

FORMA JURIDICA Y MATRIMONIO CANONICO

Notas críticas a las tesis canonizadoras del matrimonio civil

RAFAEL NAVARRO VALLS

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. Factores que intervienen en la polémica doctrinal sobre la forma jurídica del matrimonio canónico.
- III. Síntesis de las propuestas de revisión de la forma canónica.
- IV. Los presupuestos previos para una adecuada valoración crítica de las tesis revisionistas.
 - A) Marco histórico del problema de la forma del matrimonio canónico.
 - B) Funciones jurídicas de la forma canónica.
 - C) Función de la forma en el matrimonio-sacramento.
 - D) Conclusión.
- V. Valoración crítica de las propuestas de canonización sustantiva del matrimonio civil.
- VI. Valoración crítica de las posturas de canonización de la forma del matrimonio civil.
 - A) Insuficiencia de sus bases históricas y teológicas.
 - B) Desenfoque de sus bases jurídicas.
 - C) Vigencia actual de las funciones de la forma canónica.
- VII. Necesidad de mantener la forma jurídica *ad valorem* y conveniencia de reformas parciales.
 - A) Posible restricción del ámbito personal del can. 1099.
 - B) El impedimento canónico de celebración de matrimonio civil.
 - C) El régimen de delegaciones para el matrimonio y el tema del «testis qualificatus».
- VIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCION.

Persona y sacramento constituyen dos cuestiones de primera entidad que hoy polarizan la atención de aquel sector de la mejor doctrina canónica que se ocupa del matrimonio¹. La evidente hondura de ambas vertientes, unida a sus inevitables connotaciones extrajurídicas, no ha dejado de producir que la reflexión doctrinal sobre *lo justo* en el matrimonio venga abordando temáticas que sin ser nuevas en su presentación, sí lo son en su intensidad².

1. Así —y por ejemplo— HERVADA (*Cuestiones varias sobre el matrimonio*, IUS CANONICUM, XIII, fasc. I, 1973, pp. 13 y 14) ha hecho notar recientemente que para profundizar hoy en el matrimonio, es preciso: 1.º partir de la Sagrada Escritura; 2.º *situar en primer plano la sacramentalidad*; 3.º *tener como objeto inteligible primario la estructura ontológica de la persona humana*, que es donde reside la dimensión de justicia del matrimonio; 4.º redescubrir el fondo de ideas que late en la mejor doctrina canónica.

2. Vide, en esta línea, el reciente trabajo de ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, *Ipotesi di sviluppo della dottrina del matrimonio dopo il C. Vaticano II*, en «La Chiesa dopo il Concilio», II, Milano, 1972, pp. 1427 y ss.

3. Tal ocurre, por ejemplo, cuando confundiendo

Innecesario parece advertir que, en esta peculiar coyuntura de la doctrina, la ciencia canónica requiere buen pulso metodológico para no extraviarse por veredas de incierto destino jurídico³.

No quiere decirse con esto que esos dos aludidos focos de atención no sean camino válido para el canonista en su reflexión jurídica sobre el matrimonio. Ello sería tanto como afirmar que el pensamiento jurídico debe colgarse en el cielo de los puros conceptos técnicos, sin conexión con la realidad⁴, precisamente acotada en el sector ma-

el Derecho canónico con lo que en otro lugar hemos denominado «sus condicionamientos», se pretende convertir en jurídico lo que en puridad queda fuera de su órbita, en otra esfera, que si tiene como ineludible virtualidad *orientarlo* hacia precisas metas (teológicas, pastorales, sociológicas), en modo alguno pueden transmutarlo en una extraña y mixtificada ciencia que las más de las veces oculta la congénita enfermedad de una recusable suplantación metodológica. Cfr. NAVARRO VALLS, *Anotaciones al pensamiento jurídico del Prof. Guasp*, Anales de la Universidad de Murcia, Derecho, 1971-72, en prensa.

4. Con acierto DE ECHEVERRÍA (*Droit canonique et réalité*, L'Année Canonique, 1971, p. 176) ha observado a este respecto que: «L'homme tend insensiblement à passer de raisonnable ou raisonnant à rationaliste:

trimonial por las dimensiones personal y sacramental del matrimonio⁵. Lo que constituiría, cuando menos, una enormidad jurídica, si se piensa que el Derecho canónico está necesariamente ligado —más que cualquiera otra experiencia jurídica— a la realidad humana y sobrenatural, que lo conduce a una importante misión de servicio en la Iglesia⁶.

Más bien se pretende, con estas iniciales observaciones, llamar la atención sobre lo que sería un notable error de método: tras-

à se laisser emporter par le vertige de sa propre intelligence. Il construit ainsi des schèmes mentaux limpides, nets, harmonieux... pour en venir à constater, finalement, que la vie ne s'est pas laissée emprisonner dans ces concepts. La tension entre le produit à priori de la raison et les réalités de la vie se produit, par voie de conséquence, dans tous les domaines... Mais cette tension se manifeste d'une manière spéciale dans le Droit. Parce que le Droit naît, précisément, pour s'incarner dans la réalité —«Quid leges sine moribus?»— à quoi servent les lois non incarnées dans les mœurs, s'interrogent les hommes depuis des siècles. Parce que l'ordre juridique s'obtient seulement quand ce qui est juste se réalise».

5. La expresión *dimensión personal del matrimonio* debe entenderse en el contexto de esta idea de HERVADA (*Cuestiones...*, cit., pp. 46 y 47): «Hay... una estructura jurídica en el matrimonio (una *lex matrimonii* con dimensión jurídica), pero esa estructura es la dimensión jurídica de la estructura de la persona humana en cuanto poseedora de una *inclinatio* natural (estructura óptica)».

6. A destacar este carácter se endereza buena parte de la literatura jurídico-canónica más reciente de intención fundamental. Vide, por ejemplo, REINA, *Naturaleza del Derecho canónico*, Madrid, 1969; VILADRICH, *Hacia una teoría fundamental del Derecho canónico*, *Ius Canonicum*, 1970, pp. 5 y ss.; MARTINI, *Il Diritto canonico nella realtà ecclesiale*, Roma, 1969; SOUTO, *Notas para una interpretación actual del Derecho canónico*, Pamplona, 1973.

ladar al plano jurídico *parciales* visiones pastorales, teológicas, sociológicas o filosóficas de determinados problemas con la pretensión de producir una total conmoción en el *ius conditum*, precisamente allí donde tal alteración fundamental sólo se justificaría en función de ópticas más globales^{6 bis}.

Un evidente ejemplo de cuanto venimos apuntando —siempre en el concreto sector matrimonial— es el tema de la forma jurídi-

6 bis. Este peligro lo ha detectado recientemente Viladrich, al tratar de las relaciones entre Pastoral y Derecho. Ilustrativas son estas observaciones suyas al respecto: «Cuando la solución pastoral... es preferida como nueva y exclusiva vía de acción eclesial, lo que ocurre hoy al amparo de cierta crisis de autoridad, esta solución pastoral procura ser reforzada por el pastoralismo... con la imperatividad y coercibilidad propias de la norma canónica. En este contexto, el Derecho, concebido erróneamente como instrumento coercitivo, pasa a servir a otros dueños, pasa de las manos de la *potestas iurisdictionis* a las de los pastoralistas... No es difícil advertir el peligro de este esquema: el Derecho desaparece como tal, pero antes ha sido expoliado de algunas de sus notas..., la inexcusabilidad y la coactividad. Estas notas se atribuyen a la solución pastoral. En este punto el peligro aumenta... En efecto, la solución pastoral, extraída a la luz de un estudio sociológico del *hic et nunc*, puede no ser congruente con la naturaleza del misterio y puede, más frecuentemente, hipertrofiar aspectos eclesiales que son verdaderos siempre que estén armonizados con otros y que son falsos si se contemplan unilateralmente. Sin embargo, cuando esta solución pastoral, por atemperada al *hic et nunc*, se reviste de la imperatividad de la solución jurídica sin tener, como ocurre con el Derecho canónico dadas las relaciones entre *ius divinum* y *ius humanum*, una congruencia sustancial y formal con la naturaleza de la Iglesia, por la vía de la *plenitudo potestatis magisterii et regiminis*, entonces la realización de las acciones eclesiales cae en

co-canónica⁷. Aquí se ha desatado una auténtica polémica que, como reacción contra la tendencia a sobrevalorar el matrimonio en su aspecto contractual⁸, ha supuesto una mayor atención a dos aspectos que venían siendo oscurecidos: el protagonismo de la persona en la realidad natural en que primariamente se constituye el matrimonio y el focalismo del sacramento en la dimensión sobrenatural a que fue elevada aquella en la nueva institución operada por Cristo. Esta primordial atención a esos dos importantes temas evidentemente ha supuesto un enriquecimiento de perspectivas para la doctrina canónica⁹, sin embargo no siempre parte de ésta ha sabido evadirse en el concreto tema de la forma del matrimonio del peligro de extravío apuntado al principio de estas páginas. De ahí que pa-

rezca conveniente volver una vez más sobre tan importante cuestión para contribuir al esclarecimiento de aquellas cuestiones que vienen preocupando a los protagonistas de la polémica incidentalmente aludida.

