

La forma del matrimonio en el proyecto de revisión del "Codex Iuris Canonici"

Eduard Bajet

SUMARIO: I. Introducción.—II. Síntesis del status quaestionis: A) Evolución de la normativa sobre la forma del matrimonio. B) La doctrina y la forma matrimonii. C) Resumen de las corrientes de la doctrina actual a propósito de la forma del matrimonio.—III. La forma matrimonii en el anteproyecto elaborado por la Comisión Pontificia para la revisión del C.I.C.; acogida del Schema por parte de la doctrina.—IV. El último Schema.—V. Presupuestos doctrinales para una normativa sobre la forma del matrimonio.—VI. Conclusión.

I. INTRODUCCION

Es conocido entre los canonistas que siguen de cerca la labor de la Comisión Pontificia encargada de la revisión del Código de Derecho Canónico que el capítulo referido a la *forma matrimonii* terminó ya el iter de reforma que se ha previsto para los distintos libros, títulos y capítulos que constituyen el actual C.I.C.¹

El trabajo se ha realizado en distintas fases, siendo el tiempo transcurrido entre la primera y la última el de ocho años².

A la vista de esto se puede afirmar que, de no existir intervenciones de ulteriores instancias, la futura normativa sobre la forma del matrimonio ya está elaborada.

Es cierto, que nos encontramos sólo ante un proyecto de *lege ferenda*, y no ante una ley sancionada y promulgada, pero sería absurdo pensar, a la luz del proceso seguido por el proyecto, que del legislador

1. Sobre el trabajo de la Comisión Pontificia encargada de la revisión del C.I.C., vid. R. CASTILLO DE LARA, *Estado actual de los trabajos de la Pontificia Comisión para la revisión del C.I.C.*, «Ius Canonicum», 16 (1976), pág. 39.

2. El nueve de noviembre de 1970 («Communicationes», 8, 1976, pág. 32) la Comisión inicia el estudio del anteproyecto que presenta el relator. La labor de esta primera fase termina el trece de febrero de 1971 (ibídem, pág. 73). En octubre de 1977 (ibídem 10, 1978, pág. 86) la Comisión completa la labor realizada siete años antes reestructurando su propio anteproyecto a la vista de las sugerencias realizadas por los organismos a los que se envió el esquema *De Sacramentis*.

pueda emanar una normativa, con distinto contenido, que la del proyecto aludido³.

Estamos pues ante una base sólida, que acaba, al menos *sub aspectu legis*, con todo un período, en el que, desde diversos sectores doctrinales, se ha podido especular lo que podría ser o dejar de ser la futura normativa.

La incógnita que se cernía sobre el derecho en elaboración ha quedado despejada, pero con ello no se acabarán las discusiones que el polémico tema ofrece a la doctrina. La forma será, como lo es y lo ha sido, fuente propicia de todo tipo de disquisiciones doctrinales. Disquisiciones que han ayudado, por otra parte, a perfeccionar la estructura normativa de la forma como instrumento de la seguridad jurídica.

El presente artículo intentará analizar si en el recién elaborado esquema sobre la *forma matrimonii*, se cumplen los presupuestos necesarios para que la seguridad jurídica quede plenamente cubierta en materia matrimonial.

El tema se introduce con una síntesis del *Status quaestionis*. En segundo lugar analizaremos el anteproyecto que se envió a los órganos consultivos y las diversas reacciones que éste produjo en la doctrina. Concluiré con el comentario que me sugiere el proyecto reelaborado.

II. SINTESIS DEL STATUS QUAESTIONIS

A. *Evolución de la normativa sobre la forma del matrimonio.*

El lento caminar de la normativa sobre la forma del matrimonio, cuyo inicio lo podemos situar en la Edad Clásica y cuyo último eslabón, aún no traducido en ley, acaba de elaborarse, no ha estado exento de dificultades y contradicciones.

Si analizamos la cuestión considerando a la forma como un instrumento de seguridad jurídica, se puede observar en el tiempo, un lento pero progresivo perfeccionamiento de la normativa. Así, mientras en la Edad Media el legislador trató sólo del problema de la forma de emisión⁴ del consentimiento, planteando una normativa más o menos amplia

3. Como es sabido la técnica de revisión del C.I.C. es compleja: 1.º se realiza por la Comisión un proyecto, en base al anteproyecto del relator. 2.º Antes de enviarse el proyecto elaborado a la consulta de los distintos organismos, el proyecto se somete al *nihil obstat* pontificio. 3.º Los organismos consultados (Conferencias Episcopales, Curia Romana, Universidades Católicas, etc.) emiten dictamen. 4.º La Comisión, a la vista de las objeciones, reestructura si lo cree al caso el proyecto.

4. Forma de emisión y forma de recepción: empleo la clarificadora distinción que a

sobre la cuestión⁵; en la Edad Moderna se ensayó un instrumento de recepción del consentimiento.

propósito de la forma «como elemento específico del negocio» aporta E. LA LAGUNA (*Función de la forma jurídica en el matrimonio canónico*, «Ius Canonicum», 1, 1960, pág. 216). A propósito de la forma de emisión y de recepción escribe el citado autor: «quedan así diferenciadas la forma del acto y la forma de la declaración consensual, con frecuencia confundidas en el lenguaje de la doctrina jurídica secular y canónica. La primera es instrumento receptivo del consentimiento manifestado; la segunda de emisión del consentimiento».

5. En el Derecho canónico clásico, se encuentran disposiciones parciales a propósito de la forma de emisión del consentimiento. Cuatro decretales destacan por su interés. En ellas se establecen diversas formas de emisión del consentimiento. Estas cuatro decretales son: la *Licet praeter* y la *Veniens* de Alejandro III, la *Tuae fraternitati* de Inocencio III y la *Is qui fidem* de Gregorio IX.

En la primera de estas decretales, el Sumo Pontífice indica que el consentimiento se exprese por palabras.

«Licet praeter solitum et amplius solito multis simul et variis negotiis praepediti ita, quod non sit nobis facile aliquorum consultationibus respondere, illa tamen speciali gratia, quam ad personam tuam habemus, et caritate cogimur fraterna, quid sentiamus de his, super quibus consuluit nos prudentia tua, tibi, quatumcunque aliis simul intenti, praesentibus literis aperire. Consuluit nos siquidem, utrum, si inter virum et mulierem, praestito vel non praestito sacramento, legitimus consensus intervenit de praesenti, carnali copula non secuta, liceat mulieri alii nubere, vel, si nupserit alii, et carnalis fuerit copula subsecuta, an ab ipso debeat separari. Super hoc autem Consultationi tuae taliter respondemus, quod, si inter virum et mulierem legitimus consensus sub ea solemnitate, quae fieri solet, praesente scilicet sacerdote aut etiam notario, sicut etiam in quibusdam locis adhuc observatur, coram idoneis testibus, interveniat de praesenti, ita quidem, quod unus alterum in suo mutuo consensu verbis consuetis expresse recipiat, utroque dicente: «ego te accipio in meam», et: «ego te accipio in meum», sive sit iuramentum interpositum sive non, non licet mulieri alii nubere. Et si nupserit, etiamsi carnalis copula sit secuta, ab eo separari debet, et, ut ad primum redeat, ecclesiastica districtione compelli, quamvis alii aliter sentiant, et aliter etiam a quibusdam praedecessoribus nostris sit aliquando iudicatum». X, 4, 4, 3.

Una excepción al principio establecido en la *Licet praeter*, aparece en la decretal *Tuae fraternitati* de Inocencio III que, si bien confirma lo establecido por Alejandro III, admite una lógica excepción a favor de los sordos y de los mudos:

«Tuae fraternitati (Et infra: cf. c. 10, de eo, qui cogn. IV, 13). Postulasti insuper edoceri, utrum ex solis verbis, et ex quibus matrimonium contrahatur, quum ab aliquibus dubitetur spirituale contrahi solis verbis. Nos igitur inquisitioni tuae taliter respondemus, quod matrimonium in veritate contrahitur per legitimum viri et mulieris consensum; sed necessaria sunt, quantum ad ecclesiam, verba consensum exprimentia de praesenti. Nam surdi et muti possunt contrahere matrimonium per consensum mutuum sine verbis, et pueri ante annos legitimos per verba sola non contrahunt, quum intelligantur minime consentire». X, 4, 1, 25.

Otro modo de expresar válidamente el consentimiento está relacionado con el nacimiento del vínculo por esponsales seguidos de cópula. Leemos en la *Veniens* de Alejandro III:

«Veniens ad nos G. lator praesentium sua nobis relatione monstravit, quod in domo sua mulierem quandam recepit, de qua prolem habuit, et cui fidem coram pluribus praestitit, quod eam duceret in uxorem. Interim autem, quum apud domum vicini sui pernoctaverit, eius filia nocte illa secum concubuit, quos pater puellae simul in uno lecto inveniens, ipsum eam per verba de praesenti desponsare coegit.

En efecto, el Decreto *Tametsi* del Concilio de Trento⁶ introduce, no obstante alguno de sus elementos negativos⁷, un sistema de comproba-

Qui nuper in praesentia nostra constitutus nos consuluit, cui potius adhaerere deberet. Quia vero nequaquam innotuit nobis, utrum post fidem praestitam primam cognoverit, ideoque mandamus, quatenus rei veritatem diligenter inquiras, et, si inveneris, quod primam post fidem praestitam cognoverit, ipsum cum ea facias remanere; alioquin secundae, nisi metu coactus, qui posset in virum constantem cadere, eam desponsaverit, adhaerere facias ut uxori». X, 4, 1, 15.

El mismo principio se repite en la *Is, qui fidem* de Gregorio IX:

«Is, qui fidem dedit M. mulieri super matrimonio contrahendo, carnali copula subsecuta, etsi in facie ecclesiae ducat aliam et cognoscat, ad primam redire tenetur, quia, licet praesumptum primum matrimonium videatur, contra praesumptionem tamen huiusmodi non est, probatio admittenda. Ex quo sequitur, quod nec verum, nec aliquod censetur matrimonium, quod de facto est postmodum subsecutum». X, 4, 1, 30.

A la luz de los textos transcritos puede concluirse que el legislador medieval se ocupa de la forma de emisión del consentimiento, admitiendo diversos modos de expresar éste. El consentimiento se podrá manifestar a tenor de las decretales que hemos visto de las siguientes formas: a) Por palabras. b) Por cópula, siempre que hubiere estado precedida de esponsales. c) Por signos, en el caso de contrayentes sordos o mudos.

De todo lo expuesto, se puede afirmar que antes de Trento, no hubo forma de recepción del consentimiento, ni tampoco hubo una regulación absoluta de la forma de emisión del consentimiento, aunque sí aparecen referencias legales a distintos supuestos, relacionados con la manifestación del consentimiento.

6. J. MANSI, *Sacrorum Conciliorum nova et amplissima collectio*, 33, reimpresión anastática (Graz, 1961), col. 152-153.

7. El primer elemento negativo que plantea el decreto, a mi entender el más grave, se encuentra en las disposiciones finales. Dispone el *Tametsi* en sus últimas líneas:

«Ne vero haec tam salubria praecepta quemquam latent ordinariis omnibus praecipit, ut, quamprimum potuerint, curent hoc decretum populo publicari ac explicari in singulis suarum dioecesium parochialibus ecclesiis: idque primo anno quam saepissime fiat: deinde vero, quoties expedire viderint. Decernit insuper, ut huiusmodi decretum in unaquaque parochia suum robur post triginta dies habere incipiat, a die primae publicationis in eadem parochia factae numerandos» (J. MANSI, o.c., 33, col. 153).

Esta disposición es la que dio pie a que el Decreto no se publicara en muchas diócesis, quedando su eficacia reducida a las llamadas diócesis tridentinas.

La seguridad jurídica tropezó además en el Decreto con otros elementos disgregadores; a saber: la exigencia de que el matrimonio se celebrara ante el párroco propio y la circunstancia de que se considerara suficiente para la validez la presencia pasiva del párroco.

A) Respecto al primero de estos dos elementos dispone el Concilio que sólo se contraerá legítimamente matrimonio cuando el intercambio del consentimiento se haya prestado ante el párroco propio o ante un sacerdote delegado, ya por aquél ya por el Ordinario del lugar y dos testigos.

Se considera párroco propio sólo el del domicilio *habitationis* de los contrayentes.

Este sistema de competencia de carácter personal fue causa de innumerables consecuencias negativas para la seguridad jurídica.

Las dificultades se pueden clasificar en dos órdenes: una ajena al sistema introducido y otras relativas al propio sistema de competencia personal.

La primera dificultad estribaba en el problema del «párroco». En efecto, durante la vigencia del *Tametsi*, algo tan ajeno al matrimonio como una inexistente o defectuosa provisión del oficio del párroco podía dar lugar a la nulidad del matrimonio. Para mitigar en lo posible la incidencia de causas como éstas en la validez o nulidad de un matrimonio,

ción de la celebración matrimonial, que sin duda incide positivamente en la sociedad eclesial, aclarando la situación preexistente⁸.

se acudió al error común (T. SÁNCHEZ, *Diputationum De Sancto Matrimonii Sacramento*, Venetiis, 1612, pág. 292), para justificar la suplicia de una jurisdicción defectuosa.

Respecto a las dificultades inherentes al propio sistema, podemos hacer notar que radicaban en: 1.º Poder determinar si se había adquirido domicilio o no, asunto de no fácil averiguación, como lo demuestran las numerosas decisiones que al respecto tuvo que adoptar la Santa Sede (SCHULTE et RICHTER, *Canones et Decreta Concilii Tridentini*, Lipsiae, 1853, pág. 226, n.º 33, pág. 228, n.º 45, pág. 226, n.º 34, pág. 227, n.º 42), en supuestos en que se barajaba la nulidad matrimonial por falta de competencia personal del párroco asistente. 2.º Al establecer el Decreto *Tametsi* que se debía contraer ante el párroco propio, sólo prevenía aquellos supuestos en que ambos contrayentes fueran súbditos del mismo párroco, pero no los supuestos en los que los contrayentes fueran súbditos de parroquias distintas. Estos supuestos, que por imperativos lógicos rápidamente se dieron, fueron resueltos mediante una resolución de la Sagrada Congregación del Concilio en la que se establecía que si los contrayentes pertenecían a parroquias diferentes los dos párrocos podían asistir válidamente (Vid. SCHULTE et RICHTER, o.c., pág. 227, n.º 43). Esto no hizo más que contribuir, indirectamente, a la reducción del ámbito de la vigencia del Decreto *Tametsi*, ya que en virtud de la citada resolución, los residentes en parroquias tridentinas se veían exentos de la forma, si lo deseaban, cuando contraían con súbditos de parroquias no tridentinas.

Al establecer el Decreto *Tametsi* un sistema de competencia personal, esto hizo más difícil la consecución del fin que se había propuesto. Algunos autores creen que estos resultados negativos se debían a las interpretaciones que del Decreto se dieron, más que al propio sistema instaurado. De esta opinión me permito disentir, aunque no le niegue todo fundamento.

Pero, para el propósito de este estudio, lo único que importa es la constatación de que el sistema de competencia personal fue un obstáculo más para la seguridad jurídica, puesto que provocó la proliferación de nulidades *ex capite clandestinitatis*.

