (arts. 1596 y sgts.); pero, se admite electivamente el matrimonio canónico (art. 1587). (Cfr. FERNANDES RODRIGUES BASTOS, *Código civil português, anotado e actualizado*, Coimbra, 1979, pp. 487 y ss.).

10. El Prof. Batlle Vázquez, como primer firmante de una enmienda al proyecto de ley de Libertad religiosa propuso la siguiente redacción: «1. No se obstaculizará la celebración del matrimonio, cualesquiera que sean las creencias religiosas de los contrayentes, siempre que sus ceremonias guarden el debido respeto a las exigencias de la moral y de las buenas costumbres... 4. Se autoriza la celebración del matrimonio civil cuando se prueba que ninguno de los contrayentes profesa la religión católica». Cfr. LÓPEZ ALARCÓN, *Iglesia, Estado y matrimonio: actuales tendencias sobre atribuciones jurisdiccionales*, en «Anales de la Universidad de Murcia-Derecho», XXVI (Curso 1967-68), p. 77; Enrique RUBIO, *El matrimonio en forma religiosa no católica*, en «Ius Canonicum», XIV, n.º 27, 1974, pp. 155 y ss.

religiosas consultadas se limitan a aceptar que se les reconozca simplemente su respectivo rito matrimonial a efectos civiles, conscientes del amplio alcance que tiene el término *formas* y que la organización de la mayoría de dichas confesiones no responde a las exigencias jurídicas de la forma matrimonial.

La objeción salta inmediatamente. ¿Será anticonstitucional en su día el precepto transcrito de la proyectada ley de Libertad religiosa? Mi opinión es que no habría tal anticonstitucionalidad, pues es doctrina común entre constitucionalistas y eclesiasticistas que son lícitas las modificaciones en la aplicación de un texto constitucional cuando las consienten otras normas constitucionales o cuando son exigidas por la naturaleza misma de las cosas en términos tales que se haría imposible la aplicación de aquel texto por oponerse obstáculos de orden natural y biológico, o bien de tipo moral tal como resulta de la conciencia social dominante en la comunidad nacional¹¹.

A la vista de estas razones cabe que se admitan a efectos civiles en el Ordenamiento español los ritos matrimoniales acatólicos junto a las formas matrimoniales canónica y civil, aunque ello signifique una aplicación correctiva del art. 32, 2 de la Constitución, pues concurre con este precepto el art. 16, 3 de la misma Norma fundamental, que obliga a los poderes públicos a tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española, es decir, a adecuarse en su actuación normativa a las características internas de las diversas confesiones, unas que podrán ofrecer una regulación satisfactoria del matrimonio, como la Iglesia católica, y otras que solamente estarían dispuestas a ofrecer sus prácticas rituales, dentro de los cauces de cooperación que establece el mismo artículo 16, 3 de la Constitución.

Estamos asistiendo, por consiguiente, a una formación progresiva del sistema matrimonial español que, sobre el soporte constitucional, se va a ir integrando con normas de diversa procedencia, principalmente el Acuerdo con la Santa Sede, la ley matrimonial reservada por la Constitución y la ley de Libertad religiosa ya preparada para su remisión a las Cortes. Lo legislado y lo proyectado apunta hacia un sistema parecido al actual italiano, con superposición facultativa de matrimonio canónico con efectos civiles, matrimonio civil con su propia forma y matrimonio civil con formas religiosas acatólicas. En cierto modo esta superposición ya está vi-

11. LARICCIA, *Lezioni di Diritto Ecclesiastico*, I, Principi costituzionali, Padova, 1974, p. 43.

gente por el juego de las normas del Derecho internacional, según las cuales son eficaces en España los matrimonios de españoles celebrados en el extranjero en forma religiosa, pero que son matrimonios civiles, pues, como señala la Resolución de la Dirección General de los Registros de 25 de noviembre de 1978, «independientemente de las normas especiales que regulan la inscripción del matrimonio canónico, todo supuesto de forma religiosa del matrimonio, admitida con arreglo a la *lex loci* extranjera, ha de estimarse incluido en el texto literal del artículo 73 de la ley del Registro civil, el cual no se circunscribe a las formas civiles extranjeras, sino que comprende cualquier caso en que el matrimonio se haya contraído en el extranjero con arreglo a las formas de aquel país».

D) *El sistema de matrimonio facultativo anticipado por la Dirección General de los Registros y del Notariado.*

El régimen de matrimonio civil subsidiario del canónico, que ha venido observándose en España desde el año 1875 con diversas matizaciones y hasta derogaciones temporales, ha sido indirectamente afectado por la Constitución y, en razón a ello, la Dirección General de los Registros se ha apresurado a ilustrar a los Jueces y Cónsules, Encargados de los Registros civiles, mediante la Instrucción de 26 de Diciembre de 1978, la cual advierte que «a partir de la entrada en vigor de la Constitución, han de entenderse modificados en el sentido indicado los artículos 42 y 86 del Código civil, lo mismo que los preceptos concordantes que los desarrollan del Reglamento del Registro civil y que, por lo tanto, los Jueces y Cónsules, Encargados de los Registros civiles, deben autorizar los matrimonios civiles de las personas que lo deseen sin indagación ni declaración alguna sobre las ideas religiosas de los contrayentes».

Argumenta el Centro Directivo Registral que la aprobación de la Constitución ha supuesto una importante innovación en el régimen hasta ahora vigente sobre celebración del matrimonio civil, por las siguientes razones:

1.^a El Art. 32, 1 de la Constitución declara que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

2.^a El Art. 16, 2 dispone que nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

3.^a Estas normas han de ser interpretadas de acuerdo con los

principios constitucionales de no confesionalidad del Estado (art. 16, 3) y de no discriminación por razón de religión (art. 14).