II. FACTORES QUE INTERVIENEN EN LA POLEMICA DOCTRINAL SOBRE LA FORMA DEL MATRIMONIO CANONICO.

No parece necesario insistir demasiado sobre la complejidad del tema de la forma jurídica del matrimonio canónico. Baste decir ahora que ante su simple enunciado inmediatamente entran en tensión, en el área canónica, cuestiones de orden diverso. Parece como si los ecos de la expresión «forma iurí-

el reino de la arbitrariedad y de la injusticia organizada, es decir, en el totalitarismo». VILADRICH, *Derecho y Pastoral. La justicia y la función del Derecho canónico en la edificación de la Iglesia*, IUS CANONICUM, 1973, fasc. 1, pp. 245 y 246.

7. Hay, desde luego, otros llamativos ejemplos aunque ajenos a la intención de este trabajo. Piénsese en el tema del amor conyugal o en el replanteamiento de la indisolubilidad del matrimonio desde bases antropológicas. En ambas cuestiones no deja de incidirse, a veces, en una incorrecta valoración del dato sociológico, que ha llevado a una notable confusión jurídica. Vide, respectivamente sobre ambas cuestiones las acertadas observaciones de SOUTO (*La disolubilidad del matrimonio rato y consumado*, IUS CANONICUM, 1971, pp. 108 y ss.) y HERVADA (*Reflexiones sobre la indisolubilidad del matrimonio*, Braga, 1972); GRAZIANI (*La Chiesa e il matrimonio*, en «La Chiesa dopo il Concilio», cit., I, pp. 475 y ss.) y VILADRICH (*Amor conyugal y esencia del matrimonio*, IUS CANONICUM, 1972, pp. 269-315).

8. Un sintomático ejemplo de la tendencia aludida es la rotal c. Sabattani de 19.II.65, en que se contem-

pla el caso de un matrimonio contraído ante un pároco octogenario, aquejado de demencia senil, y cuya «turpido mentis» se estimó suficiente para descalificarlo como hábil para cumplir la función de *testis qualificatus*. Con motivo de esta sentencia, REINA (*Forma canónica del matrimonio y autonomía sacramental*, IUS CANONICUM, 1966, p. 308) denunció lo paradójico del criterio rotal «al interpretar un requisito de forma con independencia de la función de la forma misma».

9. No es la menor de ellas la creciente atención al matrimonio *in facto esse* y la polarización en torno a la persona de las situaciones en que aquél se sustancia. Sobre esta ampliación de perspectivas, vide: DE LUCA, *La Chiesa e la società coniugale*, en el cit. vol. «La Chiesa...», pp. 475 y ss.; LÓPEZ ALARCÓN, *Configuración concordataria del matrimonio in facto esse*, Revista de la Facultad de Derecho de la U. de Madrid, 1969, pp. 433 y ss.; PERLADO, *Reflexiones sobre el Derecho matrimonial canónico*, IUS CANONICUM, 1970, pp. 161 y ss.; HERVADA, *El matrimonio in facto esse, su estructura jurídica*, IUS CANONICUM, 1961, pp. 135 y ss.

dica celebrationis matrimonii» reverberaran en reductos tan imponentes como el de la formidable construcción dogmática del negocio jurídico, en el de la inacabada polémica acerca del carácter contractual o institucional del matrimonio, en el de las relaciones entre entidad natural y sacramental como aspectos diversos e inseparables de una misma realidad, o en el de la competencia eclesial sobre el matrimonio, sus manifestaciones históricas y el ejercicio actual de la misma.

Tal pluralidad de vertientes discurre, a su vez, y en el campo doctrinal llevadas de la mano por dos planteamientos subjetivos distintos, exponentes de dos antitéticos talantes jurídicos. Nos referimos a los que podrían denominarse de «idolatría hacia el derecho escrito»¹⁰ y de «fetichismo de la naturaleza de las cosas». El primero —Lombardía lo ha descrito con precisión¹¹— «sólo preocupado por hacer una apología de la ley y una defensa a ultranza de las razones del legislador, prescindiendo... con demasiada frecuencia de llevar a cabo una adecuada crítica de las normas y una defensa de los fieles». El segundo, en exceso encadenado a una visión dialéctica de las instituciones jurídicas en base a un pretendido perpetuo y continuo

fluir de nuevas exigencias en la naturaleza humana.

La conjunción de tamañas cuestiones y descritos talantes ya de por sí explicaría lo enconado de los planteamientos actuales sobre el tema que venimos tratando. Hay, no obstante, algo más. Y ello es el veloz proceso de secularización como fenómeno global, el cual, iniciado con esa enfermedad del alma occidental que fue la Reforma protestante, no podía dejar de incidir sobre el matrimonio canónico, probablemente el punto de sutura más delicado entre la Iglesia y el Mundo¹².

Estas causas de fondo aparecen, no obstante, ciertamente difuminadas por incompletos y parciales razonamientos —contra los que más adelante tenemos ocasión de pronunciarnos— que intentan justificar un replanteamiento radical de la actual exigencia *ad substantiam* de la forma jurídica en el matrimonio canónico. Abarcan aquellos una compleja escala de grados que corre desde la reflexión de arrastre primordialmente histórico hasta la de matices fundamentalmente teológicos, pasando por otros de exclusiva índole jurídica, sin olvidar tampoco el aporte de datos pastorales u otros de corte sim-

10. REINA (*Emisión del consentimiento y forma del matrimonio. Bases doctrinales*, en el vol. «Acta Conventus Internationalis Canonistarum», Typis P. Vaticanis, 1970, p. 590) ha acuñado tal expresión contraponiéndola al «prejuicio historicista que, sobre bases mejor informadas, tiende a olvidar la naturaleza de la Iglesia».

11. *Libertad y autoridad en la Iglesia*, IUS CANONICUM, 1973, p. 283.

12. En efecto, pretender encontrar en una pura explicación técnico-jurídica las causas únicas de los

replanteamientos básicos del Derecho matrimonial canónico, es desconocer que el Derecho de la Iglesia viene siempre profundamente condicionado, en sus avatares doctrinales, tanto por la índole sacramental del matrimonio como por el contexto extraeclesial en que los *christifideles* desarrollan su actividad. Si, por ejemplo, durante la época clásica del Derecho canónico fue precisamente el absentismo del Poder civil quien hizo posible la necesidad de un complejo sistema canónico que se aplicaba con competencia exclusiva, por contraste, y a partir del s. XVI, la cons-

plemente fáctico¹³. Necesario parece una sintética exposición de los mismos.

Desde el punto de vista histórico, la revisión del principio de forma imperada intenta justificarse en base a la influencia que los peculiares problemas políticos del siglo XVI pudieran haber ejercido sobre los Padres del Concilio de Trento. En concreto, y en lo que a la forma del matrimonio se refiere, la atención se centra en las efectivas presiones que la Corte francesa ejerció para que los clandestinos fueran invalidados¹⁴. Reflexionando sobre este dato histórico —al que se añade el más sutil de una cierta orquestación publicitaria protestante generadora de un supuesto y artificial «clímax» propicio a desorbitar los males sociales que creaba la clandestinidad¹⁵— se concluye que la polémica conciliar sobre la forma del matrimonio careció de la necesaria objetividad y serenidad.