B) Otra de las causas que dificultaban la demostrabilidad de la celebración, estaba en correlación con la función que el Decreto *Tametsi* asignaba al párroco. En efecto, la simple exégesis del Decreto permite concluir que se le atribuye al párroco una función meramente pasiva, porque si bien se determina en un epígrafe del Decreto que el párroco requerirá el consentimiento y luego pronunciará las palabras *Ego vos coniungo*, cuando se refiere a los requisitos necesarios para que el matrimonio sea válido, sólo hace mención de la presencia del párroco.

Esta función meramente pasiva que el Decreto le atribuye al párroco, dio lugar a los llamados matrimonios por sorpresa, que, como es sabido, consistían en presentarse sin más ante el párroco propio y hacerle partícipe del consentimiento que los contrayentes se otorgaban. Esto daba lugar a curiosas inscripciones en el libro de registros de la parroquia. G. LE BRAS (*La doctrine du mariage chez les theologiens et les canonistes depuis l'an mille*, «Dictionnaire de Theologie Catholique», 9, Paris, 1927, col. 2.248) nos narra que: «Parfois on saisissait le curé au saut du lit, ou même au lit, *matrimoni in cubiculo meo et coram me vicario de Dola, Gillet, invito*, lit-on à l'annèe 1679 aux registres de la paroisse de Dôle».

El inconveniente principal de la sorpresa radicaba en la dificultad de poder apreciar si existían impedimentos que hicieran ineficaz el consentimiento que se manifestaba.

Evidenciados los elementos negativos quiero hacer observar, antes de cerrar la nota, que también coadyuvaba a limitar la eficacia del Decreto *Tametsi* la fácil exención que se hacía de los requisitos previos a las nupcias, así como de las solemnidades públicas. Esto contribuyó, sin duda, a facilitar casos de bigamia.

(8) Como se recordará en el Derecho canónico clásico se admitían matrimonios válidos cuya celebración no podía demostrarse, si no era acorde el testimonio de ambos contra-

Pero es en nuestro siglo donde el iter de la normativa sobre la forma acelera el ritmo y alcanza mayor grado de perfección. El Decreto *Ne temere*⁹, el C.I.C. así como la más reciente legislación postconciliar¹⁰ introducen importantes modificaciones. En este sentido cabe subrayar cómo la legislación vigente aporta elementos correctores de la inseguridad jurídica¹¹ y añade elementos para atenuar posibles formalismos¹².

yentes. El problema que ello significaba, en orden a la seguridad jurídica, es fácilmente imaginable: la primera respuesta legal al problema llega en la Edad Moderna. Un texto de G. LE BRAS (o.c. col. 2223), que paso a transcribir, puede ayudar a ponderar la situación creada en la Edad Clásica. «Le mal qui atteint le plus gravement la doctrine classique, c'est la clandestinité. On peut s'en rendre compte en étudiant ces sources précieuses et trop peu étudiées que sont les Consilia, recueils de consultations donnés par les jurisconsultes sur des cas pratiques. Voir, par exemple, André de Barbatia, Consilia, t. IV, cons. XXVI, Venise 1516, fol. 56-58; t. III, cons. XL, fol. 72 sq. Consiliorum seu Responsorum Alexandri Tartagni, 1. V., cons. CXLIX, CL., CLI, Venise, 1597, fol. 127-131, L'activité de ces deux canonistes se place dans le second tiers du XV^e siècle. Dans les causes matrimoniales qu'ils plaident, apparaît, l'extrême difficulté de la preuve du mariage, soit que les témoins fassent défaut ou qu'ils soient récusables ou, enfin, que leurs dépositions se contredissent de manière flagrante et souvent burlesque.

Peut-être les inconvénients de la clandestinité étaient-ils moins sensibles qu'en bien d'autres lieux à Rome, à cause de l'importance qu'y avaient gardée les solemnités. ... mais, dans toute la chrétienté, la protestation est incessante contre la violation des règles canoniques sur la publicité du mariage. Les conciles provinciaux multiplient les sanctions... Nous avons vu de quelles peines sont frappés les époux. Il faut ajouter que les censures n'épargnent aucun de ceux qui assistent à la cérémonie: ainsi le concile de Saumur, de 1253, c. 27, les Status inédits du concile de Montluçon en 1266 infligent au prêtre coupable une suspense *ab officio, ipso facto*, pour trois ans. Les assistants sont excommuniés... La lutte contre la clandestinité au Moyen Age forme l'un des chapitres les plus curieux (et qu'il conviendrait d'étudier) de l'histoire du mariage. Cette lutte se serait prolongée sans effet pendant des siècles si la révolution n'avait ébranlé la discipline de l'Eglise: la clandestinité ne pouvait être exclue que par une réforme profonde du mariage, car elle était dans la logique d'une doctrine qui spiritualise au plus haut point l'union conjugale. *Conjunctio animarum*, rencontre, accord des âmes: le for interne s'accommode de cette définition mieux que le for externe et, si elle laisse aux prétentions de l'Etat peu de prise, elle embarrasse souvent, aussi, les officialités, qui ne peuvent point lire dans les consciences».

9. 2 de agosto de 1907, A.S.S., 40 (1907), págs. 525-530.

10. Decreto *Crescens matrimoniorum* de 22 de febrero de 1967; A.A.S., 59 (1967), págs. 165-166.

Motu proprio *Matrimonia mixta* de 31 de marzo de 1970; A.A.S., 62 (1975), págs. 257-263.

11. Como elementos mitigadores de la seguridad cabe señalar:

1.—Para resolver las dudas sobre el ámbito de vigencia de la forma, en razón del lugar, se establece que la obligación de guardar una forma tendrá vigencia universal.

2.—La duda sobre el ámbito de vigencia de la normativa, en razón de las personas, queda resuelta en la legislación eclesíástica posterior de esta manera:

a) Los católicos de rito latino, cuando contraigan entre sí estarán a lo prescrito en el cap. VI, título VII del Libro III del C.I.C., o sea, deberán guardar la forma prescrita en los cánones.

Excepción a lo que acabamos de indicar constituía una disposición del C.I.C. hoy derogada, pero que tiene plenos efectos para los que contrajeron antes de la fecha de la dero-

Bajo el prisma de la seguridad jurídica se puede considerar el balance hoy existente de positivo, sin olvidar algunos puntos negativos

gación. Se establecía en la última parte del párrafo 2 del can. 1099 que estaban exentos de la forma «ab acatholicis nati, etsi in Ecclesia catholica baptizati, qui ab infantili aetate in haeresia vel schismate aut in infidelitate vel sine ulla religione adoleverunt, quoties cum parte catholica contraxerint».

b) Los católicos latinos, cuando contraigan con católicos orientales, deberán estar, también a tenor del canon 1099 p. 1 n.º 3, a lo prescrito en el cap. VI, título VII del libro III, o sea, han de guardar la forma prescrita en los cánones respectivos del C.I.C.

c) Los católicos latinos, cuando contraigan con acatólicos orientales, pueden optar por la normativa que prescribe el C.I.C. o por la normativa del Decreto *Crescens matrimoniorum*.

d) Los católicos orientales, cuando contraigan con acatólicos latinos, habrán de estar a lo que prescribe el canon 90 n.º 1 p. 2 del M. P. *Crebrae allatae*, es decir, guardar la forma católica oriental.

e) Los católicos orientales, cuando contraigan con acatólicos orientales, pueden optar por la forma católica oriental o acatólica oriental, pero en cualquier caso es suficiente que se imparta la bendición y asista un ministro sagrado de alguna de las confesiones.

f) Los católicos de rito latino u oriental, cuando contraigan con no bautizados, estarán a la forma propia: forma canónica latina para los católicos latinos; forma canónica oriental para los católicos de rito oriental.

g) Los católicos latinos, cuando contraigan con acatólicos occidentales, deberán guardar en principio lo prescrito en los cánones del C.I.C. Digo en principio, porque el M. P. *Matrimonia mixta* de 31 de marzo de 1970 dispone en su art. 9:

«Si graves difficultates formae canonicae servandae obstant, Ordinariis locorum ius est dispensandi a forma canónica matrimonii mixti; Conferentiae autem Episcoporum est normas statuere, quibus praedicta dispensatio in sua regione vel in suo territorio concordí ratione at licite, salva tamen aliqua publica forma celebrationi, concedetur.»

h) Los católicos de rito oriental, cuando contraigan entre sí, deberán estar a la forma prescrita en el *Crebrae allatae*.

3.—La duda sobre la competencia para asistir al matrimonio se resuelve de esta manera: Será apto para autorizar la ceremonia el párroco o el Ordinario del lugar. De ser uno de los contrayentes o ambos súbditos de una parroquia o diócesis personal se crea una competencia cumulativa.

4.—La posibilidad de los matrimonios por sorpresa desapareció ya con el Decreto *Ne temere*, recogiénose la prescripción en el C.I.C., en concreto en el c. 1095 p. n.º 3, cuando dice: «parrochus et loci ordinarius valide matrimonium assistunt... dummodo neque vi neque metu gravi restricti requirent excipiantque contrahentium consensum.»

Recientemente, con la promulgación del Decreto *Crescens matrimoniorum* del 22 de febrero de 1967, se abre de nuevo un elemento de duda que puede dar lugar a una reinstauración de los matrimonios por sorpresa dentro del ámbito católico oriental, pues el Decreto antes mencionado prevé que *ad validitatem sufficere praesentiam ministri sacri*. Corrobora esta afirmación un comentario de MIGUÉLEZ a propósito del texto traído a colación: «Es suficiente a este respecto que el ministro sagrado asista a la celebración, no siendo necesario para la validez que este ministro, católico o acatólico, pida y reciba el consentimiento de los contrayentes. Para la validez tampoco se requiere que juntamente con el ministro sagrado asistan testigos al acto de la celebración. Esto implica una derogación del canon 1095 p. I, n.º 3 y del 1094 respectivamente». (*Derecho Canónico Postconciliar*, Madrid, 1974, págs. 213-214).

12. Se atempera la rigidez propia en toda construcción formal, mediante dos procedimientos:

de la legislación que han dado pie a *capita nullitatis*, cuyos efectos son evidentemente contrarios al fin de la ley.

B. *La doctrina y la forma matrimonii.*

Conocido es que la doctrina ha gustado terciar en el tema de la *forma matrimonii*. La atención de ésta se centra a lo largo de la Historia en distintos extremos.

En la Edad Media discuten la ya apuntada cuestión de la forma de emisión del consentimiento, preocupándose fundamentalmente de: a) la relevancia jurídica de la cópula cuando ésta hubiese sido antecedida por un pacto de futuro matrimonio¹³. b) La importancia de las palabras en la emisión del consentimiento¹⁴.

a) Previendo para determinados supuestos una forma extraordinaria de recepción del consentimiento, consistente en poder prescindir de algunos de los requisitos previstos normalmente como necesarios para la validez.

b) Dispensando, incluso, de la misma forma de recepción del consentimiento. Así se prescribe en el cánón 1043: «Urgente mortis periculo, locorum ordinarii, ad consulendum conscientiae et, si cassus ferat, legitimationi prolis, possunt tum super forma in celebratione servanda... *dispensare* proprios subditos ubique commorantes et omnes in proprio territorio actu degentes...».

c) Recientemente se ha atemperado la rigidez del C.I.C. con dos decretos.

El primero de ellos, el Decreto *Crescens matrimoniorum*, que a pesar de los inconvenientes señalados en la nota anterior, de alguna manera relaja el excesivo rigorismo al permitir que el consentimiento sea válido en caso de contraer un católico con un acatólico oriental con sólo manifestarlo ante un ministro sagrado.

El segundo, el M. P. *Matrimonia mixta*, atempera más aún la legislación del Códex, al permitir que los católicos, cuando contraigan con acatólicos occidentales y existan *graves circunstancias* que impidan la observancia de la forma canónica, puedan ser dispensados para poder contraer válidamente, con tal que guarde alguna forma pública de celebración.

13. Como se recordará la doctrina canónica clásica venía a admitir unánimemente, con el legislador, que la cópula entre prometidos daba origen a matrimonios válidos; sin embargo, no coincidía en la explicación técnica de la causalidad del vínculo en este concreto supuesto. La explicación más frecuente entendía que el legislador se basa en una presunción *juris et de iure* de consentimiento expreso. Vid. en este sentido entre otros a A. DE BUTRIO, *In librum quartum decretalium comentarii*, tit. I, cap. 32 (Venetiis, 1577), fol. 14 v.; JUAN ANDRÉS, *In quartum decretalium librum novela comentarii*, tit. I, cap. 32 (Venetiis, 1581), f. 15 v.

No faltan sin embargo, opiniones contrarias algunas de ellas tan autorizadas como las de San Raimon de Penyafort. Vid. Summa, *De poenitentia et matrimonio*, reimpresión (Westmead, 1967), pág. 512-513.

14. Dividió también a los autores medievales el tema de si las palabras eran o no requisito necesario para prestar consentimiento matrimonial válidamente. Un texto de un autor tan autorizado como el Panormitanus, «l'un des plus grands parmi les canonistes et sans doute le dernier vraiment classique» (CH. LEFEBVRE, *Panormitanus*, voz de, «Dictionnaire de Droit Canonique», 6, París, 1957, col. 1195), nos resume así la situación: «Glosa multum

Entre los autores de la Edad Moderna conviene distinguir los anteriores a Trento y los posteriores al Concilio. Mientras los primeros se preocuparon de evidenciar en sus obras la perjudicial interferencia de

instat in hoc et involute loquitur, doctores sunt varii. Innocentius tenuit verba esse de substantia quoad Ecclesiam militantem in loqui velentibus... Hostiensis tenuit verba non esse de substantia quoad Ecclesiam, sed satis est qualitercumque appareat de consensu, Johannes Andreae distinguit, quod aut praecessit tractatus et non requiruntur verba, alias verba sunt necessaria. Sed doctores moderniores communiter sentiunt cum Hostiensi... nam verba exiguntur solum ad ostendendum consensum, ideo satis esse debet quod per signa appareat de ipso consensu, et hanc opinionem semper tenui et probo per istum textum... Papa respondendo probat verba non esse de substantia, adducendo exemplum in mutuo; si non quoad validitatem Matrimonii voluisset aequiparare mutuum et loqui valentem inepte adduxisset exemplum de mutuo, et licet postmodum dixerit verba esse necessaria, habuit respectum, quia communiter loqui valentes exprimentur consensum per verba» (PANORMITANUS, *Super IIII Decretalium*, tit. I, cap. XXV (Lugduni, 1531), fol. 9 v.

Si la doctrina medieval está dividida, como hemos visto, con respecto a la supuesta obligatoriedad de una forma de emisión del consentimiento por palabras, la doctrina moderna, excepto Gismondi, es unánime en entender que no se consagra en la Edad Media un solo modo de emisión del consentimiento, aunque sí se le da una especial importancia al consentimiento proferido por palabras. Basan sus argumentos, los partidarios de esta doctrina, venida a llamarse tradicional, en textos de varios autores clásicos entre los que cabe reseñar los de P. LOMBARDO, *Sententiarum libri quatuor*, lib. IV, tit. *De clandestina Desponsatione*, reproducción (Darmstadt, 1962), fol. 200-202.