4.^a Que dichas normas constitucionales tienen vigencia inmediata (art. 53 y disposiciones derogatoria y final).

En atención a estos argumentos, concluye la Dirección General de los Registros instruyendo que «todos pueden acudir a la celebración del matrimonio civil con plena libertad de elección y sin necesidad de hacer declaración alguna sobre su religión, respecto de la cual el Juez o Cónsul no pueden preguntar».

Hasta ahora el Ministro de Justicia, unas veces, y el Consejo de Ministros, las menos, se habían limitado a interpretar el art. 42 del Código civil para explicar el alcance de la no profesión de la religión católica y los medios probatorios de esta circunstancia. La última manifestación de este proceder fue el Decreto de 1 de diciembre de 1977, que dio nueva redacción al art. 245 del Reglamento del Registro civil en estos términos: «La prueba de que no se profesa la religión católica se efectuará mediante declaración del interesado ante el Encargado», texto que vino a situar la cuestión en los mismos términos que la Orden Ministerial de 29 de diciembre de 1900.

Pero, la Instrucción comentada lo que hace es declarar que la Constitución ha modificado el contenido de los arts. 42 y 86 del Código civil; y no ha esperado a que la ley anunciada por el art. 32, 2 de la Constitución establezca el sistema matrimonial, sino que, anticipándose a aquella, advierte que ha de observarse el régimen facultativo canónico-civil, es decir, con posibilidad incondicionada de elegir entre estas dos formas de matrimonio. Opino que esta medida de urgencia es correcta y oportuna, porque la norma constitucional es de aplicación inmediata, una vez en vigor, en aquellas materias que están suficientemente desarrolladas y, del mismo modo, habrá que tener por corregidas las normas de todo rango afectadas por la Constitución para adaptarlas a sus principios y a su espíritu. El Centro Directivo podía haber esperado a que se le hubiera sometido la cuestión por vía de consulta o de recurso; pero, ha de reconocerse que la urgencia de la situación creada aconsejaba proceder de oficio, dentro de las facultades que a la Dirección General confieren los art. 41 y 42 del Reglamento del Registro civil, para aleccionar a los Encargados y mantener sus actuaciones dentro del ámbito de la Constitución y evitar actuaciones contrarias a la misma, como podrían ser las infracciones contra las declaraciones de no oficialidad religiosa del Estado, libertad religiosa y reserva de la intimidad religiosa. Es cierto que por dicha Instrucción resulta inno-

vado el sistema matrimonial, que pasa de la subsidiariedad a la electividad; pero, en el fondo, lo que hace la Dirección General es simplemente advertir que con la Constitución se instaura un nuevo sistema matrimonial. No hay, por lo tanto, violación de la reserva de ley que hace el art. 32, 2 de la Constitución¹².

Por otro lado, la Instrucción ha sido cauta y no ha ido más allá de la liberalización facultativa de las dos formas de matrimonio admitidas por el art. 42 del Código civil. No ha entrado a analizar el sentido de la expresión *formas de matrimonio* que emplea el art. 32, 2 de la Constitución. Sin embargo, hay que oponer reparos a la alegación del art. 32, 1 como fundamento legal de la Instrucción que estimo inaplicable al caso, pues la declaración de que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica» no se refiere a la igualdad de régimen jurídico de todos los matrimonios, civil y religiosos, en su estructura *in fieri*, sino que claramente está refiriéndose a la igualdad jurídica de los cónyuges en todos y cada uno de los matrimonios *in facto esse*. Un autor muy familiarizado con los debates parlamentarios generadores de la Constitución alaba, al comentar este artículo 32, que se haya incluido el párrafo 1, pues —escribe— «en el matrimonio tanto el hombre como la mujer se encuentra en una situación de plena igualdad de derechos y de deberes, que es una afirmación hoy frecuente en las Constituciones de nuestro tiempo y en todo concordante con lo afirmado sobre la igualdad de los sexos en el art. 14 de la Constitución»¹³.

II. LA JURISDICCIÓN ECLESIAÍSTICA SOBRE EL MATRIMONIO

A) *El silencio de la Constitución.*

«El principio de unidad jurisdiccional —dispone el art. 117, 5 de la Constitución— es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos del estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución». Un

12. La Orden del Ministro Romanones de 27 de Agosto de 1906 no necesitó de un texto constitucional para establecer el matrimonio facultativo, pues se hizo por vía de interpretación aplicativa del art. 42 del Código civil. La Instrucción se basa en la modificación constitucional de dicho artículo.