Las razones de tipo teológico suelen conectarse con la propia ordenación sustancial

trucción matrimonial canónica viene profundamente caracterizada por la presión de signo contrario que supuso la agudización de la conciencia jurídico-civil de su jurisdicción sobre el matrimonio. Desde entonces, e *in crescendo*, la escalada atributiva de materias al ordenamiento estatal ha supuesto el desarrollo de un Derecho matrimonial eclesiástico en un medio hondamente secularizado, que si no ha dejado de sentir su influencia sobre las construcciones civiles, tampoco puede decirse que a su vez haya quedado al margen de las mismas. Saber equilibrar las exigencias que nacen del contexto social con las que dimanar de los postulados básicos e irreformables que laten en el trasfondo del Derecho canónico es una importante tarea del Derecho matrimonial eclesiástico. Bastante más urgente, en nuestra opinión, que el laudable esfuerzo de adaptarlo a unas exigencias ecuménicas cuyo definido alcance se nos aparece en exceso magnificado.

de la *lex sacramentorum*. Desde este punto de vista, se dice, el criterio de la *inhabilitatio personae* adoptado en Trento para fundamentar la potestad de la Iglesia para establecer una forma jurídica *ad validitatem*, no habría obviado las objeciones de la minoría de Padres conciliares que reiteradamente insistió en que interviniendo sobre el contrato inevitablemente se intervenía sobre el sacramento. Y que, negando tal repercusión, se caería en el error de admitir la escindibilidad de contrato y sacramento; y concluyen su argumentación diciendo: si es verdad teológica que siempre que forma y materia del sacramento son puestas por un ministro con la *intentio faciendi quod facit Ecclesia* el sacramento existe, igualmente ocurre con el sacramento del matrimonio: siempre que los ministros (los mismos contrayentes) pusieran con el intercambio de su consentimiento la forma y materia idónea, el sacramento existiría y no podría dejar de existir por la inoservancia de requisitos formales.

13. Una completa exposición de tales razonamientos puede verse en: DI MATTIA, *La dottrina sulla forma canonica del matrimonio e la proposta per un suo riesame*, Apollinaris, XLIV (1971), en especial, pp. 498-515.

14. Cfr. sobre este punto las referencias de: FRANSEN, *Divorzio in seguito ad adulterio nel Concilio di Trento*, Concilium, 1970 (5), p. 118, n. 7; JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico*, Milano, 1941, p. 9; DI MATTIA, *loc. cit.*, pp. 513 y 514.

15. En estos términos plantea este último problema DI MATTIA (*Ibidem*, p. 511): «L'attenta lettura degli atti conciliari sui clandestini spinge a una seria riflessione, e cioè a domandarci se «omnia illa incommoda, omnia scandala, omnes illae rationes copiosissimae adductae» —come osserva il Rossanensis— corrispondono puntualmente alla realtà storica del costume morale, sociale e religioso dei cristiani di allora, o non

En fin, desde una perspectiva jurídica, viene poniéndose el acento en la específica naturaleza del ordenamiento canónico. Al aparecer éste dotado de una peculiar lógica jurídica que implica el fundamental postulado de la prevalencia del valor ético de todo acto o relación humana sobre sus formalidades extrínsecas, se concluye que cualquier imposición de modalidades externas al mismo no puede esterilizar su potencia creadora más íntima. Tal sacrificio de la sustancia en aras de la certeza formal sería aceptable en los sistemas jurídico-civiles (que primordialmente salvaguardan intereses materiales), pero no encuentra cómodo asiento en el orden jurídico-ecclesial, tan polarizado hacia la defensa de valores trascendentes¹⁶.

III. SINTESIS DE LAS PROPUESTAS DE REVISION DE LA FORMA CANONICA.

La conjunción de estos razonamientos ha llevado —en cierta doctrina— a proponer reformas al sistema legal vigente. Algunas (las menos) de una extrema radicalidad; otras, simplemente revisionistas, aunque con matices distintos que justifican su disección en dos grupos: las que postulan una revisión

si tratti piuttosto, si direbbe oggi, di una *montatura*, di una grossa *campagna pubblicitaria*, causata soprattutto dalla tenace e violenta azione dei protestanti, interessati a *gonfiare* gli inevitabili inconvenienti dei clandestini per asserire la nullità assoluta di tutti i matrimoni non celebrati *in facie ecclesiae* dalle origini della Chiesa stessa».

16. Junto a las reseñadas razones, todavía se añaden otras primordialmente conectadas con el principio de libertad religiosa (que podría entenderse

total, y las que entienden oportuna una modificación parcial de la forma *iuridica celebrationis matrimonii*. Entre las radicales¹⁷ se encuadran toda una serie de ellas cuyo *leit motiv* lo constituye un vago y difuso iluminismo contrario a cualesquiera manifestaciones jurídicas en el seno de la Iglesia. Invocando una pretendida necesidad de «regreso a la simplicidad de los primeros tiempos cristianos», en los que la Iglesia no tenía pretensiones intervencionistas en la ordenación de la vida social y pública, se postula el «desmantelamiento» del aparato jurídico que la Iglesia jerárquica habría creado en torno al contrato matrimonial, dejando limitada su actividad a juicios de valor de las diversas situaciones matrimoniales. La Iglesia aceptaría las prescripciones jurídicas y los usos consuetudinarios civiles (canonizaría la institución matrimonial civil en su fondo y forma, es decir, con todas sus consecuencias) reconociendo o bien directamente valor sacramental al matrimonio así legítimamente contraído, o bien cualificándolo como simplemente válido, etapa previa del matrimonio sacramento, que tan sólo sería accesible o a los fieles que expresamente lo desearan, o tan sólo a los especialmente responsables y conscientes de su fe. Bien entendido que la

lesionado en el sistema de forma jurídica imperada), con pretendidas necesidades pastorales, o con exigencias del espíritu ecuménico que impregna los postulados básicos de alguna doctrina.

17. Vide en esta línea las alusiones y propuestas de: TORRENTS, *Matrimonio, divorcio y separación*, Barcelona, 1970, pp. 202 y ss.; LOCHT, DELHAYE, ALSTEENS y otros, en el vol. «Matrimonio civil y matrimonio religioso», trad. esp., Madrid, 1973, pp. 201-202; 224-237; 142-145.

etapa previa produciría ya de por sí todos los efectos jurídicos anejos a una relación jurídico-canónica lícita y válida.

Cercanas a estas propuestas extremas, aunque admitiendo una ordenación canónica de las instituciones, pueden situarse las que postulan una revisión total¹⁸. En ellas se parte de una idea genérica común: la conveniencia de mantener el principio de una cierta forma canónica del matrimonio; aunque el alcance de tal exigencia se matiza en dos sentidos: o bien modificando sustancialmente el actual régimen de la forma, o bien debilitando la imperatividad jurídica de la misma, convirtiéndola simplemente en forma «ad liceitatem» como solución global.

Una primera corriente entiende que la modificación debe hacerse en los siguientes términos: serán válidos los matrimonios contraídos ante dos testigos y un oficial de estado civil. Tal matrimonio, en cuanto sacramental, sería enteramente regulado por el Derecho Canónico, por lo que los católicos, como en el actual régimen, deberían presentarse ante el párroco a los efectos de formación del expediente prematrimonial, obtención de las eventuales dispensas y recibir la instrucción y formación precisas. Los bautizados católicos, así válidamente unidos en matrimonio, vendrían posteriormente obligados en conciencia a recibir del párroco

competente y ante dos testigos, al menos, la bendición nupcial. Esta celebración meramente litúrgica (que no hay que confundir con la forma jurídica) permitiría a los esposos declarar ante la comunidad cristiana que ellos han contraído matrimonio, y daría igualmente ocasión al sacerdote para apreciar la validez del matrimonio de los que hubieran omitido presentarse ante el ministro eclesiástico antes del matrimonio civil.

Otra segunda corriente sostiene la conveniencia de imponer una forma canónica al acto matrimonial, pero tan sólo *ad liceitatem* y cuya observancia estaría salvaguardada con graves penas para el fuero interno. A fin de garantizar un orden en la comunidad eclesial y prevenir los posibles inconvenientes pastorales y sociales, la inobservancia de la forma debería constituir un grave pecado y ser objeto de alguna censura, aunque la validez del matrimonio se obtendría en el mismo momento del intercambio del consentimiento, se haya o no recibido en la forma prescrita *ad liceitatem*.