A esta postura común de la doctrina —como decía antes—, hay una excepción. En efecto, GISMONDI, en un elaborado artículo (*La celebratione del matrimonio secondo la doctrina e la legislacione canonica sino al concilio Tridentino*, «Ephemerides Iuris Canonici», 5, 1949, págs. 301-338), sostiene que había una forma determinada de expresar el consentimiento, a saber, que éste se debía proferir por palabras, salvo los supuestos de los sordos y de los mudos y en los de cópula precedida de promesa de futuro matrimonio.

Sin querer entrar en la cuestión, pues ésta sólo afecta indirectamente al objeto de este artículo, estimo que la innovadora postura de este autor no queda ampliamente probada, sobre todo si tenemos en cuenta que a veces apoya Gismondi su tesis usando parcialmente algunos textos de autores medievales de autoridad. Por ejemplo un conocido texto de Pedro Lombardo que dice: «sufficiens autem causa matrimonii est consensus, non quilibet sed per verba expressus, nec de futuro sed de praesenti. Si enim consentiunt in futurum dicentes: Accipiam te in virum et ego te in uxorem, non est iste consensus efficax matrimonii. Item si consentiant mente et non expriment verba vel *aliis certis signis*, nec talis consensus efficit matrimonium». GISMONDI, al citar este texto a favor de su tesis, sólo toma el primer punto y aparte (o.c., pág. 315), lo cual le permite fundamentar indebidamente su postura.

Recientemente NAVARRO VALLS (*Forma jurídica y matrimonio canónico, notas críticas a las tesis canonizadoras del matrimonio civil*, «Ius Canonicum», 14, 1974, pág. 75), ha sometido a crítica los argumentos de GISMONDI afirmando entre otras cosas «es criterio escasamente objetivo y poco seguro basar tal tesis en el simple número de los canonistas pretridentinos cuyos textos parecen avalarla. Y ello porque el número de juristas medievales es tan amplio que hablar de mayoría o minoría, solamente numérica, puede resultar valoración arriesgada y hasta falaz. Sin que pueda olvidarse, por otra parte que los teólogos y juristas que enumera Gismondi para justificar su conclusión no formulaban normas ni conminaban sanciones, por la palmaria razón de carecer de autoridad para ello. El criterio de la mayoría de autores no puede tener más que valor limitado ya que tal era el atribuido

los matrimonios clandestinos en el tráfico jurídico¹⁵, los post-tridentinos vienen a glosar la norma emanada del Concilio, con connotaciones de distinta índole. Es interesante poner de relieve, por la relación que tiene con nuestro trabajo, la diversidad de criterios que entre los autores de esta época surgieron a propósito de las condiciones que debían darse para que un vicio formal, originado por carencia de jurisdicción del ministro asistente, pudiera ser suplido¹⁶.

A la hora de ofrecer un panorama de la doctrina posterior al C.I.C. conviene distinguir dos períodos: el primero que transcurre a lo largo de los cincuenta primeros años de su vigencia; el segundo los veinte últimos.

En el primer período que acabo de señalar, los autores se ocupan de la forma y de su normativa legal de manera pacífica. Se critica la normativa e incluso la interpretación que se hace de la misma, pero nunca se somete a crisis la necesidad intrínseca de la forma¹⁷.

Muy diverso es, en cambio, el tratamiento que el tema recibe en la doctrina de unos años a esta parte. Efectivamente los autores ya no se limitan a plantearse éste o aquél problema de la normativa vigente; surgen sectores que someten a crisis la función e incluso la necesidad de una forma matrimonial *ad validitatem* en el seno del ordenamiento canónico.

a la *communis opinio* en la práctica judicial del Medievo, si no era sostenida por los más prestigiosos juristas. Y es el caso que canonistas de la época tan de nota como Graciano, Rolando Bandinelli, Sinibaldo de Fieschi y Enrico de Susa defendieron con insistencia la validez e incluso la licitud de las nupcias concluidas por un consentimiento no expresado por palabras sino por signos de muy diversa índole. De donde puede válidamente deducirse que la *communis opinio* medieval sobre la forma de emisión del consentimiento, parece acercarse más a la tesis de la libertad en su manifestación que no a la rígida formalización del mismo».

Una cosa es que la praxis diaria aconsejara el uso de una fórmula: por ejemplo, Paucapalea trae a colación la expresión *volo te in meam volo te in meum* (*Summa über das decretum Gratiani*, ed. de SCHULTE, Giessen, 1890; citamos por la reproducción de esta edición de 1965, pág. 115), y otra, que el legislador hubiera establecido una forma determinada y concreta de emisión del consentimiento. Lo mismo viene a certificar SMEIN cuando dice: «certains formules étaient *communément* usitées pour contracter les sponsalia de futuro, e autres pour contracter les sponsalia de praesenti» (*Le mariage en droit canonique*, 1, París, 1891, págs. 168-169).

15. Los principales autores se encuentran citados en NAVARRO VALLS, *La expresión legal del consentimiento matrimonial canónico*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 70 (1975), págs. 464-465.

16. Vid. interesante síntesis que ofrece al respecto J. RUIZ, *La suplencia de la potestad en el matrimonio* (Burgos, 1958), pág. 28-29.

17. Vid. a este respecto, entre otra la bibliografía que cita V. DEL GIUDICE, *Nocioni di Diritto Ecclesiastico* (Milán, 1970), pág. 373-374; Vid. también A. MORONI, *I testimoni comuni nella celebrazione del matrimonio canonico* (Milán, 1972).

C. *Resumen de las corrientes de la doctrina actual a propósito de la forma del matrimonio.*

Sería incompleta esta síntesis, si no nos detuviéramos en las corrientes que se barajan hoy en la doctrina a propósito de la *forma matrimonii*.

La bibliografía aparecida sobre el tema en los últimos años es amplia y nada despreciable. Es lógico, téngase en cuenta que nos encontramos en una etapa reformadora que estimula las opiniones de *lege ferenda*. De esta abundante bibliografía, aquí nos limitaremos a ofrecer una breve reseña de las fundamentales direcciones doctrinales que se pronuncian acerca de la necesidad u oportunidad de que exista una forma canónica del matrimonio.

En cuatro actitudes se podrían agrupar las distintas posturas que hoy informan la doctrina; detrás de cada una de ellas subyacen actitudes eclesiológicas diversas:

Primera actitud: Agrupa a los autores que opinan que la forma es un instrumento válido y necesario para el buen orden de la sociedad eclesial y que por tanto el ordenamiento canónico no puede prescindir de ella¹⁸. Los autores que así opinan suelen completar sus argumentos poniendo de relieve que la forma del matrimonio, además de servir de instrumento para la seguridad jurídica, realiza «una función pedagógica», de «significación del Sacramento», etc. Alguno de estos autores evidencian su disconformidad con aspectos de la actual normativa, propugnando su revisión, en orden a limar los defectos que la ponen en contradicción con su propio fin.

Segunda actitud: La representan aquellos autores que desean potenciar la incidencia de la simbología sacramental en el ordenamiento jurídico. Son partidarios de una forma *ad validitatem* en el ordenamiento, pero no como la actual, ya que creen que hay que incorporar a la forma matrimonii nuevos elementos y requisitos que subrayen el sentido sa-

18. Vid. R. NAVARRO VALLS, *Forma jurídica y matrimonio canónico, notas críticas a las tesis canonizadoras del matrimonio civil*, «Ius Canonium», 14 (1974), pág. 64 y ss.; V. REINA, *Forma canónica del matrimonio y autonomía sacramental*, «Ius Canonicum», 6 (1966), pág. 281 y ss.; H. WAGNON, *La forme ordinaire du mariage abolition ou réforme*, «Actas conventus Internationalis canonistarum» (Typis Polyglottis Vaticanis, 1970), pág. 702 y ss.; P. HUIZING, *Some proposals for the formation of matrimonial law*, «The Heythrop Journal» (1966), pág. 281 y ss.; GERHARTZ, *Zur reform der Kanonischen ehesh liessungsform*, «Ius Populi Dei», 3 (Roma, 1972), pág. 623-637; E. PIACENTINO, *A propósito di un recente saggio sulla forma canonica nel matrimonio*, «Apollinaris», 47 (1974), pág. 234 y ss.

grado. En esta segunda actitud cabe distinguir dos subgrupos: el primero constituido por los que consideran que hay que concienciar en el acto de la celebración nupcial «la función soteriológica de la Iglesia»; para ello, nada mejor que añadir a la actual formulación algún signo sacro con carácter constitutivo¹⁹. El segundo subgrupo lo forman los autores movidos por una actitud basada en una visión comunitaria de la pastoral litúrgica. Estos autores piensan que la ceremonia nupcial, como acto comunitario, debe tener una mayor relevancia en la génesis de todo vínculo conyugal²⁰.

Tercera actitud: Viene representada por todos aquellos que ponen en crisis con más o menos énfasis la relevancia de la forma en la génesis del vínculo conyugal. Los autores que componen esta línea de pensamiento preconizan una forma que ayude a imponer una cierta seguridad a la comunidad eclesial, pero sin que ésta tenga un carácter *ad validitatem*. El incumplimiento de la misma la asocian en ocasiones a sanciones de índole penal²¹.

Cuarta actitud: Viene significada por un grupo de autores entre los que suele primar una formación en ciencias ajenas al derecho. Este sector opone a veces el término pastoral al de derecho. Entienden que el matrimonio se debería contraer sólo con arreglo a lo preceptuado en las legislaciones civiles y que la Iglesia podría abandonar todo tipo de intervención en la regulación de la forma. La función que admiten para la Iglesia es que ésta enjuicie moralmente conductas que no corresponden a la identidad del testimonio evangélico en la utilización de la forma civil²².

19. Vid. G. SUÁREZ PERTIERRA, *Ambito personal de obligatoriedad de la forma canónica para contraer matrimonio*, «Revista Española de Derecho Canónico», 31 (1976), pág. 5 y ss.; E. CORECCO, *L'inseparabilità tra contratto matrimoniale e sacramento alla luce del principio scolástico gratia perficit non destruit naturam*, «Strumento Internazionale per un lavoro teologico comuni», nn. 16-17 (1974).

20. Vid. A. MORONI, *I testimoni comuni nella celebrazione del matrimonio canonico* (Milán, 1972).

21. G. DI MATTIA, *La forma canonica del matrimonio revisione radicale* (Roma, 1972). En parecido sentido, aunque con perspectivas y consecuencias diferentes, vid. AUTORI VARI, *La riforma del matrimonio dopo il concilio* (Dibattito sui cann. 242-361 dello Schema Canonum De Sacramentis), «Ephemerides Iuris Canonici», 30 (1974), págs. 226 y ss.

22. J. BERNARD, *A propos de la forma ordinaire du mariage*, «Ius Sacrum» (Munchen, 1969), págs. 575 y ss.; F. TORRENTS, *Matrimonio, divorcio y separación* (Barcelona, 1970); LOCHT Y VARIOS, *Matrimonio civil y matrimonio religioso* (Madrid, 1973); M. CUYAS, *El canon 1512 y la canonización del derecho del estado*, «Ius Populi Dei», 2 (Roma, 1972), pág. 575.

III. LA FORMA MATRIMONII EN EL ANTEPROYECTO ELABORADO POR LA COMISION PONTIFICIA PARA LA REVISION DEL C.I.C.

Situados ya en temática vengamos a ver qué ocurre con el problema de la forma del matrimonio en el anteproyecto elaborado por la comisión pontificia para la revisión del C.I.C.

En el año 1975, como ya apunté, la Santa Sede envió, con carácter reservado, a diversos organismos, *el Schema De Sacramentis* elaborado por la Comisión Pontificia para la revisión del código.

En el capítulo VI del título VII de este esquema se contempla la propuesta relativa a la *forma celebrationis matrimonii*.

Parece oportuno señalar, antes de ofrecer el texto al lector, por la íntima conexión que tiene con nuestro trabajo, que en el proyecto aparecen dos redacciones del canon 315. La primera parece que proviene del grupo de estudio *De Matrimonio*, de la segunda, en cambio, dado su tema, se puede pensar que procede del grupo de la Comisión que elaboró los cánones sobre las personas físicas y jurídicas, que aparecen en el *Schema De Pópulo Dei*²³. En cualquier caso, del estudio del resumen de las

23. Encuentra su fundamento esta afirmación en dos circunstancias: 1.^a El relator en el texto de trabajo, que ofreció a la consideración del grupo *De Matrimonio*, no incluía la segunda opción. 2.^a En las actas del grupo de estudio no se hace referencia alguna al respecto. Cfr. «Communicationes», 8 (1976). Para una visión más completa del iter del proyecto ofrecemos a continuación el texto base del relator.

Can. 1094: § 1. Matrimonia valide contrahuntur tantum assistente parochi, vel loci Ordinarii, vel persona (sacerdote vel diacono; ministro sacro) ab alterutro delegata (o) coram duobus (saltem) testibus, secundum tamen regulas expressas in canonibus qui sequuntur, et salvis exceptionibus de quibus in cc. 1096 ter, et 1098.

§ 2. Assistere matrimonio est praesens requirere manifestationem contrahentium consensus eamque percipere (non vi vel metu gravi constrictus).

Can. 1095:

Parochus et loci Ordinarius valide matrimonio assistunt:

1.^o a die initi officii, quamdiu valide officio funguntur;

2.^o intra fines sui territorii, in quo matrimoniis nedum subditorum, sed etiam non subditorum valide assistunt.

Can. 1095 bis:

Parochus personalis vi officii matrimonio solummodo eorum, quorum alteruter sibi subditus sit, valide assistit et quidem:

1.^o si parochi iurisdictio sine ulla limitatione territoriali circumscribitur, ubique terrarum;

2.^o si parochi iurisdictio territorio determinata est, intra fines tantum sui territorii.

Can. 1906: §. 1. Parochus et loci ordinarius, qui matrimoniis vi officii assistere valent, possunt facultatem intra fines sui territorii matrimoniis assistendi, etiam generalem, delegare sacerdotibus et diaconis, necnon iuxta normas a Conferentiis Episcoporum statuendas (ubi Conferentiae Episcoporum opportunum visum fuerit et iuxta normas ab eadem datas) clericis minoribus et laicis debite de hoc munere instructis.

actas del grupo especial *De Matrimonio* se puede deducir que la alternativa segunda es ajena a la iniciativa de éste.

El texto del *Schema Canonum* es el siguiente:

§ 2. Delegatio facultatis assistendi matrimoniis, ut valida sit, determinatis personis expresse dari debet.

Can. 1096 bis: Facultate delegata matrimoniis assistendi uti quis licite nequit nisi parochus vel Ordinarius loci matrimonii pro singulis casibus licentiam dederit, quae concedenda non est nisi expletis omnibus quae ius constituit pro libertate status comprobanda.

Can. 1096 ter: Valet matrimonii contractus assistente sacerdote (vel diacono) qui delegatione caret, dummodo matrimonium celebretur (ritu sacro) in ecclesia vel oratorio publico et assistens ab auctoritate ecclesiastica non sit prohibitus ne matrimonio assistat.