13. ALZAGA, *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1978, p. 286.

examen superficial de este texto podría llevar a la errónea conclusión de que se suprime toda posibilidad de presencia de la jurisdicción eclesiástica en el Ordenamiento civil español, al no mencionársela entre las que complementan la jurisdicción ordinaria, juntamente con la militar; y parece que ello podría corroborarse comparando el artículo transcrito con el art. 32-II de la derogada Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967, que, al lado de la jurisdicción militar, incluía la jurisdicción eclesiástica en el ámbito «que establezca el Concordato con la Santa Sede». Sin embargo, quien razonara de este modo invierte los términos del silogismo, porque no es la jurisdicción la que determina el régimen sustantivo de las instituciones, sino a la inversa, de modo que, ciñéndonos al ejemplo del matrimonio, cuando se establece un sistema facultativo el silencio sobre la jurisdicción eclesiástica no impide su ejercicio en las causas matrimoniales, porque es equiparable a la jurisdicción reservada a otros Estados y Organismos, la cual no atenta contra la unidad jurisdiccional del Estado, ni contra su soberanía, razón por la cual los textos constitucionales no acostumbra a reservarla al regular la unidad jurisdiccional. Basta citar el antecedente de nuestra Constitución de 1876, cuyo art. 75 dispuso que «en ellos (en los Códigos) no se establecerá más que un solo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales», lo que no obstaculizó que el Decreto-Ley de Unificación de Fueros de 1867 continuara rigiendo con el amplio ámbito de atribuciones que otorgó a la jurisdicción eclesiástica. Y el Acuerdo sobre asuntos jurídicos confirma lo que acabamos de decir, al respetar la jurisdicción eclesiástica (art. I) y reconocer efectos civiles a resoluciones canónicas de nulidad y dispensa de rato (art. VI) ¹⁴.

B) *El artículo VI del Acuerdo con la Santa Sede.*

a) *Autonomía de la jurisdicción eclesiástica y relaciones de cooperación.*

Lo normal en un régimen de separación entre la Iglesia y el Estado es que la jurisdicción de una y otro se mantengan dentro de sus respectivos ámbitos de autonomía, de modo que los actos juris-

14. Cfr. LÓPEZ ALARCÓN, *Repercusiones de la Constitución española sobre la jurisdicción eclesiástica*, Ponencia expuesta en la XVI Semana Española de Derecho Canónico (De próxima publicación).

diccionales sean recíprocamente irrelevantes. Si hay relaciones de cooperación entre ambas sociedades acostumbra el Estado a hacer concesiones jurisdiccionales de diversa significación y contenido, atendiendo a los siguientes modelos:

1) Reconocimiento de la organización y del poder judicial eclesiástico.

2) Reconocimiento de efectos civiles a todas las decisiones de los órganos eclesiásticos, incluso prestando el auxilio del brazo secular.

3) Limitación de estos efectos civiles a las resoluciones eclesiásticas sobre determinadas materias, generalmente de naturaleza matrimonial.

4) Por último, la concesión de efectos civiles se otorga, bien *ope legis* cumplidos ciertos requisitos, bien mediante intervención controladora de algún órgano estatal, que suele ser la autoridad judicial.

El Concordato de 1953 reconoció la jurisdicción eclesiástica en asuntos matrimoniales y eficacia civil a todas las decisiones canónicas, con auxilio del brazo secular, sin control estatal¹⁵. El Acuerdo sobre asuntos jurídicos respeta la autonomía de la jurisdicción eclesiástica, pero no la reconoce civilmente y limita la eficacia civil a las sentencias de nulidad y a los rescriptos sobre dispensa del matrimonio rato y no consumado, previo control mediante juicio de *exequatur*.

La autonomía de la jurisdicción eclesiástica se establece en el art. I, apartado 1, de dicho Acuerdo: «El Estado español reconoce y garantiza a la Iglesia católica el libre y público ejercicio de las actividades que le son propias y en especial las de culto, jurisdicción y magisterio». Este artículo proclama la *libertas Ecclesiae* y en lo relativo a la jurisdicción reconoce la originaria y autónoma soberanía e independencia de la Iglesia, sin hacer ninguna concesión a la relevancia de esa jurisdicción en el Ordenamiento civil, en acatamiento al principio separatista y al de libertad religiosa.

Las relaciones de cooperación jurisdiccional entre la Iglesia y el Estado se contienen en el art. VI, pfo. 2, del Acuerdo, en el que se conviene: «Los contrayentes a tenor de las disposiciones del Derecho

15. Cfr. LÓPEZ ALARCÓN, *La disolución del matrimonio en Derecho canónico y sus efectos civiles*, en «Anales de la Universidad de Murcia-Derecho», XXI (Curso 1962-63), pp. 177 y ss.

canónico, podrán acudir a los tribunales eclesiásticos solicitando declaración de nulidad o pedir decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado». Este párrafo no añade nada nuevo a lo que dispone el art. I del mismo Acuerdo, o sea, que se respeta la jurisdicción eclesiástica en las causas concretas de nulidad y dispensa de rato. Por lo tanto, no hay en dicho texto reconocimiento de la jurisdicción eclesiástica en las dos materias que relaciona, pues ello habría requerido una declaración expresa y autorización mediante ley orgánica conforme al art. 93 de la Constitución. El mencionado párrafo solamente tiene valor preparatorio de lo que viene después: «A solicitud de cualquiera de las partes, dichas resoluciones eclesiásticas tendrán eficacia civil si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el tribunal civil competente». Es decir, que solamente gozan de reconocimiento civil las tan repetidas resoluciones canónicas de nulidad y de dispensa del matrimonio rato y no consumado; por el contrario, no tendrán eficacia civil las resoluciones sobre separación de los cónyuges, ni las relativas al privilegio paulino, tal como establecía el art. XXIV del Concordato. Este privilegio —y por extensión el petrino— podría dar lugar a colisión entre matrimonio civil de no bautizados y matrimonio canónico posterior de bautizados, siendo común el cónyuge bautizado. El *privilegium fidei* resuelve el conflicto en favor del segundo matrimonio; pero, como el Estado laico no establece otra preferencia que la prioridad en el tiempo, de ahí que el Acuerdo desconozca el privilegio paulino en acatamiento a la nueva actitud aconfesional del Estado español.