Por su parte, y dentro de los que postulan una revisión parcial de la institución se incluirían tanto aquellos que ven necesaria una ampliación en las posibilidades de dispensa de la forma y una mayor elasticidad en la aplicación de la forma extraordinaria, como los que circunscriben sus críticas al

18. Cfr. BERNHARD, *A propos de la forme ordinaire du mariage*, en el vol. «Ius Sacrum», München, 1969, pp. 589-591; O'CONNOR, *Should the present canonical form be retained for the validity of marriage?*, *The Jurist*, 1965, pp. 60-81; BARRY, *The tridentine law of marriage: is the law unreasonable?*, misma rev. 1960,

pp. 159-178; DI MATTIA, *loc. cit.*, pp. 515-522. También incidentalmente postula la canonización de la forma civil del matrimonio: CUYÁS, *El can. 1512 y la canonización del Derecho del Estado*, en el vol. «Ius Populi Dei», II, Roma, 1972, pp. 597 y ss.

riguroso y restrictivo régimen actual en relación con el «testis qualificatus» y el sistema de delegaciones matrimoniales¹⁹.

En fin, las que podríamos denominar «tesis oficiales» conectan claramente con las posiciones doctrinales más moderadas. Así, en un esquema preparado por la comisión conciliar «De disciplina sacramentorum» incorporado al *Votum De Matrimonii sacramento* que obtuvo sufragio favorable en las sesiones del Vaticano II (20 nov. 1964), se definía en estos términos la labor a desarrollar en el tema de la forma: «Auctor legis providere debet ut forma seu solemnitates iuris ad valorem matrimonii requisitae tales sint quae bono publico prospiciant, certitudinem iuris concilient, et animarum saluti conferant»²⁰. A su vez, la Comisión de Reforma del CIC se ha pronunciado inequívocamente acerca de la necesidad de mantener una forma «ad valorem», aunque retocando ciertos extremos de detalle en el sistema vigente²¹. También el Derecho canónico posconciliar ha venido manteniendo una prudente postura en cuanto a la admisión de una forma de celebración del matrimonio distinta de la estrictamente canónica²².

19. Cfr. WAGNON, *La forme canonique ordinaire du mariage*, Il Diritto ecclesiastico, LXXXI (1970), pp. 293-313; HUIZING, *Some proposals for the formation of matrimonial law*, The Heythrop Journal, 1966, pp. 281 y ss.; GERHARTZ, *Zur Reform der Kanonischen Eheschliessungsform*, en «Ius Populi Dei», cit., III, pp. 623-637.

20. El texto del *Votum* puede verse en: *Lexicon für Theologie und Kirche, Das Zweite Vatikanische Konzil*, III, Fribourg, 1968, pp. 596-606, cit. por WAGNON, loc. cit., p. 307, n. 40.

21. Cfr. *Communicationes*, v. III, n. I, 1971, pp. 78-81.

IV. LOS PRESUPUESTOS PREVIOS PARA UNA ADECUADA VALORACION CRITICA DE LAS TESIS REVISIONISTAS.

Hasta aquí una rápida y simple enumeración de causas y propuestas de reforma. Oportuno parece —antes de enjuiciar valorativamente las segundas— sentar unas plataformas conceptuales seguras, que permitan delimitar el exacto alcance de las primeras. No otro puede ser el camino correcto, ya que sólo la cuando menos sucinta recapitulación global de los presupuestos metodológicos previos, permitirá deducir conclusiones exentas de irrealidad o de apasionamientos que tan poco se avienen con el rigor de lo jurídico.

A) Marco histórico del problema de la forma del matrimonio canónico.

La primera de estas plataformas necesariamente ha de constituirse por un recorrido histórico. Porque si, ciertamente, «no hay institución canónica que vista de cerca no descubra enseguida un largo proceso de decantación histórica que culmina en la normativa vigente que se pretende estudiar»²³, tal proceso en el tema de la forma ha sido pro-

22. Cfr. en este sentido la normativa sobre matrimonios mixtos progresivamente decantada en el Decreto conciliar *Orientalium Ecclesiarum*, n. 18, la Instrucción *Matrimonii sacramentum* (AAS, 1966, pp. 235-239), y el MP *Matrimonia mixta* (AAS, 1970, pp. 257-263). Igualmente vide las observaciones de BERNÁRDEZ, *Sobre la admisión del matrimonio religioso acatólico en el Derecho civil español*, Revista Española de Derecho canónico. XXVIII (1972), en especial, pp. 142 y ss.

23. REINA, *Emisión del consentimiento...*, cit., p. 590.

bablemente de los más interesantes capítulos de todo el sistema matrimonial canónico²⁴. De ahí la abundancia de estudios históricos que la bibliografía sobre la forma canónica del matrimonio evidencia²⁵. Y de ahí, también, que esta aproximación histórica necesariamente haya de moverse en un plano meramente valorativo de algunas conclusiones que presentadas como ciertas, se nos aparecen como simples hipótesis aún sin real y completa confirmación. Sintiéndonos relevados, por lo demás, de hacer aquí un exhaustivo estudio histórico del problema que inevitablemente acabaría fondeándose en las tranquilas aguas de lo reiteradamente dicho y satisfactoriamente estudiado²⁶.

En esta línea metodológica, la evolución histórica de la forma del matrimonio manifiesta —a nuestro entender— una primera fase (la que va del s. I hasta Trento) en la

24. Significativas son estas alusiones de LE BRAS (*La doctrine du mariage chez les théologiens et les canonistes depuis l'an mille*, en DThC, IX, col. 2223): «La lutte contre la clandestinité ... forme l'un des chapitres les plus curieux... 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 que spiritualise au plus haut point l'union conjugale».

25. Explicable si se tiene en cuenta con MARONGIU (*La conclusione non formale del matrimonio nella novellistica e nella dottrina canonistica pretridentina*, en «Studi giuridici in memoria di F. Vassalli», II, Torino, 1960, p. 1043) que: «Pochi o forse, nessun altro argomento attinente all'istituto matrimoniale hanno fin qui attirato l'attenzione degli storici del diritto come il punto della conclusione del vincolo... Hanno contribuito a disegnarlo storici del diritto civile e canonico,

que son identificables dos significativas características: primera, que la forma de recepción del consentimiento matrimonial aparece desde los orígenes mismos de la Iglesia en trance de absorción por un aparato litúrgico no tan desprovisto de intencionalidad verdaderamente jurídica como generalmente se cree; segunda, que la forma de emisión del mismo consentimiento resta siempre absolutamente libre y no encadenada, ni siquiera generalizadamente, a una pretendida exteriorización verbal del mismo.

La primera afirmación contrasta con dos conclusiones sentadas por la doctrina más común, a saber: la de que solamente hasta el siglo IV es constatable la existencia de una liturgia eclesiástica del matrimonio, y la de que tal aparato litúrgico (que toma carta de naturaleza definitiva a partir del siglo XI) aparecerá siempre desprovisto de cual-

studiosi di teologia, di liturgia e di tradizioni popolari e cultori di patriae memoire in genere. Il perché di tale preferenza è forse da spiegare con la circostanza ... che la dottrina cristiana, nel rinnovare lo spirito del matrimonio, ha dato al momento conclusivo di questo».

26. Para un amplio estudio del tema, vide: GISMONDI, *La celebrazione del matrimonio secondo la dottrina e la legislazione canonica fino al concilio tridentino*, Ephemerides Iuris Canonici, 1949, pp. 301-338; SCHILLEBEECKX, *Le mariage réalité terrestre et mystère de salut*, I, trad. francesa, París, 1966, pp. 207-301; JERÓNIMO GONZÁLEZ, *Formas y ritos matrimoniales*, Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario, 1929, pp. 593 y ss., 683 y ss., 809 y ss. y 913 y ss.; ACUÑA, *La forma del matrimonio hasta el Decreto Ne Temere*, IUS CANONICUM, 1973, pp. 137-190; RASI, *La conclusione del matrimonio nella dottrina prima del C. di Trento*, Napoli, 1958; LE BRAS, *loc. cit.*, cols. 2123 y ss.

quier intencionalidad jurídica ²⁷. La segunda afirmación igualmente se aparta de la opinión —pacífica desde los trabajos de Gismondi ²⁸— de que la idea fundamental, de la que se deriva la posterior disciplina canónica sobre la forma del matrimonio, fue que la volición concluyente de los contrayentes debía resultar de una declaración expresada mediante palabras, ya fuera ante el párroco, o ante el notario o en presencia de simples testigos.