Can. 1097: Assistens matrimonio illicite agit nisi:

1.º Parochus vel Ordinarius loci matrimonii pro singulis casibus licentiam dederit si assistens agit vi delegationis generalis:

2.º constito sibi legitime de libero statu contrahentium;

3.º constito sibi de domicilio vel quasi domicilio vel menstrua commoratione aut, si de vago agatur, actuali commoratione alterutrius contrahentis in loco matrimonii; aut habita licentia parochi vel Ordinarii domicilii vel quasi domicilii aut menstruae commorationis aut, si de vago agatur, actualis commorationis alterutrius contrahentis, nisi de vago res sit qui nullibi sedem commorationis habet, vel nisi gravis necessitas intercedat quae a licentia petenda excuset.

Can. 1098 (forma extraordinaria).

§ 1. Si haberi (vel adiri) nequeat (sine gravi incommodo) assistens ad normam cann. 1095, 1096, in mortis periculo validum et licitum est matrimonium contractum (forma lege civili praescripta, vel, si haec adhiberi nequeat) coram solis testibus; et etiam extra mortis periculum, dummodo prudenter praevideatur eam rerum conditionem esse per mensem duraturam, et forma ordinaria celebrationis non in fraudem iuris negligatur.

§ 2. In utroque casu, si praesto sit (alius) sacerdos (vel diaconus) (qui adesse possit), vocari et, una cum testibus, matrimonii celebrationi adesse debet, salva coniugii validitate coram solis testibus.

Can. 1099: El redactor propuso dos opciones:

1.ª fórmula: Ad statutam superius formam servandam tenentur:

1.º Baptizati qui Ecclesiae catholicae (sive a recepto baptismo sive postea) adscripti sunt si inter se matrimonium ineunt (quamdiu Ecclesiae adscripti manent);

2.º Idem (de quibus supra), si cum baptizatis Ecclesiae catholicae non adscriptis (aut: baptizatis forma canonica non adscriptis (aut cum non baptizatis (etiam post obtentam dispensationem ab impedimento mixtae religionis vel disparitatis cultus) matrimonium ineunt, salvo praescriptis nn. 3 et 4.

3.º Si in casibus de quibus n. 2, graves difficultates formae canonicae servandae obstant, Ordinariis locorum ius est dispensandi ab ea; Conferentiae autem Episcoporum est normas statuere, quibus praedicta dispensatio concordati ratione ac licite, salva tamen aliqua publica forma celebrationis, concedatur.

4.º In matrimonio celebrando inter partem catholicam, sive ritus orientalis sive ritus latini, et partem acatholicam ritus orientalis, forma canonica observanda est ut actus sit licitus; at ea non observata matrimonium valet, dummodo contrahatur coram ministro sacro legitime deputato.

2.ª fórmula: Ad statutam superius formulam tenentur:

1.º Baptizati qui Ecclesiae catholicae (sive a recepto baptismo sive postea) adscripti sunt vel fuerunt, si inter se matrimonium contrahunt (aut: ineunt);

CAPUT VI

DE FORMA CELEBRATIONIS MATRIMONII ²⁴

Can. 311 (CIC 1094). § 1. Ea tantum matrimonia valida sunt quae contrahuntur coram assistente loci Ordinario aut parochi aut sacerdote vel diacono ab alterutro delegato necnon

nisi ab adepto rationis usu (aut: ab anno decimo quarto impleto; aut: ab infantia) extra eam educati fuerint.

vel post adeptum rationis usum (aut: post annum decimum quartum impletum) ab ea formali actu (aut: declaratione proprio parochi in scriptis data) defecerint, nec ad eam reversi fuerint;

2.º... 3.º... 4.º... ut supra.

Respecto a los cánones 1.100, 1.101 y 1.102.

Relator quaerit an Consultores recognoscere velint totam materiam cann. 1.100, 1.101, 1.102, vel potius unam tantum normam praeferant in novo codice redigere, qua remissio fiat ad libros liturgicos, quod attinet ad ritum celebrationis matrimonii.

Canon 1.103 (adnotatio in matrimoniorum registis).

Celebrato matrimonio, parochus (loci celebrationis) (et loci ubi inquisitio praematrimonialis facta est) vel qui eius (eorum) vices gerit (gerunt), quamprimum consignet (consignent) in matrimoniorum registis nomina coniugum ac testium, locum et diem celebrationis matrimonii atque alia secundum modum (lege generali et) a proprio Ordinario (aut: a propria Conferentia Episcoporum) praescriptum; idque licet non ipse, sed alius minister sacer matrimonio adstiterit, vel matrimonium ad normam can. 1098 initum fuerit.

Canon 1.103 bis (notificatio matrimonii forma extraordinaria initi).

Quoties matrimonium ad normam can. 1.098 contrahitur, minister sacer, si celebrationi adfuerit, secus testes tenentur in solidum cum contrahentibus parochum loci quamprimum initi coniugii certiore reddere; quod si absque gravi incommodo fieri nequeat, Ordinarium loci certiore reddant.

Canon 1.103 ter (adnotatio in libro baptizatorum).

§ 1. Parochus in registis quoque baptizatorum consignet coniugem tali die in sua paroecia matrimonium contraxisse, si coniux in hac paroecia baptismum receperit.

§ 2. Quod si coniux in alia paroecia baptizatus fuerit, matrimonii parochus notitiam initi coniugii ad parochum baptismi sive per se sive per Curiam Episcopalem transmittat, ut matrimonium in registis baptizatorum consignetur; nec acquiescat donec peractae adnotationis notitiam receperit, quae processui praematrimoniali adiungenda est.

Canon 1.103 quater (adnotatio matrimonii initi cum dispensatione a forma).

§ 1. Conferentiae Episcoporum normas edant, quibus modus communi ratione determinetur, quo de matrimonio, post obtentam dispensationem a forma canonica contracto, in registis iure canonico praescriptis constet.

§ 2. Parochus curet ut ministri quoque acatholici operam praestent ad adnotationem nuptiarum cum parte catholica in registis praescriptis faciendam (aut: Parochus quareat, si opus sit, notitias a ministro acatholico ut adnotatio in praescriptis registis rite fiat).

Canon 1103 quinquies (adnotatio solutionis nullitatis convalidationis).

Quoties matrimonium convalidatur pro foro externo, nullum declaratur vel, aliter quam morte, solvitur, parochus loci initi matrimonii certior fieri debet, ut adnotatio in praescriptis registis rite fiat.

(«Communicationes» 8, 1976, págs. 32, 37, 39, 42, 43, 46, 50, 56, 57, 66, 68, 69.)

24. Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Recognoscendo, *Schema documenti pontificii quo disciplina canonica de sacramentis recognoscitur*, Reservatum (Typis Polyglottis Vaticanis, 1975), págs. 84 a 87.

coram duobus testibus, secundum tamen regulas expressas in canonibus qui sequuntur, et salvis exceptionibus de quibus in cann. 315, 318 et 319.

§ 2. Assistere matrimonio est praesens requirere manifestationem contrahentium consensus eamque recipere.

Can. 312 (CIC 1095). Parochus et loci Ordinarius vi officii valide matrimoniis non tantum subditorum, sed etiam non subditorum assistunt, intra fines sui territorii, a die initi officii, quandiu valide officio funguntur.

Can. 313 (CIC 1096). § 1. Parochus et loci Ordinarius, quandiu valide officio funguntur, possunt facultatem intra fines sui territorii matrimonii assistendi, etiam generalem, delegare sacerdotibus et diaconis.

§ 2. Delegatio facultatis assistendi matrimoniis ut valida sit determinatis personis expresse, immo si de delegatione generali agitur, scripto dari debet.

Can. 314 (novus). Delegatio specialis concedenda non est nisi postquam provisum sit de omnibus quae ius constituit pro libertate status comprobanda.

Can. 315 (novus). Matrimonium contractum asistente sacerdote vel diacono, facultate assistendi carente, Ecclesia a momento celebrationis in radice sanat, dummodo matrimonium celebratur coram duobus testibus in ecclesia vel oratorio et assistens ab auctoritate ecclesiastica non sit prohibitus ne matrimonio assistat.

A U T

Can. 315. In errore communi de facto aut iure, itemque in dubio positivo et probabili, sive iuris sive facti, facultatem assistendi supplet Ecclesia.

Can. 316 (CIC 1097). Assistens matrimonio illicite agit nisi:

1) a parcho vel ab Ordinario loci in quo matrimonium celebratur, licentiam eidem assistendi obtinuerit, quoties vi delegationis generalis agit.

2) constituto sibi de libero statu contrahentium ad normam iuris.

Can. 317 (novus). Matrimonia celebrentur in paroecia ubi alterutra pars contrahentium habet domicilium vel quasi domicilium vel menstruam commorationem; alibi celebrari potest cum licentia parochi huius loci si adsit iusta causa. Matrimonium autem vagorum qui nec menstruam commorationem habent celebretur in paroecia ubi actu commorantur.

Can. 318 (CIC 1098). § 1. In mortis periculo si haberi nequeat sine gravi incommodo assistens ad normam cann. 312-313, matrimonium valide et licite contrahitur coram solis testibus.

§ 2. Extra mortis periculum, si haberi vel adiri nequeat sine gravi incommodo assistens ad normam cann. 312-313, matrimonium valide et licite contrahitur coram solis testibus, dummodo prudenter praevideatur eam rerum condicionem esse per mensem duraturam.

§ 3. In utroque casu, si praesto sit alius sacerdos vel diaconus qui adesse possit, vocari et una cum testibus, matrimonii celebrationi adesse debet, salva coniugii validitate coram solis testibus.

Can. 319 (CIC 1099). § 1. Statuta superius forma servanda est, si saltem alterutra pars matrimonium contrahentium in Ecclesia catholica baptizata vel in eandem recepta est nec actu formali aut notorie ab ea defecerit, salvo praescriptis § 2.

§ 2. Si pars catholica, de qua in § 1, matrimonium contrahit cum parte non catholica ritus orientalis, forma canonica celebrationis servanda est tantum ad liceitatem; ad validitatem autem requiritur praesentia ministri sacri, servatis aliis de iure servandis.

§ 3. Quoad matrimonium inter partem catholicam de qua in § 1, et partem non catholicam, sive baptizatam sive non baptizatam, si graves difficultates formae canonicae servandae obstant, Ordinariis locorum ius est ab eadem in singulis casibus dispensandi, salva tamen aliqua publica forma celebrationis; Episcoporum autem Conferentiae est normas statuere quibus praedicta dispensatio concordati ratione ac licite concedatur.

Can. 320 (CIC 1100). § 1. Extra casum necessitatis, in matrimonii celebratione servantur ritus libris liturgicis, ab Ecclesia probatis, praescripti aut legitimis consuetudinibus recepti.

§ 2. Episcoporum Conferentiae facultatem habent, probante Sede Apostolica, exarandi ritum proprium matrimonii, congruentem locorum et populorum usibus ad spiritum christianum aptatis, firma tamen lege ut minister sacer assistens matrimonio praesens requirat manifestationem contrahentium consensus eamque recipiat.

Can. 321 (CIC 1103). § 1. Celebrato matrimonio, parochus loci celebrationis vel qui eius vices gerit, etsi neuter eidem astiterit, quamprimum adnotet in matrimoniorum registis nomina coniugum, ministri assistentis ac testium, locum et diem celebrationis matrimonii iuxta modum a Conferentia Episcoporum praescriptum.

§ 2. Quoties matrimonium ad normam can. 318 contrahitur, minister sacer, si celebrationi adfuerit, secus testes tenentur in solidum cum contrahentibus parochum aut Ordinarium loci de inito coniugio quamprimum certiore reddere.

§ 3. Quoad matrimonium cum dispensatione a forma canonica contractum, Episcoporum Conferentiae normas edant, quibus modus communi ratione determinetur, quo de hoc matrimonio in registis matrimoniorum et baptizatorum constet.

Can. 322 (novus). § 1. Matrimonium contractum adnotetur etiam in registis baptizatorum in quibus baptismus coniugum descriptus est.

§ 2. Si coniux matrimonium contraxerit non in paroecia in qua baptizatus est, parochus loci celebrationis matrimonii notitiam initi coniugii ad parochum loci collati baptismi quamprimum transmittat; nec acquiescat donec peractae adnotationis notitiam receperit, quae processui praematrimoniali adiungenda est.

Can. 323 (novus). Quoties matrimonium vel convalidatur pro foro externo, vel nullum declaratur, vel legitime praeterquam morte solvitur, parochus loci celebrationis matrimonii certior fieri debet, ut adnotatio in registis matrimoniorum et baptizatorum rite fiat».

La atenta lectura del *Schema* hará apreciar al lector que en él se establece:

1.º Los requisitos *ad validitatem*: se exige la presencia del Ordina-

rio del lugar o del párroco o en su caso la de un sacerdote o diácono debidamente delegado por alguno de ellos, amén de otros testigos.

El ministro asistente habrá de requerir y recibir el consentimiento emitido por los contrayentes.

2.º Quién tiene potestad de delegar y a partir de cuándo se posee dicha potestad.

3.º Cuáles son los requisitos que necesariamente deben cumplirse antes de poder conceder delegación para asistir.

4.º Dos opciones diferentes para paliar el problema de las nulidades *ex capite formae*, que reconducen a una concepción excesivamente formalista de la institución.

5.º Los requisitos necesarios para asistir lícitamente al matrimonio.

6.º En qué supuestos se puede contraer de manera extraordinaria, o sea, ante sólo dos testigos.

7.º Ambito de vigencia de la forma.

8.º El cumplimiento de las normas litúrgicas.

9.º La inscripción en los libros parroquiales de los matrimonios celebrados.

10.º La anotación en el libro parroquial, de todo aquello que hubiere afectado al matrimonio después de la celebración.

Dos son las novedades que sobresalen:

1.º Las opciones que se ofrecen para mitigar los riesgos de formalismo.

2.º El ámbito de vigencia de la forma. A este respecto se recoge la normativa promulgada por Paulo VI en el Decreto *Crescens matrimoniorum* y la del *Motu Proprio Matrimonia mixta*. De alguna manera se revisa el criterio que movió a Pío XII a derogar la última parte del § 2 del C. 1099.

Acogida del Schema por parte de la doctrina.

Escasa ha sido la atención que la doctrina ha prestado al anteproyecto remitido a consulta el año 1975. No obstante cabe señalar que las opiniones manifestadas se han polarizado en los siguientes extremos:

1. La mayor parte de los autores²⁵ han considerado positivo que

25. Cfr. entre otros R. NAVARRO VALLS, *Forma Juridica...* o.c.; G. SUÁREZ PERTIERRA, o.c.

se establezca una forma *ad validitatem*; no han faltado, sin embargo, excepciones²⁶.

2. Las críticas al proyecto se han centrado fundamentalmente en: a) El ámbito de obligatoriedad de la normativa²⁷. b) La solución técnica que se arbitra para paliar el problema de las nulidades en base a la forma²⁸. c) La forma extraordinaria²⁹.

IV. EL ULTIMO ESQUEMA

Al iniciar este artículo recordaba que el mes de octubre del año pasado, la Comisión pontificia encargada de la revisión del C.I.C. ponía punto final al trabajo que debía realizar en el capítulo VI del título VII del *Schema De Sacramentis*.