En cuanto a las causas de separación de los cónyuges unidos por matrimonio canónico, nada se estipula sobre el particular y, por consiguiente, los Tribunales eclesiásticos podrán conocer de dichas causas, pero sin que las resoluciones que recaigan gocen de efectos civiles. Solamente se hace una excepción por la disposición transitoria 2.^a de dicho Acuerdo, según la cual, «las causas que estén pendientes ante los tribunales eclesiásticos al entrar en vigor el presente Acuerdo seguirán tramitándose ante ellos y las sentencias tendrán efectos civiles a tenor de lo dispuesto en el art. XXIV del Concordato de 1953». Por consiguiente, las causas de separación que se incoen ante autoridades eclesiásticas a partir de la vigencia del Acuerdo carecerán de efectos civiles en cuanto a las resoluciones que recaigan en las mismas, por lo que las partes que pretendan la separación conyugal con dichas efectos no tendrán más remedio que acudir ante la jurisdicción civil. Es lógico que el Acuerdo no haya reproducido la fórmula del Concordato italiano que atribuía la competencia de los Tribunales civiles al consentimiento de la Santa

Sede, pues los negociadores del Concordato han tenido muy en cuenta desterrar toda manifestación de privilegio y, por otra parte, no serían ajenos a la posible introducción en España del divorcio, entre cuyas causas podría figurar el estado de separación judicialmente declarado durante el tiempo previsto por la ley. Alejar a los Tribunales eclesiásticos de los procesos de separación era obligado para evitar toda participación de aquellos, aunque fuere indirecta y no querida, en el divorcio vincular.

b) *Exequatur previo para el reconocimiento de efectos civiles.*

El art. VI, pfo. 2, del Acuerdo ha establecido un riguroso sistema de control de las resoluciones canónicas para que pasen a producir efectos civiles. El texto es el siguiente: «A solicitud de cualquiera de las partes, dichas resoluciones tendrán eficacia en el orden civil si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el tribunal civil competente».

Aunque es de esperar que esta cláusula se desarrolle legislativamente o por vía de interpretación acordada, adelanto un comentario sobre los más importantes problemas que suscita: el tribunal civil competente, el procedimiento, el alcance del *exequatur* y su denegación.

a') *Tribunal civil competente.* Sobre este punto, no voy a insistir en lo que tan exhaustivamente ha tratado el Prof. De Diego-Lora en relación con el art. XXIV del Concordato y los correlativos artículos del Código civil¹⁶. Hay que descartar que se atribuya esta competencia al Tribunal Supremo, conforme establece el art. 955 de la Ley de Enjuiciamiento civil para la ejecución de sentencias extranjeras, que sobrecargaría de excesivo trabajo a dicho Tribunal y distrayéndole en el ejercicio de su alta misión doctrinal. Lo congruente sería asignarla al Tribunal civil de análoga competencia territorial y material que el eclesiástico y que podrían ser las Audiencias territoriales o el Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades autónomas a que se refiere el art. 152 de la Constitución. El Tribunal del *exequatur* dictaría la resolución oportuna declarando si se ajusta o no la sentencia canónica al Derecho español y, en su caso, encomendaría la ejecución al Juzgado de Primera Instancia correspondiente al lugar en donde esté inscrito el matrimonio.

16. DE DIEGO-LORA, *Ambito de las jurisdicciones eclesiástica y civil en el Concordato de 1953*, en «Estudios de Derecho Procesal Canónico», I, Pamplona, 1973, pp. 217 y ss.

b') En cuanto al *procedimiento*, bastaría cumplir con los trámites establecidos por el art. 955 de la ley de Enjuiciamiento civil: audiencia al Fiscal y a la parte contra la que se dirija la petición de reconocimiento de efectos civiles, es decir, la que no hubiera pedido dicho reconocimiento. Tratándose de homologar solamente *in iure* la resolución canónica, no se admitirán pruebas ni conclusiones, sin perjuicio de que el tribunal civil pueda solicitar la unión a los autos de testimonios bastantes de la causa canónica. La oposición de parte no hace derivar el juicio de homologación a un declarativo, debiendo limitarse el Tribunal a dictar el auto correspondiente.

Del art. VI, ap. 2 del Acuerdo no se deduce que el juez civil tenga facultades para calificar la capacidad de las partes, ni la legitimación, ni que la nulidad hubiera sido acusada, bien directamente por uno de los cónyuges o por ambos, bien por el Ministerio fiscal previa denuncia, conforme autoriza el can. 1971 y los arts. 35 y sucesivos de la Instrucción *Provida*, de 15 de agosto de 1936. Sin embargo, parece que se excluye, a efectos de reconocimiento de efectos civiles, las causas de nulidad incoadas de oficio por el Ministerio fiscal, pues la expresada cláusula del Acuerdo limita a «los contrayentes» la facultad de acudir a los tribunales eclesiásticos para solicitar la declaración de nulidad o pedir decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado, limitación de la habilidad para acusar que no deja de causar extrañeza por cuanto el art. 102 del Código civil establece que «la acción para pedir la nulidad del matrimonio corresponde a los cónyuges, al Ministerio fiscal y a cualesquiera personas que tengan interés en ella».

c') *El Tribunal civil ha de declarar que la resolución eclesiástica se ajusta al Derecho del Estado.* Una interpretación literal del art. VI, pfo. 2, del Acuerdo llevaría al Juez civil a denegar eficacia civil a toda sentencia canónica de nulidad de matrimonio y a todo rescripto de dispensa del matrimonio rato y no consumado que no se atuvieran al Derecho positivo español, tanto *in iudicando* como *in procedendo*, pues el juez habría de examinar la *adaequatio iuris* sustantiva y procesal mediante la confrontación de las causas canónicas de nulidad aceptadas por el juez eclesiástico como motivadoras de su fallo con las congruentes causas de nulidad reguladas por el Código civil, comprobando que coinciden en su contenido e interpretación. Del mismo modo, tendría que examinar si la noción de inconsumación es coincidente en ambos Derechos y si el juez del *exequatur* habrá de tener presente algún plazo de espera mínimo para poder solicitarse la disolución del matrimonio en este caso, como parece que se dice en un borrador de Ley de divorcio elabo-

rado por la Comisión de Codificación. Por último, habrá de examinar la autoridad civil si el proceso canónico se ajusta, al menos en sus presupuestos y trámites fundamentales, a las normas procesales del Estado.