Tales conclusiones —no demostradas suficientemente a nuestro entender— traen su causa en dos válidos planteamientos de fondo que, tal vez por la evidencia de los mismos, subconscientemente han influido en la investigación histórica sobre el problema de la forma llevando a totalizar los datos históricos en función de aquéllos. Obviamente nos referimos, por un lado, al carácter de realidad terrestre del matrimonio y, por otro, a la conveniencia de que el consentimiento se exteriorice a través de *verba*, y no de simples comportamientos, con toda la carga de incertidumbre que estos últimos comportan. Evidentemente se hace preciso ahora confirmar nuestras afirmaciones primeras.

27. Cfr. SCHILLEBEECKX, *ob. cit.*, pp. 219-222 y p. 329.

28. Art. cit. en nota 26.

29. MOSTAZA, *La competencia de la Iglesia y del Estado sobre el matrimonio hasta el Concilio de Trento*, en el cit. vol. «Ius Populi Dei», III, p. 289. Vide también las observaciones de SALDÓN, *El matrimonio, misterio y signo (del siglo I a S. Agustín)*, Pamplona, 1971, pp. 133 y ss.

30. *Il valore giuridico della celebrazione nuziale cristiana dal primo secolo all'età giustiniana*, Milano, 1939, pp. 13 y ss.

Recientemente, y con el apoyo de numerosos datos históricos, Mostaza ha puesto de manifiesto una vez más «que es un hecho perfectamente comprobado que la Iglesia tuvo desde sus orígenes plena conciencia de su poder legislativo y judicial sobre el matrimonio de los bautizados» ²⁹. Y hay que añadir que en el concreto tema de la forma del matrimonio, *también desde sus orígenes* ejerció tal poder, sin que puedan interpretarse los textos que han llegado hasta nosotros simplemente como exhortaciones a vivir de manera cristiana el matrimonio. Ballini ³⁰ y más recientemente Lázaro Benítez ³¹, entre otros, han detectado en fuentes anteriores al s. IV la efectiva existencia de una liturgia en vías de desarrollo en la que la bendición nupcial venía impuesta *ratione peccati* y como el medio más idóneo para insertar, a través de la publicidad, el matrimonio cristiano en el contexto eclesial ³².

Incuestionable es que durante esos siglos las formas rituales no tenían clara intencionalidad jurídica, pero incuestionable parece, igualmente, que su mera existencia estaba apuntando a algo más que la simple y pura *confirmación* del matrimonio cristiano en el

31. *La bendición nupcial y la forma del matrimonio canónico*, Madrid, 1972, pp. 24-28.

32. Prescindiendo ahora de los conocidos textos de IGNACIO DE ANTIOQUÍA (*Ad Polycarpum*, 5, 2) y TERTULIANO (*Ad uxorem*, 2, 9), son significativos en coincidencia con lo que venimos diciendo los siguientes fragmentos de Eutiquiano (PL, V, 167) y S. Ambrosio (PL, 17, 238): «Nullus vestrum ad nuptias est et omnibus denuntiate ut nullus publice celebratis nuptiis uxorem ducat». «Denique primae nuptiae sub benedictione Dei celebratur sublimiter; secundae autem etiam in praesenti carent gloria».

orden de lo interno. Está apuntando a una *significación jurídica*, que tan sólo en Trento, aunque apartándola de la bendición y centrándola en la asistencia del ministro y los testigos, encontrará una externa y eficaz confirmación. De ahí que, aún antes de haber la Iglesia asumido en moldes jurídicos la significación publicitaria que tal ritualismo *de hecho* comportaba, Hugo de San Víctor afirma abiertamente que la bendición nupcial es una *condición legal* del matrimonio rato, que exige la cópula carnal para que se origine el *sacramentum coniugalis officii*³³. Añadiendo —en otro orden de cosas— Hugo de Amiens que el sacramento del matrimonio debe llevar añadida la bendición nupcial, y a uno y otra se suma la pública atestación del matrimonio celebrado³⁴.

Tal significación *incoativamente jurídica* de la cobertura litúrgica del consentimiento se acentuará a partir del siglo XIII —siempre sin elevarse a requisito de validez en la Igle-

sia de Occidente— como evidente consecuencia del ritualismo germánico, que confiere al sacerdote el oficio de la publicidad como algo añadido a su tarea sacerdotal³⁵. Sin que pueda olvidarse lo significativo del dato, en lo que a la Iglesia oriental concierne, que a partir del s. IX el emperador León, recogiendo una fuerte presión de los Padres orientales, imponga como única forma de celebración del matrimonio la realizada mediante la bendición nupcial³⁶.

Si en la forma de recepción del consentimiento matrimonial es observable la tendencia delineada hasta ahora³⁷, en lo que toca a la forma de emisión del mismo consentimiento —siempre en este período que corre desde el s. I hasta Trento— no parece suficientemente confirmada la tesis de Gismondi para el que «il matrimonio tra battezzati, per essere riconosciuto valido anche dalla Chiesa, doveva essere concluso... con la manifestazione diretta ed univoca del consenso attra-

33. Cfr. PL, 176, 481 y 482.

34. «Vos itaque si, ut praetenditis, apostolos et in hoc sequi, et sanctos unuscumque temporis imitare satagitis, amodo mulieres illae, quas vobiscum facitis habitare, sint sponsae vestrae sub sacerdotali benedictione, publica attestazione» (PL, 192, 1290). Igualmente el Concilio de Nicea: «Exigit Deus ab omnibus christianis tam viris quam mulieribus ut matrimonia sacris celebrent benedictionibus et precibus, quoniam histe mediantibus licita fit virorum et mulierum copula» (Mansi, II, col. 1037).

35. Cfr. LÁZARO BENÍTEZ, *ob. cit.*, pp. 34-35.

36. Cfr. FRIEDBERG, *Tratatto del Diritto ecclesiastico*, Torino, 1893, p. 614.

37. ACUÑA (*loc. cit.*, p. 153), apartándose de la mayoritaria corriente aludida en el texto, parece coincidir con nuestras apreciaciones cuando apunta: «Ha sido un tópico, en la doctrina, la afirmación de que

la forma del matrimonio no tuvo relevancia jurídica alguna en este período (época clásica). Esta afirmación se basaba en el dato de que el Derecho canónico consideró siempre válidos los matrimonios clandestinos, hasta que en el s. XVI, el Decreto Tametsi del C. de Trento estableció *ad validitatem* la obligación de contraer el vínculo matrimonial «in facie Ecclesiae». Esta tesis, sin embargo, no parece que pueda acogerse con su habitual rotundidad. En primer lugar, porque el problema de la forma no puede reducirse a que sea obligatorio o no contraer el matrimonio ante el párroco u otros testigos; en efecto, el tema de la expresión y prueba de una voluntad negocial reviste una mayor complejidad, si tenemos en cuenta el actual estado de los estudios de la teoría general del negocio jurídico. Por otra parte, no está claro que el Derecho canónico medieval se desentendiera por completo de cualquier cuestión relativa al «fieri» del matrimonio que exce-

verso la pronuncia delle parole de prae-senti»³⁸.

A tales efectos, y en nuestra opinión más correctamente, Marongiu³⁹ sostiene que 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 a la *communis opinio* en la práctica judicial del Medioevo, si no era sostenida por los más prestigiosos juristas. Y es el caso que canonistas de la época tan de nota como Graciano⁴⁰, Rolando Bandinelli⁴¹, Sinibaldo de Fieschi⁴² y Enrico de Susa⁴³ 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.

Si ponemos en paralelo esta conclusión con la anteriormente apuntada (la tendencial juridificación de las formas rituales) no puede dejar de advertirse una cierta contradicción, a saber, la que surge del hecho de que la forma de recepción del consentimiento poco a poco se vaya vaciando en moldes jurídicos imperados, mientras que la forma de emisión reste celosamente libre e informal. Tal contradicción —no siempre detectada por la doctrina— precisamente evidencia dos importantes datos presentes en toda la evolución histórica de la *forma celebrationis matrimonii*: primero, la incertidumbre que creó una explicable y neta confusión entre forma teológica, jurídica y litúrgica; segundo, la convicción de que el matrimonio, teológica y jurídicamente, se sustancia en el fuero más simple del puro y sencillo intercambio informal del consentimiento. Incertidumbre y

diera del estricto problema de la exteriorización del «internus animi consensus»; por el contrario, es bien sabido que, para el Derecho canónico clásico tuvieron extraordinaria importancia tanto las declaraciones de voluntad como los comportamientos...».