26. Vid. al respecto un artículo publicado en colaboración por varios autores italianos en el que se hace una breve referencia a la forma (AUTORI VARI, o.c. pág. 258-259). Propugnan, estos autores, más o menos veladamente, que se exija para la licitud una forma litúrgica y que la constancia jurídica quede resuelta mediante el matrimonio civil.

Estas opiniones se mezclan con planteamientos ideológicos, menos coherentes con el espíritu del Derecho Canónico que, ideológicamente, no han quedado sin respuesta.

Esta respuesta doctrinal llegó a través del Prof. O. GIACHI (*Diritto e spiritualità nello Schema di riforma del matrimonio canonico*, «Ephemerides Iuris Canonici», 31, 1975, págs. 7 y ss.). En un agudo análisis, demuestra cómo los Autori Vari no plantean una crítica jurídica, ni una propuesta más o menos correcta, sino que más bien aprovechan la discusión del *Schema* para proponer principios ajenos a la naturaleza de la sociedad eclesial.

27. G. SUÁREZ PERTIERRA, o.c., págs. 37 y ss.

28. Vid. U. NAVARRETE, *Schema iuris recogniti «De Matrimonio» textus et observationes*, «Periodica», 63 (1974), págs. 611 y ss.

Escribe este autor: «mihi videtur medium prorsus artificiale et conquistum. Ex una enim parte lex Ecclesiae facit ut illud matrimonium sit invalidum; ex alia vero ipsa lex eo ipso facit ut sit validum. Videtur effugium quoddam ad defendendum pure theoretice necessariam esse ad validitatem competentiam sacerdotis vel diaconi assistentis matrimonio. Esset magis sincerum admittere simpliciter valida esse matrimonia contracta coram quolibet sacerdote vel diacono, «dummodo matrimonium celebretur in ecclesia vel oratorio publico et assistens ab auctoritate ecclesiastica non sit prohibitus ne matrimonio assistat». (o.c. pág. 645).

29. Vid. H. WAGNON, *La forme extraordinaire de mariage canonique et la Commission pontificale pour la réforme du Codex Iuris Canonici*, «Studi in honore di Pietro Agostino D'Avack», 3 (Milán, 1976), págs. 1.025 y ss. Este autor después de lamentar que el nuevo esquema recoja literalmente lo que establece el can. 1.098 expone: «Cette réforme doit, à notre avis, être une *reordinatio materiae ex integro*, qui ne saurait s'opérer dans le cadre d'un unique canon.

Il conviendrait en effet de sérier les divers champs d'application de la loi; non seulement en traitant à part les cas de danger de mort, mais encore les cas d'impossibilité physique, à distinguer des cas où l'impossibilité n'est que morale. Pour chacune des catégories, la norme devrait être énoncée avec toute la clarté et la précision nécessaires. Il faudrait que

Efectivamente, la Comisión se reunió a lo largo de cuatro días para reelaborar el esquema a la luz de los diversos dictámenes que enviaron los organismos consultados.

Creo que es interesante ofrecer ahora a la consideración del lector el esquema, tal como ha quedado después de los últimos trabajos de la Comisión.

Para poder conseguir el texto que se transcribe a continuación, se ha seguido la técnica de incorporar al proyecto las modificaciones realizadas por la Comisión³⁰. Lógicamente, el trabajo que hemos realizado tiene como fruto una redacción con evidentes defectos de estilo, que sin duda los redactores habrán subsanado; sin embargo, una mejor redacción no puede deducirse de lo hasta ahora publicado.

El texto que hemos construido es el siguiente:

CAPUT VI

DE FORMA CELEBRATIONIS MATRIMONII

Can. 311 (CIC 1094). § 1. *Ea tantum matrimonia valida sunt quae contrahuntur coram assistente loci ordinario aut parcho aut sacerdote vel diacono ab alterutro delegato necnom coram duobus testibus, secundum tamen regulas expressas in canonibus qui sequuntur, et salvis exceptionibus de quibus in cann. 315, 318 et 319.*

§ 2. *Assistere matrimonio est praesens exquirere manifestationem contrahentium consensus eamque nomine Ecclesiae recipere.*

Can. 312 (CIC 1095). *Loci ordinarius et parochus vi officii valide matrimoniis intra fines sui territorii non tantum subditorum, sed etiam non subditorum assistunt, dummodo eorum alteruter sit ritus latini, nisi per sententiam fuerint excommunicati vel*

de la sorte, il soit coupé court aux abus les plus flagrants, en rappelant notamment le caractère subsidiaire de la loi et l'inutilité qu'il y a d'y recourir contre les prescriptions de la loi canonique. Il faudrait surtout trouver le moyen d'enlever aux intéressés la faculté de juger eux-mêmes de la nature et de la gravité de l'incommodum qu'ils invoquent» (*o.c.*, pág. 1.041).

30. Vid. «Communicationes», 10 (1978), págs. 86 a 101.

interdicti vel suspensi ab officio aut tales declarati, quandiu valide officio funguntur³¹.

Can. 312 bis. Ordinarius et parochus personalis vi officii matrimonio solummodo eorum quorum saltem alteruter subditus sit intra fines suae dicionis valide assistunt.

Can. 313 (CIC 1096). § 1. Loci Ordinarius et parochus quandiu valide officio funguntur, possunt facultatem intra fines sui territorii matrimonio assistendi, etiam generalem, delegare sacerdotibus et diaconis.

§ 2. Ut valida sit delegatio facultatis assistendi matrimoniis, determinatis personis expresse dari debet; si agitur de delegatione speciali, ad determinatum matrimonium danda est; si vero agitur de delegatione generali scripto concedenda est.

31. Como se observará, la lectura del canon es confusa, induciendo a equívocos. El texto ofrecido es el resultado de la discusión y de las modificaciones que se votaron en el seno de la Comisión. Reproducimos el resumen de las actas que recoge el canon y la discusión del texto aludido.

Can. 312 (CIC 1095).

«Parochus et loci Ordinarius vi officii valide matrimoniis non tantum subditorum, sed etiam non subditorum assistunt, intra fines sui territorii, a die initi officii, quandiu valide officio funguntur.»

— Suggestum est ut alia locutio adhibeatur loco «subditorum», quae male sonat.

Consultores censent nemini iniuriam inferri si ipsi dicatur esse «subditum» legis.

— De addenda clausula «modo sint ritus latini», quam aliqui proposuerunt, Consultores concordant et ideo formula canonis initio ita mutatur: «...vi officii valide matrimoniis assistunt, intra fines sui territorii non tantum subditorum sed etiam non subditorum, dommodo eorum alteruter sit ritus latini, nisi etc.».

— Suggestum est etiam ut initio dicatur: «Loci Ordinarius et parochus...» (placet omnibus).

— Nonnullis superflua visa sunt verba «a die initi officii quamdiu valide officio funguntur».

Placet omnibus.

— Prae oculis habetur votum a Coetu de iure poenali factum ut addatur clausula «nisi per sententiam fuerint excommunicati vel interdicti vel suspensi ab officio aut tales declarati».

Aliquis Consultor non concordat, quia ipse praeferret ut in iure poenali, tamquam in loco proprio, fiat index omnium effectuum censurarum.

Secundum alium consultorem autem haec clausula nihil efficit, quia matrimonium in casu esset validum ob *errorem communem*.

Fit suffragatio an placeat recipere hanc clausulam in canone: placet 4, non placet 3.

— Consultor quidam proponit ut formula canonis ita redigatur: «...vi officii valide matrimoniis intra fines sui territorii non tantum subditorum, etc.».

Propositio omnibus placet. («Communicationes», 10, 1978, pág. 87).

Can. 313 bis. § 1. Ubi desunt sacerdotes et diaconi, potest loci Ordinarius, praevio voto favorabili Episcoporum Conferentiae et obtenta facultate Sanctae Sedis, per seipsum exercendam, delegare laicos qui matrimoniis assistant.

§ 2. Laicus seligatur idoneus, ad institutionem nupturientibus tradendam capax et qui liturgiae matrimoniali pie peragendae aptus sit³².

Can. 314 (Novus). Antequam delegatio concedatur specialis, provideatur de omnibus quae ius statuit ad libertatem status comprobendam.

Can. 315 (Novus). In errore communi de facto aut de iure, itemque in dubio positivo et probabili, sive iuris sive facti, facultatem assistendi suplet Ecclesia.

Can. 316 (1097). Assistens matrimonio illicite agit nisi constituto sibi de libero statu contrahentium ad normam iuris atque, si fieri potest, de licentia parochi quoties vi delegationis generalis assistit.

Can. 317 (Novus). Matrimonia celebrentur in paroecia ubi alterutra pars contrahentium habet domicilium vel quasi domicilium vel menstruam commorationem, aut si de vagis agitur, in paroecia ubi actu commorantur, cum licentia propii Ordinarii aut parochi propii alibi celebrari potest.

Can. 318 (1098). § 1. Inire intendentes verum matrimonium, illud valide et licite contrahere possunt coram solis testibus:

1) in mortis periculo, si haberi nequeat sine gravi incommodo assistens ad normam iuris competens.

2) extra mortis periculum, si haberi vel adiri nequeat idem assistens ad normam iuris competens, dummodo prudenter praevideatur earum rerum condicionem esse per mensem duraturam.

§ 2. In utroque casu, si praesto sit alius sacerdos vel diaconus

32. Este canon comporta la incorporación del laico a la función de testigo cualificado. Dada la novedad de la idea, no prevista por otra parte, en el proyecto anterior, el canon deberá someterse de nuevo a la especial aprobación de instancias superiores: «Consultores novum canonem approbant, attamen Cardinalis Praeses illos monet de opportunitate maturius perpendendi quaestionem, quae certerum solutionem definitivam non potest habere sine approbatione altioris instantiae» («Communicationes», 10, 1978, pág. 94).

qui adesse possit, vocari et, una cum testibus, matrimonii celebrationi adesse debet, salva coniugii validitate coram solis testibus.

Can. 319 (CIC 1099). § 1. Statuta superius forma servanda est, si saltem alterutra pars matrimonium contrahentium in Ecclesia catholica baptizata vel in eandem recepta est nec actu formali ab ea defecerit, salvo praescriptis § 2.

§ 2. Si pars catholica, de qua in § 1 matrimonium contrahitur cum parte non catholica ritus orientalis, forma canonica celebrationis servanda est tantum ad liceitatem; ad validitatem autem requiritur praesentia ministri sacri, servatis aliis de iure servandis.

§ 3. Quoad matrimonium inter partem catholicam de qua in § 1, et partem non catholicam, sive baptizatam sive non baptizatam, si graves difficultates formae canonicae servandae obstant, Ordinario loci in quo matrimonium celebratur ius est ab eadem in singulis casibus dispensandi, salva tamen ad validitatem aliqua publica forma celebrationis; Episcoporum autem Conferentiae est normas statuere quibus praedicta dispensatio concorditer concedatur.

Can. 320 (CIC 1100). § 1. Extra casum necessitatis, in matrimonii celebratione servantur ritus in libris liturgicis, ab Ecclesia probatis, praescripti aut legitimis consuetudinibus recepti.

§ 2. Episcoporum Conferentiae facultatem habent, probante Sede Apostolica, exarandi ritum proprium matrimonii, congruentem locorum et populorum usibus ad spiritum christianum aptatis, firma tamen lege ut assistens matrimonio praesens requirat manifestationem contrahentium consensus eamque recipiat.

Can. 321 (CIC 1103). § 1. Celebrato matrimonio, parochus loci celebrationis vel qui eius vices gerit, etsi neuter eidem astiterit, quamprimum adnotet in matrimoniorum registis nomina coniugum, assistentis ac testium, locum et diem celebrationis matrimonii iuxta modum ab Episcoporum Conferentia vel ab Episcopo praescriptum.

§ 2. Quoties matrimonium ad normam can. 318 contrahitur, sacerdos vel diaconus si celebrationi adfuerit, secus testes tenentur in solidum cum contrahentibus parochum aut Ordinarium loci de inito coniugio quam primum certiore reddere. Ad matrimonium quod attinet cum dispensatione a forma canonica contractum,

loci Ordinarius qui dispensationem concessit curet ut inscribatur dispensatio et celebratio in libro matrimoniorum tum Curiae suae tum paroeciae partis catholicae propriae, cuius parochus inquisitiones de statu libero peregit; de celebrato matrimonio eundem Ordinarium et parochum quamprimum certiore reddere tenetur coniux catholicus, indicans etiam locum celebrationis necnon formam publicam servatam.

Can. 322 (Novus). § 1. Matrimonium contractum adnotetur etiam in registis baptizatorum in quibus baptismus coniugum inscriptus est.

§ 2. Si coniux matrimonium contraxerit non in paroecia in qua baptizatus est, parochus loci celebrationis matrimonii notitiam initi coniugii ad parochum loci collati baptismi quamprimum transmittat³³.

Can. 323 (Novus). Quoties matrimonium vel convalidatur pro foro externo, vel nulum declaratur, vel legitime praeterquam morte solvitur, parochus loci celebrationis matrimonii certior fieri debet, ut adnotatio in registis matrimoniorum et baptizatorum rite fiat.

Si comparamos ambos proyectos —el enviado a consulta y el que acabamos de transcribir— podemos apreciar que la labor de la Comisión, se ha materializado en dos planos: cuestiones de fondo y de forma.

En cuanto a las de forma, se advierte la supresión de términos, la sustitución de unas palabras por otras, e incluso la redacción de algún

33. Entendemos que el texto del canon queda tal como lo ofrecemos. Cotéjese de todos modos el resumen de la discusión. En ella se puede apreciar por una parte, que se suprime la última parte del § 2 y luego, en cambio, se somete a votación si se modifica o no uno de los términos del párrafo suprimido:

Can. 322 (Novus) § 1. Matrimonium contractum adnotetur etiam in registis baptizatorum in quibus baptismus coniugum descriptus est.

§ 2. *Si coniux matrimonium contraxerit non in paroecia in qua baptizatus est, parochus loci celebrationis matrimonii notitiam initi coniugii ad parochum loci collati baptismi quam primum transmittat; nec acquiescat donec peractae adnotationis notitiam receperit, quae processui praematrimoniali adiungenda est.*

— Aliquis Consultor proponit ut in § 1 dicatur «inscriptus» loco «descriptus» (placet omnibus).

— Nonnulli petierunt suppressionem ultimae partis § 2^{ae}, quia non aequum ipsis videtur aliam obligationem imponere illi qui iam munus suum adimplevit per communicationem notitiae initi coniugii ad parochum collati baptismi. Fit suffragatio an placeat haec propositio: placet 4, non placet 3.

— Aliquis Consultor proponit ut dicatur «actis» loco «processui» (placet omnibus). («Communicationes», 10, 1978, págs. 100-101).

nuevo canon; todo ello hecho con ánimo de clarificar, precisar y delimitar. Por citar ejemplos, véase el párrafo 2 del can. 311 (CIC 1094) donde el término *requirere* en el mismo canon se incorpora al final de los términos *eamque nomine Ecclesiae*. Análogo carácter tienen el cambio de prelación que sufren en el can. 313, los términos *parochus et loci Ordinarius*; el cambio de redacción del can. 314 (Novus), con la omisión de los términos *nisi postquam*, susceptibles estos a crear duda sobre la relevancia de la norma; la supresión del término *notorie* en el can. 319 (CIC 1099) y así podríamos citar otros supuestos, que ahorramos al lector.