Esta interpretación acarrearía la negación de efectos civiles a un número muy elevado de sentencias de nulidad canónica, significaría someter el proceso y la resolución de una cuestión litigiosa a dos Ordenamientos concurrentes y, por último, los tribunales eclesiásticos serían objeto de una sutil coacción al verse presionados a ajustarse, sin mencionarlas, a las normas civiles correlativas, materiales y procesales, preocupados por no defraudar a la parte que está igualmente interesada en obtener una sentencia favorable y en la producción de efectos civiles.

A mi juicio resulta incoherente y absurdo que, por un lado, se reconozcan efectos civiles al matrimonio canónico y, por otro, se pongan trabas insalvables a la ejecutividad de las sentencias canónicas de nulidad. El régimen jurídico del matrimonio canónico, recibido por el Estado en cuanto a su eficacia civil, tiene un alcance que trasciende a la mera celebración, pues comprende su estructura jurídica plena tal como la regula la legislación canónica, incluidos los impedimentos, defectos y vicios que pudieran obstar a la válida constitución del vínculo. Si el Estado otorga efectos civiles a los matrimonios canónicos válidamente constituidos, igualmente debe negarlos a los matrimonios que no llegaron a nacer, que no se constituyeron válidamente. La cuestión de la operatividad de los efectos civiles hay que llevarla al momento mismo constitutivo del matrimonio, en su doble vertiente de matrimonio válido o nulo, el primero que los produce y el segundo que carecerá de ellos. Por lo tanto, no puede separarse la normalidad del matrimonio de su patología y el ordenamiento jurídico de la normalidad es el que ha de regir las situaciones anómalas. El principio de libertad religiosa, reconocido por el art. 16 de la Constitución, confirma la exclusividad jurisdiccional que vengo defendiendo, pues, aceptada por el Estado la eficacia civil del matrimonio canónico, atentaría contra la libertad de la Iglesia y contra la libertad de conciencia someter a un sucesivo y riguroso juicio civil las sentencias canónicas de nulidad mediante un instrumento regalista más refinado que los empleados en la época dorada del absolutismo¹⁷.

17. La doctrina italiana se plantea las mismas cuestiones con motivo de la revisión del Concordato de aquel país: «Si al ciudadano se le reconoce la libertad de elección del régimen matrimonial, como ejercicio concreto de sus

Pero, sobre todo, ha de tenerse en cuenta, como escribe Martínez de Carvajal, que la interpretación de los Concordatos, dada su naturaleza bilateral, ha de realizarse conforme a los mismos principios generales aplicables a cualquier tratado o convenio: debe hacerse de buena fe; las palabras y los términos empleados en el documento deben interpretarse en su sentido usual buscando, en última instancia, la voluntad e intención de los contratantes; para la interpretación de cada una de las cláusulas hay que tener en cuenta la totalidad del documento y los lugares paralelos, así como las circunstancias concretas que dieron ocasión al tratado y el espíritu que animaba a las partes. En una palabra, se trata de describir cuál fue la verdadera y común voluntad de las partes contratantes¹⁸. Y Wagnon destaca como criterio interpretativo la buena fe y que pueda tener efecto la cláusula oscura, es decir, alcanzar el fin que las partes se propusieron al concluir la convención. En todo caso ha de prevalecer la voluntad de las partes y si el texto es oscuro o impreciso es necesario para descubrir el sentido analizarlo en su contexto y, si el caso lo requiere, tener en cuenta toda la economía de la convención, porque hay que presumir —concluye— que las partes han querido lo que cuadra mejor con el fin del acuerdo¹⁹. Por último, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 22 de mayo de 1969, tiene en cuenta para interpretarlos la buena fe, la intención de las partes, el sentido usual de las palabras y rechaza toda interpretación que conduzca a un resultado absurdo e irrazonable (arts. 31 y 32).

En el ánimo de las partes comprometidas por el Acuerdo estaría, sin duda, introducir cierto control en la concesión de eficacia civil a las resoluciones canónicas sobre nulidad del matrimonio y dispensa del matrimonio rato y no consumado; pero, en modo alguno cabe pensar que se hubiera pretendido llevar ese control

opciones y, en definitiva, de su libertad de conciencia, corolario indefectible de este postulado es que estas elecciones deben ser garantizadas concretamente... La acción del matrimonio canónico es de por sí elección, no solamente de una forma de celebración, sino de un régimen jurídico... Cualquiera que sea el expediente con el que se pretenda insertar entre las funciones de la Corte de Apelación la comprobación del mérito de la sentencia canónica, se terminaría por correr el riesgo de comprometer la libertad de conciencia» (TROCCOLI, «*I principi supremi del Ordinamento costituzionale italiano e l'efficacia civile delle sentenze di nullità del matrimonio canonico nel progetto di riforma del Concordato*», en «*Il Diritto Ecclesiastico*», 1977, I, pp. 560 y ss.