38. GISMONTI, *loc. cit.*, p. 336. Naturalmente el propio Gismondi matiza su observación en el sentido de que también se dio cabida a los signos y los comportamientos como medio de exteriorización del consentimiento, aunque entiende que ello fue norma de derecho singular aplicable a casos extremos (pp. 330-332). Precisamente de lo que disintimos es de la

excepcionalidad que el autorizado canonista atribuye a los comportamientos como vehículo de emisión del consentimiento.

39. *La conclusione non formale...*, cit., pp. 1045 y ss.

40. Dict. a c. 17, C. XXVIII, qu. 1.

41. X, IV, I, 9 y IV, I, 14.

42. Cfr. *In quinque libros Decretalium commentaria*, Venezia, 1578, l. IV, cap. 25, f. 191 b y f. 193 b. cit. por MARONGIU, *loc. cit.*, p. 1051.

43. Cfr. *Summa Aurea*, ed. Venezia, 1574, IV, *De matrimoniis*, col. 1249-1253.

convicción que, a la vez, van a manifestarse en Trento de manera ciertamente dramática y casi patética.

Porque en efecto la confusión entre los ámbitos teológico y jurídico provocó que, cuando en febrero de 1563 se inicia la discusión conciliar sobre el tema, la cuestión aparezca erizada de unas dificultades tan complejas que tan sólo la perspectiva de siglos puede hoy clarificar. Los no siempre serenos debates tridentinos han sido objeto de una minuciosa y paciente labor de esclarecimiento⁴⁴ que permite identificar exhaustivamente las distintas posturas en liza⁴⁵. Los partidarios de la anulación de los matrimonios clandestinos, y a la vez del establecimiento de una forma *ad valorem actus* partían de bases no siempre afines. Así, un pequeño grupo de Padres conciliares encabezado por Pérez de Ayala, sostenían que el ministro del sacramento es el sacerdote, lo que no sólo permite sino que obliga tanto a exigir para el futuro la asistencia del mismo —y ello *ad validitatem*— como negar para el pasado la sacramentalidad de los clandestinos. Junto a ellos, otro grupo numéricamente mayor distinguía en el matrimonio cristiano o dos realidades completamente diversas (la del contrato y el

sacramento) o dos formalidades distintas (el pacto y el sacramento), lo que suponía tanto como afirmar que cuando la Iglesia anula para el futuro los matrimonios clandestinos, en nada afecta a la esencia del sacramento, puesto que en el matrimonio se distingue, de una u otra manera, lo contractual de lo sacramental. Por fin, y siempre en la línea de reconocer a la Iglesia potestad para irritar los clandestinos, más de treinta Padres conciliares —siguiendo las tesis de Vitoria y Soto sobre la potestad cumulativa de la potestad de la Iglesia y el Estado sobre el matrimonio— derivaban su postura de un razonamiento *a fortiori*: si sobre los clandestinos o sobre el matrimonio como contrato tienen competencia los príncipes seculares, con mayor razón hay que reconocer tal poder a la Iglesia.

Por contraste, la minoría contraria a la invalidación para el futuro de los clandestinos, siguió la rígida tesis que Antonio de Gragnano había defendido en la Comisión de Teólogos⁴⁶. Tal tesis partía de un dato casi universalmente admitido: el consentimiento de las partes constituye la única causa eficiente del matrimonio. Y deducía una conclusión: habiendo consentimiento matrimo-

44. Vide, por citar tan sólo algunos, los trabajos de: GOMES, *De matrimoniis clandestinis in concilio tridentino*, Romae, 1950; LETTMANN, *Die Diskussion über die Klandestinen Ehen und die Einführung einer zur Gültigkeit verpflichtenden Eheschließungsform auf dem K. von Trient, Münster-Westfalen*, 1967; MOSTAZA, *loc. cit.*, pp. 333-354; CASTÁN LACOMA, *El origen del capítulo Tametsi del C. de Trento contra los matrimonios clandestinos*, Revista Española de Derecho Canónico, XIV (1959), pp. 613-666; LE BRAS, *loc. cit.*, col. 2236-2244; TEJERO, *El matrimonio misterio y signo*

(siglos XIV-XVI), Pamplona, 1971, pp. 325 y ss.

45. Seguimos el resumen que Mostaza hace en su trabajo citado en nota 29.

46. Hay que hacer notar que de los trece teólogos que hablaron en tal Comisión sobre los matrimonios clandestinos, sólo uno —el citado en el texto— negó abiertamente a la Iglesia potestad para anular tales matrimonios. Los restantes reconocieron tal poder, aunque algunos, como Antonio Cochier, hiciera notar la no conveniencia de ejercerlo. Cfr. MOSTAZA, *loc. cit.*, pp. 336 y 337 y DI MATTIA, *loc. cit.*, pp. 480 y 481.

nial hay siempre sacramento, salvo caer en el absurdo de afirmar que la Iglesia puede hacer que el sacramento deje de ser tal. O en otras palabras, si la Iglesia no puede cambiar la materia y la forma de los sacramentos no es admisible la imposición de un nuevo elemento sacramental cual sería la presencia de testigos.

Ante estos razonamientos los Padres de la mayoría, encabezados por el Cardenal de Lorena, insistían que con la imposición de una forma jurídica de recepción del consentimiento la esencia del sacramento seguía siendo la misma, eludiendo las objeciones de la minoría con razonamientos dirigidos a mostrar que el poder de la Iglesia en esta materia podía equipararse al que tenía para inhabilitar a las personas⁴⁷ o para descalificar un consentimiento real, aunque viciado⁴⁸.

Una superficial consideración de esta necesariamente esquemática presentación de las discusiones conciliares, podría hacer pensar que la cuestión verdaderamente importante⁴⁹ —el fundamento teológico de la invalidez de

los clandestinos— había sido eludida por los Padres de la mayoría y hábilmente desviada hacia otros frentes, y ello porque se encontraban desprovistos de argumentos decisivos para demoler los postulados teológicos y jurídicos esgrimidos por la minoría. Esta conclusión parte de un supuesto erróneo: creer que en Trento se enfrentaron dos doctrinas distintas y contrapuestas, la del matrimonio consensual y la del matrimonio como acto solemne. En realidad la situación era distinta, ya que los partidarios del *Tametsi* eran fieles al principio del consensualismo. Sin poder plenamente justificar su posición, la mayoría de Padres conciliares tenía clara conciencia de que las dos doctrinas no eran inconciliables, sino armónicamente compatibles. Habían intuido una explicación válida, difícil, por otra parte, de expresar en un lenguaje jurídico claramente convincente, dado el incompleto estadio en que la reflexión aparecía encuadrada. Y tal explicación —coincidimos con Bernhard en este punto⁵⁰— no es arriesgado afirmar que era del siguiente tenor. Allí donde existe un encuentro de con-

47. «Forma decreti potius sit contra personas quam contra matrimonia iam facta, scilicet ut personae fiant inhabiles». EHSES, *Concilii Tridentini Actorum, pars sexta*, t. IX, Friburgo, 1965, p. 643.

48. «Potest (Ecclesia) etiam invalidare consensum, sicut in timore accidente in constantem virum; ergo a fortiori potest invalidare contractum, qui praesupponitur in sacramento matrimonii», *Ibidem*, p. 650.

49. «Questione veramente scottante» la conceptúa DI MATTIA (*loc. cit.*, p. 417) siguiendo la frase acuñada por Jemolo (*ob. cit.*, p. 9, n. 4).

50. *A propos de la forme...*, *cit.*, pp. 585 y 586. La tesis de la doble estructura, interna y externa, de los actos jurídicos ha sido defendida, en lo que al matrimonio canónico concierne, por BERTRAMS (Vide sus

trabajos en el vol. «De matrimonio coniectanea», Roma, 1970, pp. 24-34 y 49-75). Sin desconocer una cierta confusión terminológica en su obra —que en nuestra opinión encontraría mayor claridad aplicando las elaboradas categorías dogmáticas de inexistencia, nulidad, anulabilidad e ineficacia de los actos jurídicos—, supone tal construcción una positiva contribución al problema de explicar la dificultad que surge de la ineficacia de un consentimiento naturalmente suficiente en el matrimonio. Siguiendo a este autor, más recientemente BONNET, (*Osservazioni sulla sanazio in radice. Contributto alla dottrina della struttura interna ed esterna degli istituti giuridici*, en el cit. vol. «Ius Populi Dei», III, pp. 667-700) ha precisado en términos de mayor concisión jurídica los términos del problema.

sentimiento entre personas hábiles el matrimonio existe en cuanto a su sustancia, en su estructura interna, en su fundamento. La ley positiva al imponer para la validez del matrimonio una forma de celebración se sitúa en otro nivel: el del plano social del reconocimiento jurídico de los actos humanos. En este ámbito la Iglesia tiene ciertamente poder, ya que a ella corresponde insertar en la comunidad eclesial la actividad jurídica personal de sus fieles, es decir, determinar la *condicio iuris* a través de cuya exacta observancia puede un contrato matrimonial considerarse como sacramental. Es esta diversidad de planos en que se mueven consentimiento y forma lo que explica en definitiva lo acertado de la intuición conciliar, directamente conectada, por otra parte, con la hoy revalorizada proyección eclesiológica y social de los sacramentos como actos de culto público a Dios.