En cuanto a las cuestiones de fondo, son menos numerosos los cambios que se realizan. Véase entre otros, por ejemplo, la posibilidad de que el asistente sea un laico y la elección de la segunda alternativa, de las dos que se ofrecían en el can. 315 del proyecto enviado a consulta.

Antes de enjuiciar la labor de la Comisión, con respecto al punto en que hemos centrado el presente artículo, creo que es importante sentar las líneas a partir de las cuales entiendo que se debería regular cualquier normativa sobre la forma, que se ordene a conseguir la mejor seguridad jurídica posible en el ordenamiento matrimonial canónico.

V. PRESUPUESTOS DOCTRINALES PARA UNA NORMATIVA SOBRE LA FORMA DEL MATRIMONIO

El *primer* presupuesto afecta al encuadre de la forma en el conjunto del Derecho matrimonial canónico, para determinar el papel que desempeña en la génesis del vínculo. Sea cual sea la relevancia jurídica o pastoral que se pueda asignar a la forma, habrá que convenir que ésta tiene un límite que radica en que «no es causa del vínculo conyugal, puesto que este vínculo es causado por la autonomía privada de los contrayentes»³⁴. Por tanto, no es coherente, a la naturaleza de la forma, establecer una regulación que permitiera concluir que, de hecho³⁵, «el reconocimiento del pacto conyugal otorga a ésta su dimensión jurídica»³⁶.

34. P. LOMBARDÍA, *Supuestos especiales de relación entre consentimiento y forma*, «Derecho Canónico», 2 (Pamplona, 1974), pág. 133.

35. Escribe V. REINA (*Forma...*, o.c., pág. 303) que «todos los instrumentos de recepción —sacerdote incluido— deben valorarse de manera que no se interpongan entre esta función de la forma y la efectiva emisión del consentimiento en presencia del párroco y los testigos».

36. P. LOMBARDÍA (o.c., pág. 133) hace notar a propósito de la función de la forma

Segundo: si bien la *forma matrimonii* tiene una función de carácter instrumental³⁷ en la génesis del negocio jurídico matrimonial, su relevancia no puede ser puesta en crisis ya que la forma «representa un instrumento de publicidad del acto, mediante el cual, el consentimiento, al exponerse ante instrumentos de recepción, se hace noticia objetiva, sustrayéndose así la suerte jurídica ulterior del acto y sus efectos del arbitrio de una parte frente a la otra, o del arbitrio de ambas partes frente a terceros. En tal sentido la forma es medio de identificación del acto; también, en cuanto hace posible la identificación, medio de protección. Por eso, a tal función de publicidad le llamamos función de protección o de seguridad»³⁸.

Tercero: que todo ordenamiento jurídico primario establece su normativa jurídica haciéndola coherente en orden al fin y medios con que puede y debe operar³⁹, así: «la forma opera con diversa fuerza en el ordenamiento secular y en el canónico. En general, en los ordenamientos seculares, se descarta de antemano la posibilidad de una prueba contraria al principio de certeza, de modo que la forma queda erigida, ante problemas de discordancia *voluntas-forma*, en suprema razón de existencia del matrimonio. En cambio, en el Derecho Canónico, que persigue con tesón la primacía de la verdad, se permite la indagación del consentimiento real, y su prevalencia, mediante prueba, sobre el consentimiento implicado en la forma»⁴⁰. Por esto, el ordenamiento canónico, de acuerdo con sus postulados tradicionales⁴¹, deberá regular la *forma matrimonii* de manera con-

que «sería un error, por tanto, pensar que el reconocimiento del pacto conyugal otorga a éste su dimensión jurídica. Tal reconocimiento no es otra cosa que la formalización de la juricidad, que es connatural al matrimonio, la cual postula para el momento negocial —dinámica de la autonomía privada—, la función de causar el vínculo».

37. V. REINA (*Forma...*, o.c., pág. 289), recogiendo la opinión de BETTI, afirma que la «forma no es otra cosa que la objetiva reconocibilidad del contenido del negocio en el ámbito social en que se actúa, en cuanto que denuncia incluso sin que sea consciente el autor, una cierta toma de posición respecto a los intereses en juego».

38. E. LALAGUNA, *Función...*, o.c., pág. 218.

39. O. GIACHI (o.c., pág. 22) a este respecto hace notar que las «norme legislative circa il matrimonio»... no pueden substraerse «della natura propia del diritto canonico come un ordinamento giuridico che qualumque contenuto esso abbia, ha le sue imprescindibile caratteristiche».

40. E. LAGUNA, *Función...*, o.c., págs. 224-225.

41. Además de los postulados tradicionales, debe tenerse en cuenta lo que G. SUÁREZ PERTIERRA (o.c., pág. 42) llama «el valor teológico adquirido por el instituto durante estos últimos siglos». Escribe este autor al respecto: «Si el establecimiento obligatorio de una forma canónica matrimonial ha tenido en su origen una significación principalmente jurídico-positivista, los términos del problema son hoy diversos, hasta el extremo de que para sostener la opinión de que la Iglesia puede hoy abolir la exigencia formal en el matrimonio,

gruente con su específico modo de entender las relaciones entre forma⁴², indagación del consentimiento real, seguridad jurídica y sentido religioso del matrimonio⁴³.

Cuarto: Todo ordenamiento jurídico primario es «competente para regular y ordenar el ejercicio del *ius connubii* y para el reconocimiento

de la misma manera que la estableció en un momento histórico, habría que tener en cuenta el valor teológico adquirido por el instituto durante los últimos siglos».

42. Entiendo que los postulados de la Sociedad que estudio, comportan la exigencia de una forma, ya que ésta, como hace notar R. NAVARRO VALLS (*La expresión...*, o.c., págs. 479 y 480), desempeña una función pedagógica ante los miembros del Pueblo de Dios difícilmente sustituible y su desaparición (el derecho canónico no es un derecho de «élites», sino de masas) entrañaría un enorme riesgo de ambigüedades acerca del contenido más profundo —sacramental y humano— de la unión conyugal cristiana. Pero, además, es sin duda baluarte muy firme tanto de conservación de la jurisdicción de la Iglesia como de las exigencias del matrimonio delineadas por Cristo en su nueva institución. Piénsese que la secularización del matrimonio —y su primera manifestación de bulto, que fue la introducción de las formas civiles— trajo su causa en la conjunción de dos fuerzas que en su propia coincidencia de fondo (la recusación de la jurisdicción eclesiástica sobre la unión conyugal) se atrajeron recíprocamente: las tendencias absolutistas del Estado moderno y esa enfermedad del alma occidental que fue la Reforma protestante. Ambas fuerzas —naturales con todos los matices que cuatro siglos han introducido en sus iniciales «ideariums» ideológicos— siguen operando con la misma o creciente intensidad y sobre idéntico extremo: la jurisdicción eclesiástica sobre el matrimonio. Dejar en esta situación desamparada una institución jurídico-canónica produciría un vacío que la jurisdicción más cercana —la civil— tendería a llenar inevitablemente. En este sentido, el Profesor MALDONADO denunciaba no ha mucho, que el sacrificio de las fórmulas jurídicas en la Iglesia en aras de un vago pastoralismo trae como consecuencia que sea otro sistema extraño el que se arrogue la intervención en la materia, desatendiendo así, tanto la defensa de los derechos de los fieles, como el cumplimiento de sus obligaciones en la comunidad eclesiástica. Y no me parece exagerada esta apreciación si se aplica al tema de que venimos tratando».

43. Perspectiva, que englobe unos valores peculiares, como nota H. WAGNON, *La forme ordinaire du mariage canonique*, «La Chiesa dopo il Concilio», «Atti del congresso internazionale di Diritto Canonico» (Milán, 1972), págs. 1.383 y ss.

«Il n'est pas douteux que chez nos chrétiens d'aujourd'hui, comme chez leurs devanciers, la valeur religieuse du mariage est attachée à sa célébration dans la forme canonique. Les chrétiens doivent «s'unir dans le Christ» (Vat. II, Gaudium et Spes), et leur intention doit s'exprimer en une forme adéquate c'est au pied de L'autel, devant leur curé, qu'ils ont conscience de prendre des engagements sacrés. Si on leur enseigne demain que l'accomplissement de la forme civile est suffisant à les rendre époux, il est à redouter que ne s'estompe rapidement leur foi en la dignité sacramentelle d'un engagement qu'ils auront pris dans un lieu profane et en l'absence de tout rite sacré. Il est à craindre qu'en cette matière comme en bien d'autres, une «sécularisation» de l'institution ne conduise à une déchristianisation: la dimension surnaturelle du mariage chrétien doit transparaître dans la façon même dont il est conclu. Il est à craindre aussi que l'obnubilation du caractère religieux du mariage n'aille de pair, chez nos fidèles, avec une conviction toujours accrue de la licéité du recours au divorce.

Cette raison devrait à elle seule suffire à condamner les tentatives faites pour supprimer la forme canonique du mariage. Mais il en est d'autres. Une raison d'ordre social: l'engage-

del pacto conyugal celebrado»⁴⁴. Partiendo de esta base, y teniendo en cuenta que a todo ordenamiento jurídico primario, no sólo le corresponde regular, sino que debe establecer la normativa que crea necesaria para el buen orden del ámbito social en que está inserto, habrá de concluir que tanto la Iglesia⁴⁵ como el Estado tendrán que instrumentalizar con independencia, una de otra, y a los efectos de sus respectivos ámbitos de competencia, aquellos medios que crean necesarios para que el «consentimiento emitido sea recibido como tal en el seno de la comunidad en que se pronuncia y a la que necesariamente afecta»⁴⁶. Esto puede dar lugar, en supuestos como el del matrimonio, a que se obligue a personas, súbditas de ambas potestades, a una repetición de actos, repetición que aunque atente al principio de economía de los actos jurídicos, en cambio tiene el efecto positivo de evitar posibles interferencias, siempre poco deseables, no sólo entre ambos ordenamientos, sino también entre ambas supremas potestades⁴⁷.

ment des époux chrétiens doit être le signe de l'intégration du foyer qu'ils fondent, dans la vie sacramentelle et spirituelle de l'Eglise; comment attacher pareille signification à un acte purement civil? Une raison d'ordre personnel (et pastoral): il est bien à penser que les fidèles qui se contenteront d'une union civile, ne prendront plus la peine de faire connaître leur projet à leur curé; par là-même, c'est leur préparation pastorale qui est rendue impossible, de même que l'enquête que doit mener leur curé de statu libero, de sufficientia consensus, etc. Une raison d'ordre plus strictement juridique: il sera incontestablement plus difficile au Tribunal, appelé à en juger, de se prononcer sur la validité ou la nullité d'un lien contracté en dehors de tout contrôle de l'autorité religieuse». (H. WAGNON, *La forme ordinaire...*, o.c., págs. 1.388-1.389).

44. J. HERVADA, citado por P. LOMBARDÍA, o.c., pág. 133.

45. W. BERTRAMS, citado por G. DI MATTIA (*La dottrina sulla forma canonica del matrimonio e la proposta per un suo riesame*, «Apollinaris», 44 (1971), pág. 495) escribe: «Consensus matrimonialis creat illas relationes intentionales, personales inter partes, quae matrimonio sunt propriae; tales relationes simul sumptae constituunt societatem coniugalem secundum esse metaphysicum cum structura interna, quae in iuribus et officiis matrimonialibus seu in vinculo matrimoniali consistit. Matrimonio ita rite condito debetur de se etiam recognitio ex parte societatis indolis organisatoriae, cuius est ordinare exercitium iurium personalium inter homines coëxistentes. Deficiente hac recognitione deficit matrimonio elementum essenziale, scilicet efficacia iuridica. *Ecclesiae est providere coordinationi exercitii iurium ratione finis supernaturalis, id est, Ecclesiae est providere bono communi sensu tecnico ordinis supernaturalis; ea de causa Ecclesia potest afficere structuram externam seu organisationem societatis coniugalis; hinc Ecclesia potest denegare matrimonio efficaciam iuridicam ratione boni communis supernaturalis*. In tali casu deficiente legitimo exercitio iurium nec matrimonium nec sacramentum habetur; matrimonium est simpliciter invalidum».

46. V. REINA, *Matrimonio canónico y civil de los cristianos, presupuestos doctrinales*, «Revista de Derecho Privado», 53 (1969), págs. 841.

47. Como señala R. NAVARRO VALLS (*La expresión...*, o.c., pág. 478-479), en el tema de la forma existe algo más profundo que la publicidad de una categoría contractual: «el mantenimiento de jurisdicción de la Iglesia sobre los matrimonios canónicos. No quiero decir que la forma canónica sea el único medio técnico para hacer valorar una jurisdicción, pero lo que

Quinto: A la hora de sentar los principios que deben informar cualquier regulación de la forma, habrá que tener en cuenta que, para la sociedad que nos ocupa, el matrimonio además de un contrato es un sacramento⁴⁸, que debe ser simbolizado, conforme a su naturaleza⁴⁹, *in facie Ecclesiae*, ya que «en cuanto sacramento, la celebración del matrimonio es una manifestación de la vida de la Iglesia, y aunque sea recibida por miembros concretos del Cuerpo Místico, en realidad, todo el pueblo de Dios resulta afectado por este hecho. Por ello, puede determinar la Iglesia, cómo debe contraerse el matrimonio, para que sea reconocido como pacto, es decir, como signo sacramental dentro de la comunidad del pueblo de Dios»⁵⁰.

Sexto: A la hora de contraer matrimonio, el sujeto que opta, amén de la forma civil, por la forma canónica, actualiza sin duda su voluntad de vivir como católico⁵¹.

En cambio, las soluciones canonizadoras de la ley civil, atentarán de alguna manera a la libertad de aquellas personas católicas que, si bien

sí es evidente es que hay una íntima relación entre celebración del matrimonio «in facie Ecclesiae» y jurisdicción de la Iglesia sobre el mismo, desempeñando aquélla una función, no constitutiva en el sentido antes citado, pero sí de tanta importancia que no dudaría en afirmar que lo aparentemente instrumental hoy se torna en expediente verdaderamente esencial. Porque, sin duda, las que ya en 1854 IHERING denominó «funciones pedagógica y conservadora» de la forma adquieren peculiar importancia en la contienda jurisdicción civil versus jurisdicción eclesiástica en el matrimonio».

48. Como hace notar O. GIACCHI, (o.c., pág. 9), «a connessione tra contrattualità e sacramentalità nel matrimonio... è dottrina comune che essa è tanto tradizionale che l'opinione contraria fu già condannata come eretica almeno con il Decreto pubblicato da Lucio III al concilio de Verona nel 1181, passato poi nella prima delle Cinque Compilationes Antiquae e poi nelle Decretali di Gregorio IX c. 9, V, 7, ad abolendam».