18. MARTÍNEZ DE CARVAJAL, *Los Concordatos en la actualidad*, en «Derecho Canónico», por Catedráticos de Derecho Canónico, Pamplona, 1975, p. 734.

19. WAGNON, *Concordats et droit international*, Gembloux, 1935, pp. 258-259.

a extremos de inoperancia como los que produciría la interpretación literal que vengo examinando, ni mucho menos que se hubiera deseado introducir una revisión del proceso canónico por el Juez civil cuando dos años antes el Acuerdo de 28 de julio de 1976 había dispuesto tajantemente en su art. II, ap. 4: «Contra las sentencias de estos Tribunales (los canónicos) no procederá recurso alguno ante las Autoridades civiles», es decir, se prohibió la *apellatio ab abusu*, cláusula que sigue vigente pues la parcialidad o especificidad de cada uno de los cinco Acuerdos hay que entenderla dentro de una agrupación orgánica constitutiva de un sistema concordado entre la Iglesia y el Estado español.

Por lo tanto, para que el precepto comentado pueda ser eficaz y para evitar el absurdo es necesario conducir la interpretación por los caminos de la *rationabilitas*. Podrían apuntarse alguna de estas orientaciones: O que el juez civil ha de limitarse a calificar si la autoridad eclesiástica obró dentro de los límites de su competencia en materia canónica; o que ha de concretarse a revisar si las medidas ejecutivas adoptadas en la sentencia canónica se ajustan al Derecho español. Pero, a mi modo de ver, esta interpretación se queda a las puertas del problema al atender aspectos superficiales y muy concretos. Lo que pretende la nueva versión concordataria es un control en profundidad que pone al alcance del juez civil la valoración de las sentencias canónicas con los criterios del Derecho español o, en otros términos, su adecuación a los principios del Ordenamiento estatal o, si se prefiere, al orden público nacional.

Tal vez arroje alguna luz poner en relación la fórmula adoptada por el Acuerdo español con la que propone el borrador Gonnella-Casaroli para la revisión del Concordato italiano y que se expresa en estos términos: «La Santa Sede toma nota de que el Estado italiano, a fin de que las resoluciones y sentencias a que se refiere el párrafo precedente sean hechas ejecutivas a efectos civiles, exige que la Corte de Apelación convoque antes a las dos partes y declare, por lo que concierne a las sentencias de nulidad, que no están en contradicción con los principios supremos del Ordenamiento constitucional italiano»²⁰. En el debate parlamentario que tubo lugar durante los meses de noviembre y diciembre de 1976 se puso de manifiesto la dificultad de precisar el significado de «los principios supremos del Ordenamiento constitucio-

20. El proyecto y la discusión parlamentaria a que se hace referencia en el texto puede verse en «Il Diritto Ecclesiastico», 1977, I, pp. 472 y ss. II, pp. 1 y ss.

nal». El diputado Pratesi afirmó: «Me parece que el sistema de control propuesto para que intervenga la Corte de Apelación, o está destinado a funcionar malamente, o no tiene sentido alguno. Si funcionase realmente, tengo la impresión de que se abrirá un contencioso continuo entre el Ordenamiento jurídico italiano y la Sagrada Rota». Tal vez previendo esta litigiosidad y tratando de evitarla propuso el Prof. Fedele en el seno de la Comisión Gonella que procediera la «declaración de eficacia de las sentencias canónicas solamente cuando la nulidad del matrimonio sea declarada por una causa admitida también por el Código civil»²¹. Por el contrario, la Prof.^a Fumagalli opina que el contraste con los principios supremos del Ordenamiento constitucional no existirá jamás con referencia a los *capita nullitatis*, es decir, a las normas sustanciales con las cuales regula el matrimonio el Código de Derecho Canónico. Tal contraste —añade— solamente podrá darse a propósito de normas procesales canónicas, cuya aplicación choque contra aquellos principios del Ordenamiento constitucional italiano que se refieren a la jurisdicción y siempre que se trate de normas que den vida a situaciones excepcionales para el mismo Ordenamiento canónico²². Y Ferraboschi fustiga la fórmula alegando que «los principios supremos pueden ser una cómoda excusa para actuar, en situación de poder, lo que mejor agrade, haciendo pasar por ideas generalmente acogidas opiniones de pocos o de alguna minoría»²³.

El Presidente del Gobierno, Andreotti, ilustró el Proyecto de revisión con una notable intervención en el Congreso de Diputados, a la que corresponde estas palabras claras y contundentes: «Al juez italiano se atribuye, no ya una actividad registradora, sino de verificación particular sobre el fondo y sobre el procedimiento... Es justo que, donde en el *Codex Iuris Canonici* se introdujeron normas no garantizadas de los derechos de la defensa y de otras rigurosas salvaguardias procesales, también el reconocimiento italiano sea reconsiderado. Aquí creo que debe aplicarse con exactitud la cláusula *rebus sic stantibus*». La explicación de Andreotti constituyó una crítica rigurosa de los criterios extravagantes que se están introduciendo en algunos tribunales canóni-

21. Cfr. SPADOLINI, *La questione del Concordato*, Firenze, 1976, p. 378.

22. FUMAGALLI, *Sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale e limiti alla loro efficacia civile (a proposito dell'art. 8 bozza Andreotti)*, en «Il Diritto Ecclesiastico», 1977, I, p. 249.