Por lo demás, y como es sabido, la posterior evolución histórica del sistema de forma *ad valorem* establecida en Trento⁵¹ no sufrió alteraciones esenciales, salvo en la competencia territorial del párroco, su intervención

51. El Decreto *Tametsi*, incluido en los *Canones super reformatione circa matrimonium*, y votado el 11 de noviembre de 1563, estableció los siguientes y conocidos extremos: declaración de validez de todos los matrimonios clandestinos anteriores al Decreto; prescripción de una forma *ad valorem* para la celebración de los futuros matrimonios; inhabilitación de los contrayentes que no observaran tal forma; criterios de publicación e inicio de obligatoriedad de la norma respecto a los lugares y a las personas. En concreto se estableció: «Qui aliter praesente, vel alio sacerdote de iusius parochi seu ordinarii licentia et duobus vel tribus testibus matrimonium contrahere attentabunt, eos

activa en el matrimonio, y la fijación de una forma extraordinaria de celebración del mismo que había ya alcanzado la categoría de *Stylus Curiae* antes del decreto *Ne Temere*, cuyas disposiciones pasaron al Codex⁵².

B) Funciones jurídicas de la forma canónica en el matrimonio-contrato.

En esta tarea de recapitulación global, en sus niveles fundamentales, de la compleja problemática de la forma en el matrimonio canónico, se precisa ahora abordarla desde un punto de vista dogmático-jurídico: precisamente el de su sentido y específica función jurídica.

El carácter bifronte que el matrimonio canónico reviste —que así debe calificarse no obstante la indisoluble unidad entre los dos aspectos— obliga a que la función jurídica que la forma asuma en él sea contemplada desde la doble perspectiva del contrato y del sacramento. Si tan sólo se hiciera desde la vertiente contractual se incidiría en el error de olvidar las raíces sacramentales del problema, desnaturalizando la institución y acercándola peligrosamente a los esquemas pura-

sancta synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles reddit et huiusmodi contractus irritos et nullos esse decernit, prout eos praesenti decreto irrito facit et annullat».

52. Sobre estos extremos, vide: GISMONTI, *L'attuazione dottrinarie e pratica delle norme tridentine sulla forma del matrimonio*, *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, VI, III (1952-53), pp. 250-284; FAHY, *The origin of the extraordinary canonical Form of Marriage*, *Ephemerides Theol. Lovan.*, 1965, XLII, pp. 79 ss.; BENDER, *Forma iuridica celebrationis matrimonii*, Roma, 1960, pp. 21-28.

mente formales del matrimonio civil. Si, por el contrario, tal aspecto fuera eludido obviamente la reflexión se tornaría desencarnada y desconectada de las ineludibles exigencias que se derivan del hecho de que la propia realidad natural haya sido asumida como signo sacramental.

En el primer aspecto, fácilmente se colige que la propia expresión utilizada (vertiente contractual) ha supuesto, por nuestra parte y «a priori», una toma de postura en la clásica cuestión acerca del carácter contractual o institucional del matrimonio⁵³. Y es que, a nuestro entender, la discusión —al generalizarse— ha confundido planos diversos. En el sector de las categorías fundamentales, de lo abstracto si se quiere, el matrimonio aparece configurado como un ordenamiento jurídico objetivo, como una institución⁵⁴. No obstan-

53. Los conocidos términos de la polémica han sido muy bien resumidos por BERNÁRDEZ, *Curso de Derecho matrimonial*, 3.ª ed., Madrid, 1971, pp. 51-55.

54. El término «institución» ha sido diversamente entendido y ha sufrido vicisitudes conceptuales importantes, tanto en la doctrina alemana como en la francesa. Para una aproximación al tema, vide: SANTI ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, trad. esp., Madrid, 1963, pp. 113 y ss.; BRODERICK, *La notion d'institution de Hauriou dans ses rapports avec le contrat*, Archives de Philosophie du Droit, XIII (1968), pp. 143-160.

55. *Del consenso matrimoniale sotto l'aspetto giuridico*, en el cit. vol. «Acta Conventus...», pp. 503-506.

56. Vide, en este punto, las acertadas observaciones de: LÓPEZ ALARCÓN, (*loc. cit.*, pp. 346-348) y GRAZIANI, (*Riflessioni sul can. 1082 del Codex*, en el vol. III de «Ius Populi Dei», cit., especialmente pp. 493-496). MICHIELS (*Mariage-contrat ou mariage-institution?*, Apollinaris, 1960, pp. 116 y 117) en esta misma línea ha advertido que la tesis institucionalista: «... dénature complètement le sens et la raison de l'élément contrac-

te, Giacchi lo ha precisado correctamente⁵⁵, descendiendo de las categorías abstractas al mundo de la realidad, el matrimonio aparece como acto que da vida a una relación concreta entre dos sujetos de derecho manifestada por el intercambio de un consentimiento. Y en este aspecto ni la tesis institucionalista ha podido borrar la relevancia del contrato como concreción de aquel objetivo ordenamiento, ni ha conseguido rebajarlo a la especie de «mera adhesión» de los contrayentes a la regla jurídica institucional⁵⁶.

La primacía de lo contractual en el matrimonio no queda difuminada por el hecho de que el contenido de la voluntad deba, inevitablemente, coincidir con el establecido por el Derecho. Esta objeción, tan extensamente argüida, trae su base en un equívoco igualmente generalizado: creer que puede

tuel de l'échange des consentements, en affirmant, contrairement aux faits..., à la raison, et à la doctrine formelle de l'Eglise..., que l'acte juridique initial, par lequel deux personnes déterminées entrent dans l'état de mariage, n'est pas réellement, intrinsèquement... un véritable contrat bilatéral, par lequel elles s'obligent directement l'une envers l'autre à se céder mutuellement les droits et les devoirs matrimoniaux conformément au régime fondamental préétabli par Dieu —mais seulement un acte d'adhésion à l'organisation de l'état de mariage préétabli par Dieu, un acte d'intégration volontaire dans le régime institutionnel du mariage—, lequel acte, une fois posé comme une condition nécessaire, ce serait Dieu Lui-même qui leur donne directement les droits matrimoniaux et leur impose directement les obligations matrimoniales. Et cette affirmation —là suffit par elle— même, à mon avis, non seulement à ne pas préférer la doctrine institutionnelle telle qu'elle est proposée par les juristes en question, mais à le rejeter sans hésitation». En sentido contrario: LENER, *Il matrimonio: contratto o istituzione?*, La Civiltà Cattolica, 1966, pp. 520 y ss.

hablarse en rigor de efectos jurídicos *ex lege* o *ex voluntate*, queridos exclusivamente por la norma o por la voluntad de los objetos singulares. Porque no puede olvidarse que la voluntad de los sujetos de derecho no es ni puede ser nunca por sí sola causa de efectos jurídicos, ya que en rigor la causa es siempre un precepto, una norma de Derecho (divino o humano) de la que mediatamente derivan dichos efectos. De ahí que las consecuencias de los actos en el plano de lo jurídico tanto derivan de la ley como de la voluntad de los particulares. Del mismo modo, cuando se alude a los efectos *ex lege* de los actos contractuales tampoco deja de incurrirse en confusión, precisamente porque el efecto *ex lege* no se produce sin la realización voluntaria del acto jurídico; de suerte que también desde esta perspectiva, la eficacia del mismo emana tanto del acto voluntario como del imperativo legal. Lo que ocurre —correctamente lo ha hecho notar Díez Picazo— «es que la derivación *ex lege* o *ex voluntate* no es camino idóneo para dilucidar el carácter negocial o no negocial de un acto... El síntoma esencial a que debe atenderse para dilucidar si un acto es o no es un negocio jurídico

no será la derivación *ex voluntate* de sus efectos, sino la intervención que en él haya tenido la autonomía privada»⁵⁷. En otras palabras: la sustancia del negocio jurídico se encuentra no tanto en el poder de determinación del contenido de la relación jurídica que el negocio crea como en el poder de creación de la misma relación jurídica⁵⁸.