49. Escribe R. NAVARRO VALLS, (*La expresión...*, o.c., págs. 474-475):

«Si la forma canónica es elevada a requisito es por necesidad de algo sustancial: la certeza de las situaciones jurídicas asumidas por los sujetos de la Iglesia, y la defensa del contenido sacramental que en el propio matrimonio canónico subyace. Si la forma canónica se inserta en el marco de lo convencional no está, sin embargo, en el reino de la pura contingencia. Es un medio técnico, sí, pero de transformar, con la ayuda de las construcciones jurídicas, exigencias de sustancia en Derecho positivo. Lo constante son esas exigencias, lo fugaz es el medio técnico de defensa; de ahí su posibilidad de modificaciones, pero siempre que tales modificaciones no desvirtúen el público interés en el matrimonio canónico, que afecta primordialmente a la protección y tutela del sacramento mismo. *Por ello WAGNON ha señalado con claridad los límites del legislador en las posibles alteraciones del actual régimen de forma: que la norma misma no resulte desprovista de su vigor evangélico, apareciendo como secularizada.*»

50. V. REINA, *Forma...*, o.c., pág. 295.

51. V. REINA (*Matrimonio canónico...*, o.c., págs. 866 y ss.) profundiza en la idea de que la Iglesia no tiene por qué obviar la dualidad de matrimonios; queda así más claro que el matrimonio cristiano, como el ser cristiano, comporta la adhesión y por tanto vida consciente.

desean convivir con una persona (matrimonio civil), no quieren contraer el matrimonio, según el sentido de la Iglesia. Sin entrar en las responsabilidades de índole moral que para los católicos pueden derivarse de contraer el mero matrimonio civil, entiendo que no es correcto, en orden a la libertad, ni conveniente en orden a la seriedad del sacramento⁵², cano- nizar automáticamente el matrimonio civil⁵³, ya que, con ello, se anularía el ejercicio de la legítima libertad de los individuos, que aunque pueda ser equivocada, no obstante, como toda opción, será digna de respeto.

Séptimo: Habrá que arbitrar, para todos aquellos supuestos, en que ofreciera alguna dificultad contraer bajo forma ordinaria, unas formas ex- traordinarias⁵⁴ cuyo fundamental objetivo radicará en dejar al menos una

52. WAGNON (*La forme ordinaire...*, o.c., pág. 1.386) señala cómo algunos autores proponen canonizar la ley civil en base a que «ce serait couper cour á une pratique dé- testable qui sévit dans certaines régions: on y voit des catholiques contracter une union civile ad experimentum, dont ils demandent, si elle s'avère heureuse, la convalidation à l'autorité religieuse, ou à laquelle ils mettent fin par le divorce dans le cas contraire, et ils contractent alors un nouveau mariage, religieux cette fois, au grand scandale des autres fidèles. On peut espérer aussi que le fait de savoir que l'Eglise reconnaît comme valides les mariages civils sera de nature à détourner notre jeunesse des unions hâtives ou irréflechies».

Entiendo que no es correcto dar la condición de sacramento a un contrato civil, por muy loable que sea la finalidad, aunque sea para «détourner notre jeunesse des unions hâtives ou irréflechies».

53. Además de lo que hacemos notar en el texto a propósito del ejercicio de la libertad se habrá de apreciar con H. WAGNON (*La forme ordinaire...*, o.c., pág. 1.387) que:

«Reconnaître la caractère d'un vrai mariage à l'union contractée par deux catholiques selon les normes et dans la forme prescrites par la loi civile, équivaldrait pratiquement —dans l'estimation des fidèles— à canoniser ces normes et cette forme. Or, en matière de mariage, les préoccupations et les perspectives des législations canonique et civile sont, dans bien des pays, fort différentes. Les lois civiles sont assez généralement moins sévères en ce qui concerne l'admissibilité au mariage ou les qualités du consentement, parce qu'elles concèdent le divorce; et le divorce es parfois prononcé avec une telle facilité qu'on est amené à croire que la loi n'envisage plus le mariage que comme un contrat rescindible à peu près à la convenance des parties. L'Eglise pourrait elle jamais, sans faillir à sa mission, reconnaître de tels mariages pour de vrais mariages».

54. La forma extraordinaria no ha sido un instrumento ajeno a la recepción del con- sentimiento. Como es sabido, después de que el Concilio de Trento estableciera, mediante el Decreto Tametsi, una única forma válida de contraer matrimonio, la Sede Apostólica vio la necesidad de que en algunos lugares donde se hubiere promulgado el Decreto, se arbitrara, a tenor de las circunstancias, un modo extraordinario de contraer matrimonio.

En este orden, el 26 de septiembre de 1602, la sagrada Congregación del Concilio declaró que en los lugares Tridentinos donde no hubiera sacerdotes, o donde el sacerdote debiera esconderse a causa de las persecuciones, los matrimonios celebrados serían válidos, observando, en la medida de lo posible, la forma del Concilio, es decir al menos ante dos tes- tigos. Esta decisión fue confirmada por el Romano Pontífice el 19 de enero de 1603. Aunque se trataba de un Decreto particular (dado para los católicos de los Países Bajos), implicaba un paso de valor importante porque confirmaba la sentencia común de los doctores y constituía la base para otras declaraciones de la Sede Apostólica.

clara constancia de que se ha emitido consentimiento con *animus* de contraer matrimonio canónico ⁵⁵.

Ahora bien, las formas extraordinarias no sólo se habrán de admitir para las situaciones en las que el cumplimiento de la forma ordinaria

Sin entrar en discusiones doctrinales —para unos sería una declaración interpretativa del *Tametsi*, para otros una dispensa de la Ley—, lo que queda claro es que con esta decisión de la Sagrada Congregación se estableció una forma diferente de recepción del consentimiento. Esta otra forma no era más que una forma extraordinaria, que completaba la normativa Tridentina. Sólo se podía acudir a ella legítimamente en caso de imposibilidad absoluta de recurrir al sacerdote, ya por ausencia física de éste, ya por razones de orden material.

El carácter extraordinario de la forma radicaba en que el matrimonio se celebraba *coram solis testibus*. La posibilidad de acudir a la forma extraordinaria, sólo en los supuestos arriba reseñados, subsistió hasta finales del siglo XVIII.

En 1785, la Congregación de Propaganda Fidei introducía una modificación que tendrá grandes consecuencias en el futuro: extiende la forma extraordinaria a casos de imposibilidad no sólo absoluta o física, sino moral. Sin embargo, esta instrucción tendrá durante largo tiempo únicamente el carácter de una medida excepcional; en los numerosos documentos emanados por esta misma Congregación después del 1785, expresamente iba subrayando que el recurso a la forma extraordinaria no se justificaba nada más que en el caso de ausencia total de sacerdote.

Es importante la precisión que hizo el Santo Oficio en cuanto a lo que concernía al uso de la forma extraordinaria; con fecha de 1 de julio de 1863 autoriza el uso de esta forma, cuando se prevea que la ausencia del sacerdote se prolongue durante el espacio de un mes: *et praevideatur spatio saltem unius mensis a loco abfuturus*.

Importante es la reforma que hace el Decreto *Ne temere* respecto a la legislación anterior, ya que integraba en la ley la forma extraordinaria, que había alcanzado el *stylus curiae*, y que reglamentaba en dos artículos:

Art. VII. *Inminente mortis periculo, ubi parochus, vel loci Ordinarius, vel sacerdos ab alterutro delegatus, haberi nequeat, ad consulendum conscientiae et (si casus ferat) legitimatione prolis, matrimonium contrahi valide ac licite potest coram quolibet sacerdote et duobus testibus.*

Art. VIII. *Si contingat ut in aliqua regione parochus locive Ordinarius, aut sacerdos ab eis delegatus, coram quo matrimonium celebrari queat, haberi non possit, eaque rerum conditio a mense iam perseveret, matrimonium valide ac licite iniri potest emissio a sponsis formali consensu coram duobus testibus.*

En realidad, el Decreto instituía dos formas extraordinarias, una para el caso *imminente mortis periculo*, y otra en aquellos en los que era imposible acudir a un sacerdote.

La primera —art. VII—, requería la presencia de un sacerdote, no importaba cuál, y de dos testigos, con el fin de pacificar la conciencia del moribundo o para legitimar los hijos habidos. Se requería *imminente* peligro de muerte e imposibilidad de acudir al párroco u Ordinario del lugar, o al sacerdote delegado por alguno de ellos. El matrimonio así celebrado era válido y lícito.

La segunda —art. VIII—, no requería más que la presencia de dos testigos en el caso de imposibilidad común y absoluta de no poder contar con la presencia de un ministro competente. El Decreto ratificaba pues la disciplina que ya había establecido la Curia, con una precisión importante: desde entonces sólo sería válido y lícito el recurso a dicha forma cuando la imposibilidad durase un mes. Se substituyó un elemento subjetivo: cuando se

sea de difícil consecución, sino para todas aquellas situaciones cuyas circunstancias lo aconsejen⁵⁶. Así entiendo que se flexibiliza la forma, no se perjudica la seguridad jurídica y hay menos riesgos de posibles interferencias en la jurisdicción que la Iglesia tiene en materia matrimonial.

VI. CONCLUSION

Expuestos los postulados, a partir de los cuales se puede abordar cualquier regulación de la *forma matrimonii*, vengamos a concretar posturas en relación con el *Schema canonum*.

¿Es aceptable el *Schema canonum* propuesto?

En lo substancial, o sea en lo que hace referencia a establecer una forma *ad validitatem*, entiendo que sí. El ordenamiento canónico, como tuve ocasión de señalar líneas más arriba, cual ordenamiento jurídico primario, debe establecer con independencia los instrumentos necesarios para garantizar la seguridad jurídica de la sociedad de la cual se ocupa. Ahora bien, siendo positivo el juicio que merece el proyecto de *lege ferenda*, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, es conveniente señalar que, de sancionarse por el legislador el proyecto tal cual está, se habrá perdido la oportunidad de evitar que el vínculo matrimonial pueda ser sometido a impugnaciones que pongan en tensión el principio de causalidad consensual.

preveía que la ausencia del sacerdote se prolongase durante el espacio de un mes, por el elemento objetivo: el hecho de que la ausencia durase ya un mes, tan fácil de verificar.

Es importante el reconocimiento que hace la ley respecto a lo que ya era doctrina común y estilo de la Curia: cesaba la obligación de observar la forma sustancial prescrita por el derecho positivo para la celebración válida del matrimonio, si no se podía observar sin grave incómodo; el matrimonio así contraído sin observar la forma era válido y lícito, ya que el cumplimiento de la forma se opondría al derecho natural a contraer matrimonio, y en este conflicto el derecho natural prevalecía sobre el derecho positivo. De manera análoga se reguló en el C.I.C. para determinadas circunstancias una forma extraordinaria. (L. BENDER, o.c., pág. 135 y ss.; D. G. OSTERLE, *De forma celebrationis matrimonii*, «Ephemerides Iuris Canonici», 1946, pág. 124-125; H. WAGNON, *La forme extraordinaire du mariage canonique*, «L'Année Canonique», 15, 1971, págs. 557-575).

55. V. REINA (*Forma canónica...*, o.c., pág. 304) recogiendo el sentir de E. LALAGUNA, escribe que se ha fijado precisamente en la forma extraordinaria, reducida a la presencia en el acto de los testigos comunes, el significado elemental, primario de la forma en todo caso, ya que dicha presencia delata una función de adverbación, de publicidad, una función meramente instrumental».

56. Esta idea, ya la sugiere V. REINA en su estudio *Matrimonio canónico...*, o.c., pág. 868 cuando afirma que: «La forma extraordinaria... es susceptible de rellenos y ponderados desarrollos».

Efectivamente, al leerse el esquema recién reelaborado se podrá apreciar que la Comisión ha desechado la primera de las dos alternativas que se proponían en el esquema, aceptando la segunda. La propuesta, como se recordará, estaba redactada así:

Can. 315 (novus). *Matrimonium contractum assistente sacerdote vel diacono, facultate assistendi carente, Ecclesia a momento celebrationis in radice sanat, dummodo matrimonium celebratur coram duobus testibus in ecclesia vel oratorio et assistens ab auctoritate ecclesiastica non sit prohibitus ne matrimonio assistat.*

A U T

Can. 315. *In errore communi de facto aut iure, itemque in dubio positivo et probabili, sive iuris sive facti, facultatem assistendi supplet Ecclesia.*

Comparto el criterio de la Comisión de que carece de sentido establecer una normativa *ad validitatem*, cuyo incumplimiento se prevea que se sanará automáticamente si se cumplen determinados requisitos⁵⁷. Es ciertamente incoherente que en un lugar quede reducido a la licitud, lo que en otro *ex profeso* se establece como necesario para la validez. El razonamiento es justo, lo sorprendente es que lo emplee la misma Comisión que ocho años antes había arbitrado la solución.

57. «Ex consultatione facta non pervenerunt suggestiones quae ducere possint ad unam formulam accipiendam et aliam excludendam. Nam plures primam, plures autem aliam formulam laudaverunt.

De prima formula placuit claritas, eo quod institutum sanationis nullum dubium admittit circa validitatem matrimonii, dummodo verificentur conditiones in canone statutae. Attamen de ipsa prima formula in luce posita est indoles artificialis et subtilis, quae substantialiter evacuatur vis praecedentis can. 311, § 1, quare aliqui suaserunt ut supprimeretur can. 315 et in can. 311, § 1 dicatur simpliciter valida esse matrimonia contracta *coram quolibet sacerdote vel diacono*, dummodo matrimonium celebretur in ecclesia vel oratorio et assistens ab auctoritate ecclesiastica non sit prohibitus ne matrimonio assistat.

Praeterea non defuerunt qui timuerunt per primam formulam aliquos inductos iri ad agendum in fraudem legis.

Quae animadversiones quoad primam formulam perpenduntur attente a Consultoribus, qui censent periculum abusum esse verum, etiamsi adderetur clausula circa necessitatem *bonae fidei*, cum difficile sit probare aliquem mala fide egisse.

Alia ex parte Consultores notant institutum erroris communis, prout in nova formula descriptum (In errore communi de *facto aut de iure...* etc.) praebere sufficientem claritatem ad tollenda dubia de validitate matrimonii ratione formae.

His omnibus perpensis, fit suffragatio an placeat altera formula can. 315: placet 6, non placet 1». («Communicationes», 10, 1978, pág. 90).

La primera alternativa del 315, si en pura técnica jurídica es censurable, no lo es en cambio en orden al presupuesto teleológico de la normativa. A mi entender, los miembros de la Comisión se decantaron el año 1970⁵⁸ por una vía que conciliaba el imperativo de los Padres Conciliares⁵⁹ con la sistemática que se habían propuesto⁶⁰.

Piénsese que la sanación⁶¹ opera mediante un «double jeu de dispenses»⁶²; a tenor de la primera se «debarasse l'obstacle de la loi irritante»⁶³, por la segunda «le consentement inutile devient juridiquement valide»⁶⁴. Este doble juego permite una solución, si se quiere poco correcta, pero eficaz funcionalmente.

Desgraciadamente con la figura del error común no se da esta eficacia funcional, que permite evitar la instrumentalización de la forma frente a la estabilidad del vínculo, en supuestos en los que las exigencias de la seguridad jurídica están plenamente cubiertas⁶⁵.