23. FERRABOSCHI, *Giurisprudenza ecclesiastica, principi supremi e ordine pubblico*, en «Il Diritto Ecclesiastico», 1977, I p. 224.

cos en materia de nulidad, tanto en el aspecto sustantivo, como en el procesal, y que paradójicamente suscitan el recelo y la preocupación del Jefe del Gobierno de un país divorcista que advierte sobre el peligro desestabilizador del matrimonio que lleva en sí esta tendencia de los tribunales eclesiásticos, tan distante de los criterios dominantes en la época en que se firmaron los Pactos de Letrán y que justifican —dice Andreotti— la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Los negociadores del Acuerdo español no habrán pasado por alto las vicisitudes parlamentarias y doctrinales seguidas por la revisión del Concordato italiano, que en buena parte inspiró el español de 1953. Intentando precisar un criterio de valoración de las sentencias canónicas de nulidad para la concesión de efectos civiles, se ha optado por una fórmula intermedia entre la que propuso Fedele en la Comisión Gonella y la seguida por el borrador discutido en el Parlamento italiano: ni que la sentencia canónica de nulidad se funde en causa admitida también por el Código civil, ni que se conforme a los principios supremos del Ordenamiento constitucional español, sino que se declare ajustada al Derecho del Estado. No se advirtió que en materia de control de actos de una jurisdicción por órganos de otra jurisdicción extraña a la primera no caben fórmulas intermedias: o se impone el concreto Derecho positivo del poder controlador, o se acogen fórmulas abstractas que garanticen la coherencia de las sentencias canónicas con el Ordenamiento español. De ahí que, las argumentaciones que he utilizado conduzcan al segundo de los criterios expuestos, que el Acuerdo no ofrece otra salida racional que un sistema de control que tome como módulo valorativo los principios constitucionales.

A la misma conclusión se llega por la vía internacionalista. Al no reconocerse ya civilmente la jurisdicción eclesiástica, sino solamente la eficacia civil de las sentencias canónicas, el régimen jurídico acordado se aproxima al de ejecución de sentencias extranjeras. Por otro lado, la sentencia canónica parece que no tiene otro valor que el de *hecho de producción jurídica* con fuerza ejecutiva prestada por la Autoridad civil. Hay, por lo tanto, unos presupuestos coincidentes en la ejecución de sentencias extranjeras y las canónicas de nulidad, por lo que no sería descaminado centrar la intención del legislador en las normas sobre el juicio de *exequatur*, tal como lo regula nuestra Ley de Enjuiciamiento civil.

Los arts. 951 y sucesivos de dicha Ley procesal distinguen tres tipos de fuentes normativas en esta materia: los tratados, el prin-

cipio de reciprocidad y las reglas de *exequatur* que establece la misma Ley procesal. Aquí interesa examinar la primera y la tercera.

Respecto de la ejecución convencional yo partiría de un postulado de justicia: que la Santa Sede se equipare a los Estados con los cuales España ha suscrito tratados de ejecución de sentencias, pues no hay ninguna razón para que la Santa Sede sea discriminada con un trato desfavorable en esta materia. Pues bien, en los Convenios bilaterales celebrados con Suiza, Francia e Italia, así como en los plurilaterales de La Haya de 1 de febrero de 1976 y de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 para la CEE, se excluye expresamente la revisión de fondo en la ejecución de sentencias extranjeras. El Convenio con Suiza (19 de noviembre de 1896) pone como límite para el *exequatur* las reglas de Derecho público y el de Checoslovaquia (26 de noviembre de 1927) el orden público o los principios de Derecho público del Estado. Los más recientes tratados con Francia (28 de marzo de 1969) e Italia (22 de mayo de 1973) mencionan exclusivamente el «orden público del Estado requerido» como límite a la concesión de ejecutividad. Una equivalencia de tratamiento para la Iglesia católica nos llevaría a estas dos importantes reglas en la actitud del Estado: 1.^a Exclusión de la revisión de fondo de las sentencias canónicas por el juez civil; 2.^a Concesión de los efectos civiles con sólo ajustarse a los principios del orden público español.

Si nos asomamos a los trámites del juicio de *exequatur*, tal como lo regulan los artículos 954 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil, llegamos al mismo resultado, porque:

1.º En el Derecho español se excluye la revisión de fondo, según la doctrina coincidente de prestigiosos internacionalistas. «No estimamos aventurado sostener la tesis de que el Ordenamiento español, de acuerdo con nuestra honda tradición jurídica, adopta en el problema que tratamos una postura de honda comprensión hacia lo extranjero... El *exequatur* restablecido por nuestra ley de Enjuiciamiento civil no implica, pues, una auténtica revisión del procedimiento extranjero, por lo que no cabe afirmar, *stricto sensu*, la examinabilidad de la sentencia extranjera en el ordenamiento español»²⁴. Cabría añadir que esta comprensión hacia lo extranjero fundada en nuestra tradición jurídica, se acentúa si tene-

24. SÁNCHEZ APELLANIZ, *Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras*, en «Información Jurídica», 1951, p. 639.

mos en cuenta los sentimientos de solidaridad y de cooperación que hoy están en el centro de las relaciones internacionales. Y esos mismos sentimientos de cooperación hacia la Iglesia católica y las otras confesiones vienen proclamados por el art. 16 de la Constitución.

2.º Otras condiciones exigidas por la ley de Enjuiciamiento civil y que también son aplicables a la ejecución de las sentencias canónicas se refieren a la competencia del órgano extranjero, a los derechos de defensa de las partes, a la firmeza de la sentencia y a la autenticidad del documento.