«In errore communi —se lee en el aprobado canon— de facto aut de iure itemque in dubio positivo et probabili, sive iuris sive facti, facultatem assistendi supplet Ecclesia».

58. «Communications», 8 (1976), pág. 43.

59. El deseo de los padres conciliares de acabar con los abusos formales fue recordado a los miembros de la Comisión el año 1970.

«Secretarius meminit labores Commissionis praeparatoriae Concilii Vat. II circa hanc questionem. Patres admiserunt propositionem huius canonis ad vitanda scandala et admirationes ob declarationes nullitatis ratione assistentiae sacerdotis non delegati» («Communications», 8, 1976, pág. 43).

60. Vid. «Communications», 8 (1976), pág. 34.

61. Como es sabido se pueden distinguir 3 etapas en el *cursus* que la *sanatio* ha tenido dentro del ordenamiento canónico:

a) Antes de Trento con una función de legitimar hijos, cuya doctrina surge al filo de la decretal de Inocencio III, *Per venerabilem* (X, 4, 17, 13).

b) De Trento hasta el Códex, en la que paulatinamente supone además la validez del matrimonio sin necesidad de renovar el consentimiento siempre que éste persevere. En esta época es fundamental la aportación de Benedicto XIV.

c) La regulación actual del C.I.C. que define la *sanatio* como «una revalidación del mismo (matrimonio), que lleva consigo, además de la dispensa o cesación del impedimento, la dispensa de la ley que impone la renovación del consentimiento y la retroacción del matrimonio al tiempo pasado, por una ficción del Derecho, en cuanto a sus efectos canónicos» (c. 1158).

62. J. BERNHARD, *Propos sur la nature juridique de la sanatio in radice dans le Droit Canonique actuel*, «Ephemerides Iuris Canonici», 4 (1948), pág. 396.

63. Ibidem, pág. 396.

64. Ibidem, pág. 396.

65. Ya en los trabajos preparatorios del concilio se puso de manifiesto lo que se acaba de señalar. Vid. SACROSANCTUM OECUMENICUM CONCILIIUM VATICANUM SECUNDUM, *Schemata constitutionum et decretorum*, series quarta (Typis Polyglottis Vaticanis 1963), págs. 198-200.

Esta solución no es nueva. Como es sabido hoy, en virtud de la declaración que la Comisión Pontificia para la Interpretación del C.I.C. hizo el año 1952⁶⁶, se aplica la figura recogida en el canon 209 de nuestro actual C.I.C. a los supuestos de carencia de jurisdicción.

Por otra parte, si es verdad que el canon 209 sólo habla de error común, la jurisprudencia, aun a despecho de algunos autores⁶⁷, aplica la figura de manera reiterada a los supuestos en que existe error común *iuris et facti*⁶⁸.

Por tanto, la única aportación del nuevo canon radica en que: 1.º Abarbaría con la discusión doctrinal de si el error común es aplicable o no en los supuestos de *error iuris*. 2.º Que el error común se aplicaría en virtud del propio código y no por vía de la interpretación auténtica.

De todo ello se deduce que la solución elegida para mermar los abusos formales, deja las cosas tal cual están hoy. La afirmación no es gratuita, si se tiene en cuenta que el nuevo precepto no modifica la base legal hoy existente, ni exige un cambio de la actual doctrina jurisprudencial.

Como es sabido, la jurisprudencia del Tribunal de la Rota Romana entiende que el error común, sea de hecho o de derecho, se podrá aplicar sólo en aquellos supuestos en que se vea lesionado el bien común⁶⁹. En los casos particulares, entiende el alto Tribunal que tal bien no existe⁷⁰.

66. 26 de marzo de 1952, A.A.S., 44 (1952), pág. 497.

67. Vid. e.g., L. BENDER, *Forma iuridica celebrationis matrimonii*, (Roma, 1960), págs. 285 y ss.

68. Vid. por citar jurisprudencia reciente una coram S. MASALA de 25 de marzo de 1974, en «Monitor Ecclesiasticus», 101 (1976), pág. 100:

«Pro applicatione can. 209, consecraria iuridica inducente, non exigitur ideo error in actu secundo seu de facto, sed sufficit error in actu primo seu de jure, in causa nempe seu in potentia.

Hic toties contigit, quoties factum externum et publicum certo existit, ex quo fideles, licet pauci illud cognoverint, *rationabiliter concludere possint* v.c. illum sacerdotem debita frui potestate matrimonio assistendi, aliique praeterea ad eandem conclusionem perventuri essent si factum cognoscerent, quia adiuncta talia sunt ut quemlibet in errorem inducere valent, ut e.g. incasu parochi putativi».

69. «Equidem per errorem communem», se lee en una coram M. POMPEDDA de 17 de abril de 1972 P.N. 1024/72: «ius ipsum jurisdictionem ei qui caret confert, ad singulos actus utique propter bonum commune, seu non singulorum sed publicae utilitatis causa.

Sane, ratio quae solet adduci ad errorem communem constituendum, depromitur ex necessitate providendi fidelium bono communi. Ac propterea Ecclesia supplet tantum ad praecavendum nocumentum quod proveniret communitati ex serie actuum invalidorum. Requiritur igitur periculum damni communis, ut effectus huius iudicii erronei, sed non sufficit merum eiusmodi erroneum iudicium».

70. «Deficientibus adiunctis», dice una coram A. ABBO de 16 de diciembre de 1971, P.N. 9173/71: «quae in errorem communem inducere queant, ne dixeris Ecclesiam supplere ubi simpliciter agitur de sacerdote qui, in uno alterove matrimonio, falso supponitur potes-

Las razones de la doctrina jurisprudencial se basan en que, aunque en el canon 209, no se hable del bien común, el fin que pretende el ordenamiento es la protección de éste, y, por tanto, si no hay bien común que proteger, no cabe suplencia⁷¹.

A la vista del juego que el canon puede dar, es fácil prever, que los abusos de derecho que se vienen cometiendo seguirán siendo posibles⁷².

Una vía eficaz de solución al problema que tenemos planteado entiendo que es difícil conseguirla, dentro de la sistemática elegida para desarrollar el contenido del capítulo VI del Schema sin incurrir en incoherencias técnico-jurídicas.

En cambio, con otro punto de partida se podrían haber obtenido mejores resultados. La posibilidad estuvo en manos de la Comisión. Si nos atenemos a lo que se lee en las actas del día 9 de Diciembre del año 1970⁷³ veremos que el secretario y el relator propusieron a la consideración de los miembros de la Comisión la posibilidad de optar entre el sistema tradicional *norma nempe fundamentalis cum variis exceptionibus* y la que venía a llamar *systema novum*, en el cual *pro norma fundamentalis habeatur quod omnes assistere possint matrimonio*.

tate delegata gaudere. Etenim lex omnis (cum sit norma communis propter bonum commune et ad finem communem assequendum data) ordinationem generalem seu bonum communitatis respicit, minime vero utilitatem seu commodum singulorum».

71. Así se razona en la sentencia citada coram S. MASALA, pág. 23: «Secus enim error particularis seu paucorum facilius haberetur pro errore communi, et si sub specie erroris communis consuli bono privato tentaretur, subverteretur bonum publicum, cum pessumderentur leges ad id tutandum positae, ut sunt v.g. leges de forma matrimoniali» (Vid. Sent. 24 maii 1939 coram E. MO JULLIEN, S.R. Rota Decis., vol. XXXI, pág. 313, n.º 9).

72. Vid. el interesante comentario que a propósito del error común como instrumento mitigador de los abusos formales aparece en las actas del Concilio (ACTA SYNODALIA SACROSANCTI CONCILII OECUMENICI VATICANI II, vol. 3, pars. 8, Typis Polyglottis Vaticanis, 1976, págs. 1075, 1076):

«Nullum dubium esse potest de necessitate retinendae formae substantialis celebrationis matrimonii. Attamen usum huius formae, prouti in Codice Iuris Canonici determinatur, in praxi haud leves difficultates quandoque genuisse omnes norunt qui ministerio paroeciali incumbunt aut causas matrimoniales ex defectu formae pertractant.

Maiores enim pars nullitatum matrimoniorum ex formae defectu, hodie originem habet ex delegatione vel invalide concessa vel carente in sacerdote, qui nuptiis forma ordinaria contrahendis assistit. Praeterea nullitates habentur ob incertum munus sacerdotis assistentis, ob assistentiam rectoris ecclesiae non paroecialis vel cappellani militum, ob delegationem concessam extra fines competentiae delegantis, ob incertos paroeciae fines.

Aliquod remedium in quibusdam casibus attulit applicatio canonis 209 C.I.C. de errore communi, praesertim post authenticam interpretationem datam die 26 martii 1952, qua declaratur praescriptum canonis 209 applicandum esse in casu sacerdotis qui matrimonio assistit sine delegatione. *Sed neque haec interpretatio omnes tollit incertitudines, cum dubia habeantur circa imites et extensionem erroris communis.*» (El subrayado es nuestro).

73. «Communicationes», 8 (1976), pág. 34.

A mi entender hubiera podido ser esta línea del *Sistema novum* que se apuntó en el seno de la Comisión, un camino útil a través del cual se hubiera encontrado una solución más práctica.

Así desarrollando la opción que se rechazó *norma fundamentalis habeatur quod omnes assistere possint matrimonio*, se podría haber sentido como requisito *ad validitatem* la presencia de un testigo cualificado (sacerdote o, si se admite este criterio, laico habilitado), que autorizara la recepción del consentimiento, siempre que éste no estuviese especialmente impedido por la jerarquía. Además de este requisito sólo habría que exigir también *ad validitatem*, la presencia de los dos testigos comunes. Esta solución obviaría cualquier otro tipo de requisitos, incluido el del lugar sagrado, del que se habla en el rechazado canon 315, porque entiendo que la voluntad de contraer *coram Ecclesia*, incluso la sacralidad del acto, queda suficientemente significada con la cualificación, valga la redundancia, del testigo cualificado.

Reducir al mínimo necesario las condiciones para la validez ofrece la clara ventaja de que automáticamente se reducen los casos de posible nulidad. Véase así por ejemplo, por traer a colación una circunstancia-requisito, a la que me acabo de referir, la absurda incidencia que podría tener en la validez de un vínculo matrimonial el hecho de que se hubieran dado o no los requisitos necesarios para que el lugar pudiera calificarse de *sacro*. Sin dudar de la importancia del espacio cultural, una incidencia tan decisiva sobre el vínculo conyugal me parecería exagerada.

Como es lógico, esos requisitos mínimos para la validez, deberían ir acompañados de otros requisitos (rito Sacro, lugar Sacro, etc.) necesarios para la licitud, que encauzarían la praxis de una más cuidada celebración.

Podría objetarse que la sanción de ilicitud, por sí sola, tiene poca eficacia. Ante este hecho innegable, la solución podría encontrarse mediante la amenaza de penas contra los infractores de las disposiciones *ad liceitatem*. Estas penas deberían afectar sólo y exclusivamente al responsable inmediato de la infracción. Así por ejemplo, en el clásico supuesto del asistente carente de potestad, entiendo que se le podría sancionar con suspensión⁷⁴. Penas de distinta índole podrían preverse para supuestos de incumplimiento de otros requisitos.

74. La idea no es nueva; aparece en *Schema Decreti de Matrimonio Sacramento* del Concilio Vaticano II. (El subrayado es nuestro).

«Si contigerit ut matrimonium contrahatur coram sacerdote, qui praescripta delegatione ad assistendum careat, matrimonium ex statuto huius Sacrosancti Concilii validum habendum erit, dummodo sacerdos non sit per sententiam excommunicatus vel interdictus vel suspensus aut talis declaratus, et matrimonium in Ecclesia vel oratorio publico celebratur.

Sin lugar a dudas, por muy duro que sea imponer una pena con el fin de dar relevancia a una norma, siempre será más justo que la situación actual, en la que, por ejemplo, en supuestos de carencia de jurisdicción, terceros pagan las consecuencias de la nulidad del vínculo, por actos, cuya responsabilidad compete sólo y exclusivamente al testigo cualificado.

El camino elegido por la Comisión es, como ya dije, muy diferente al que propugnamos como ideal. También es diferente al que en su día se perfiló en el Concilio Vaticano II ⁷⁵.

Lamentando que los miembros de la Comisión no se hayan decantado por las vías apuntadas, en caso de que el proyecto llegue a ser ley, sólo quedaría esperar a que la jurisprudencia cambie su actual criterio, prestando atención a los autores que propugnan que «...hay que dar al error común en asunto del matrimonio, una interpretación tan larga como la que se le da en materia de jurisdicción para oír confesiones. Tan sacramento es lo uno como lo otro; ...cierto es que admitiendo esta doctrina apenas habría matrimonios nulos por defecto de forma; ¿pero qué inconveniente hay en ello? Lo interesante es que quede garantizada su celebración externa y su anotación en los libros parroquiales; teniendo esto, cuantas menos posibilidades de nulidad mejor» ⁷⁶.

Sacerdos autem, qui sine delegatione matrimonio assistere ausus fuerit, incurrit ipso facto in suspensionem a divinis, loci Ordinarii reservatam. Sacerdos vero qui etsi rite delegatus, sine debita licentia matrimonio assistere ausus fuerit, ab Ordinario loci congruis poenis puniatur». ACTA SYNODALIA..., o.c., vol. 3, pars. 8, pág. 1.075).

Al caput IV del Schema que estamos reseñando, acompaña un *comentarius*, que pasamos a transcribir: «Providetur ut matrimonium celebratum coram quolibet sacerdote, certis tamen conditionibus, sit validum, etiamsi hic delegatione careat. Ita practice excluditur usus erroris communis. Sed cum assistere matrimonio sine debita delegatione et licentia parochi vel Ordinarii sit res gravis, sacerdoti qui ita scienter (ausus fuerit) assistat, gravis poena statuitur». (ACTA SYNODALIA..., o.c., vol. 3, pars 8, pág. 1.077).

75. Como es sabido el 10 de noviembre de 1964 en la Congregación 119 del Concilio Vaticano II (ACTA SYNODALIA..., vol. 3, pars. 8, pág. 467) se distribuyó a los Padres Conciliares el *Votum de Matrimonio Sacramento*. En la Congregación General que tuvo lugar el 20 de noviembre del mismo año (ACTA SYNODALIA..., o.c., 3, pars. 8, pág. 552) los Padres Conciliares decidieron aprobar que se remitiera el voto distribuido días antes con las objeciones de los Padres al Sumo Pontífice para que éste proveyera (ACTA SYNODALIA..., vol. 3, pars. 8, pág. 552).

Por lo que hace relación a nuestro trabajo conviene señalar que en el voto se decía: «Matrimonium contractum coram sacerdote, contra iuris praescripta, validum declaretur, duomodo sacerdos non sit per sententiam excommunicatus vel interdictus vel suspensus aut talis declaratus vel ab Episcopo prohibitus, et matrimonium in Ecclesia vel oratorio publico celebretur». (ACTA SYNODALIA..., vol. 3, párs. 8, pág. 470).

76. T. GARCÍA BARBERENA, *Suplencia de la potestad delegada para asistir al matrimonio*, «Lumen», 2 (1953), pág. 49.