3.º Por último, destaca el requisito impuesto por el art. 954, 3.º de la ley Procesal: Que «la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España». El término licitud viene interpretándose por la doctrina y por la jurisprudencia como equivalente a orden público, que se confirma por la nueva redacción del art. 12-3 del Código civil: «En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público»²⁵.

Es interesante comprobar que los internacionalistas traducen el término licitud, que es tanto como adecuación a las normas, por orden público. A este respecto escribe Remiro Brotons que bajo la fórmula de licitud, poco afortunada, pero tradicional y con arraigo en la ley, los autores del Código procesal encarnaron la excepción de orden público²⁶. En el mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia, siendo muy explícito el Auto del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1961: «Puede acordarse la ejecución de las sentencias extranjeras, sometiéndolas previamente a su revisión de fondo —que la obligación que se pretende cumplir sea lícita en España, es decir, no contraria a la moral, a la ley, ni al orden público— y una revisión de forma —que no haya sido dictada en rebeldía y que esté debidamente autenticada la ejecutoria»²⁷. La doctrina se encontró con el mismo obstáculo con que ahora nos encontramos los eclesiasticistas: que un *exequatur* basado en la rígida adecuación de la sentencia extranjera al Derecho

25. En la originaria redacción del Código Civil se decía: «...las (leyes) que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por leyes o sentencias dictadas, ni por disposiciones o convenciones acordadas en país extranjero».

26. REMIRO BROTONS, *Ejecución de sentencias extranjeras en España. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1974, p. 224.

27. Puede consultarse en REMIRO BROTONS, *ob. cit.*, p. 339, en la que se recogen también los Autos de 16 de mayo de 1947 y de 4 de julio de 1967.

positivo español habría frustrado la ejecutividad de tales sentencias. De ahí que los internacionalistas derivaran hacia el orden público como criterio de *exequatur*, abriendo un camino que han recorrido experimentalmente y que habrá de tenerse muy en cuenta a la hora de aplicar el texto del Acuerdo a la eficacia civil de las sentencias canónicas de nulidad de matrimonio y sobre dispensa de rato.

d') *Denegación del exequatur*. En el supuesto de que no se homologara la sentencia canónica, seguiría ésta produciendo sus efectos en el ordenamiento de la Iglesia, pero estaría desprovista de efectos civiles. Asistiríamos, pues, a la extraña situación de un matrimonio canónico nulo que sigue produciendo efectos civiles porque no se acepta la declaración de nulidad por el Juez estatal. Si alguno de los cónyuges contrajere segundo matrimonio canónico éste carecería de efectos civiles, porque obsta a ello el anterior matrimonio canónico, que sigue gozando de efectos civiles (art. 51 del Código civil).

La sentencia canónica de nulidad, no reconocida a efectos civiles, crea a los cónyuges el serio problema de la discordancia de su situación canónica con la civil, que no debe prolongarse indefinidamente, sino que debe adecuársele el oportuno remedio. No basta con que se mantengan las medidas provisionales que se hubieran adoptado conforme al art. 68 del Código civil y 1880 y sucesivos de la Ley de Enjuiciamiento civil, las cuales no cesan con la denegación del *exequatur*; pero, constituyen una cautela interina cuya finalidad es dar paso a situaciones definitivas.

¿Podría ejercitarse subsidiariamente la acción de nulidad ante el juez estatal fundándose, naturalmente, en causa prevista en la ley civil? La redacción del apartado 2, § 1, del art. VI del Acuerdo con la Santa Sede ha de interpretarse, a mi juicio, en el sentido de que se reserva a los tribunales eclesiásticos de modo exclusivo el conocimiento y resolución de las causas de nulidad del matrimonio canónico. Cuando se dice que «los contrayentes, a tenor de las disposiciones del Derecho canónico, podrán acudir a los tribunales eclesiásticos solicitando declaración de nulidad o pedir decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado», se está haciendo referencia al ejercicio facultativo de la acción correspondiente, que es un derecho potestativo y sería equivocado entender que se establece un régimen alternativo, de fuero mixto, entre las jurisdicciones eclesiásticas y civil. Si la Constitución de 1978 ha omitido en su art. 32 toda referencia a las causas de nulidad como contenido de futuras leyes matrimoniales, la explicación más

coherente es que no se ha querido variar el actual *statu quo* de competencia de la Iglesia sobre las causas matrimoniales de nulidad.

Se plantea aquí una situación parecida a la ejecución de sentencias canónicas cuando el Estado no presta su auxilio ejecutivo²⁸. La parte que obtuvo la sentencia de nulidad, que no es homologada a efectos civiles, tendría que seguir independientemente del proceso canónico otro de naturaleza civil dirigido a conseguir una resolución de efectos iguales o análogos a la nulidad y que no podría ser otro que el de separación ante el juez competente del Estado o el divorcio, si esta modalidad de disolución llegara a introducirse en el Derecho español.

Esta conclusión proporciona un nuevo argumento favorable a la interpretación que propugnamos de identificar con el orden público el criterio del *exequatur*, pues no creemos que la intención de las partes que convinieron el Acuerdo fuera derivar las causas matrimoniales canónicas hacia el divorcio y la separación civiles, sino respetar la jurisdicción eclesiástica en causas de nulidad y reconocer —salvo casos excepcionales— las sentencias recaídas en dichas causas.

28. Cfr. LÓPEZ ALARCÓN, *La ejecución de sentencias en el Derecho canónico y sus aspectos civiles*, en «Revista española de Derecho Canónico», 1970, pp. 324 y ss.