La teoría institucional del matrimonio, al no tener siempre presentes estos claros planteamientos dogmáticos, ha intentado evadirse de un individualismo no siempre necesariamente adscrito a las tesis contractualistas, con la consecuencia de caer en una especie de colectivismo que transforma a los cónyuges en meros instrumentos de un interés comunitario no siempre rectamente entendido⁵⁹. Por contraste, la construcción del matrimonio como negocio jurídico familiar⁶⁰ adecuadamente neutraliza tanto los eventuales riesgos dimanantes del individualismo personalista, que desconecta el acto de generación del vínculo de aquellos contextos objetivamente preexistentes (humano, social y religioso), como los peligros de una excesiva publicitación de la relación jurídica familiar

57. Díez PICAZO, *El negocio jurídico de familia*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1962, p. 778.

58. Cfr. *Ibidem*, p. 773.

59. En este sentido vide las apreciaciones de MAZZINGHY, *Derecho de familia. El matrimonio como acto jurídico*, Buenos Aires, 1971, pp. 46-51.

60. La doctrina civilista, en un contexto matizador de la tradicional construcción canónica del matrimonio-contrato, ha contribuido decisivamente a la fijación de los caracteres del negocio jurídico de familia. Vide los trabajos de: Díez PICAZO, *cit.*; CARIOTA

FERRARA, *El negocio jurídico*, trad. esp., Madrid, 1967, pp. 37-39, 194-196 y 502 y ss.; Díez DE GUIJARRO, *Nuevos aportes a la introducción al estudio del acto jurídico familiar*, en «Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Castán», VI, Pamplona, 1969, pp. 188-228. En algún otro trabajo nuestro ya hemos apuntado ciertas aplicaciones que de tal construcción pueden hacerse en la esfera canónica: NAVARRO VALLS, *La restauración de la comunidad conyugal en el matrimonio canónico y en el sistema matrimonial español concordado*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1972, pp. 445 y ss.

que con frecuencia amputa al individuo de una de sus raíces básicas⁶¹.

Y en tal conceptualización negocial del matrimonio, la función jurídica de la forma—desde una perspectiva estructural, primaria, óptica si se quiere— es primariamente constitutiva. De ahí que—por repetida— no deba olvidarse en ningún momento la observación ya clásica de la imposibilidad de concebir un acto jurídico sin forma adecuada⁶². Lo que la dogmática moderna denomina así forma de emisión del consentimiento se inserta, pues, en la misma fuente del negocio jurídico ya que si éste es movimiento, alteración de un estado, mutación del mundo exterior, su forma no será otra cosa que este movimiento y esta mutación.

Pero junto a esta primera y esencial función constitutiva de la forma existe otra ca-

racterización de la misma que mira más a la integridad del negocio que no a su estructura, más a su recepción que a su emisión, más al mundo exterior que al mero reducto bipersonal en que se sustancia el encuentro de voluntades. En esta segunda perspectiva es donde aparece, en rigor, la clásica distinción entre negocios jurídicos formales e informales, considerados los primeros como aquéllos en que la forma de recepción del consentimiento aparece exigida *ad valorem actus* por el ordenamiento jurídico⁶³. Conveniente parece detenernos—y por la obvia importancia que en el matrimonio canónico reviste la cuestión— en las distintas funciones que a su vez la forma de recepción desempeña en el negocio formal⁶⁴. Prescindiendo ahora de aquellas individualizables en un plano puramente pragmático⁶⁵ (facilidad del diagnóstico jurídico, madurez de la resolu-

61. Vide las observaciones de GUASP (*Derecho*, Madrid, 1971, p. 538), sobre la publicitación del Derecho de familia.

62. Cfr. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. esp., s. f. p. 98.

63. También en esta vertiente (forma de recepción), alguna doctrina (por ejemplo: DE LOS MOZOS, *La forma del negocio jurídico*, Anuario de Derecho Civil, 1968, pp. 745 y ss.), habla del valor constitutivo de la forma en los negocios solemnes. Desde luego, en el matrimonio canónico la exacta misión de la forma receptiva del consentimiento no se aviene con el término *constitutiva*. Ya en Trento una de las razones que llevó a no aceptar como elemento *ad validitatem* la presencia activa del *notarius* laico, fue precisamente la de entender que su misión específica «intra in constitutione actus»: Cfr. PALLAVICINO, *Historia Concilii Tridentini*, I. XXII, cap. VIII, nn. 16 y 17.

64. Desde luego, no es ésta cuestión desprovista de interés en los momentos actuales. Periclitados por igual los extremosos planteamientos del espiritualismo

a ultranza y del formalismo sofocador de toda libertad en la autonomía privada parece asistirse actualmente a una prudente revalorización del principio de forma imperada en los más diversos sectores jurídicos. Como dijo RIPERT (*Traité de Droit civil*, II, París, 1957, p. 20): «se había considerado que el principio del consentimiento presentaba valor moral y valor económico más ciertos. Al comprobarlo, la cosa pareció dudosa». Cit. por DE LOS MOZOS, *loc. cit.*, p. 747.

65. Tales ventajas han sido analizadas hasta la saciedad por la doctrina canónica y civil. Vide, sobre ellas: LAMAS, *Forma sustancial del matrimonio canónico*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», X, Barcelona, 1960, en especial, pp. 25-35; OGANDO, *La forma como requisito del contrato*, Vigo, 1920, pp. 14 y ss.; ORESTANO, *Formalismo giuridico*, en «Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti, I, 1961, pp. 658 y ss.»; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, t. I, v. II, Madrid, 1970, pp. 701 y ss.; ROCA SASTRE, *La forma en el negocio jurídico*, en «Estudios de Derecho Privado», I, Madrid, 1948.

ción, etc.) es importante resaltar ante todo dos funciones con frecuencia oscurecidas y tan sólo claramente visibles en el más profundo plano del razonamiento filosófico: las que Ihering llamó sus funciones pedagógica y conservadora ⁶⁶.

La primera se explica por el hecho de que si la solidez de todo progreso descansa sobre una cierta continuidad histórica, la forma de los actos infunde en las generaciones que se suceden en una comunidad precisamente el sentido de la lejanía histórica, de continuidad en la práctica de la vida, sin la cual raramente se ha levantado construcción durable en la sociedad política o eclesial. La segunda se hace inteligible mediante un dato de orden fáctico: el de que las ideas que tan sólo se apoyan en su vitalidad interna, sin el soporte de una forma exterior, llegan a desvanecerse, perdiéndose el sentido de su valor moral, siendo necesarios esfuerzos heroicos para hacer que revivan en un contorno social que las olvidó. En cambio, la suerte de aquellas ideas ligadas a formas fijas e imperadas históricamente se demuestran con mayor vitali-

dad. Las instituciones jurídicas —siempre propulsadas por la fuerza de una idea que las mantiene en vida— sufren la influencia conservadora de aquellas formas que representan su expresión exterior, y a medida que tal exterioridad se desarrolla más fuertemente, mayor es su propia fuerza vital. «En circunstancias ordinarias —dirá Ihering ⁶⁷— la forma asegura y aumenta la vitalidad de las ideas, y en caso de peligro las defiende mejor contra los ataques de fuera» ⁶⁸.

Innecesario parece advertir la trascendencia que para el sistema matrimonial canónico revisten estas dos funcionalidades de la forma jurídica. La idea (la normativa sustancial del matrimonio) que subyace en la exterioridad formal no es simplemente una creación humana sometida a la coyuntural incidencia de los avatares históricos, ni aún una rígida emanación del Derecho natural sino «el desarrollo normal y adecuado de la permanente e invariada tendencia de la persona humana a la unión con otra persona de otro sexo en orden a la procreación de los hijos, de acuerdo con las exigencias de justicia que son in-

66. *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo, III*, trad. esp., Madrid, s.f., pp. 225 y ss. Vide también las observaciones de LAMAS, *loc. cit.*, pp. 36 y 37.

67. *Ibidem*, p. 219.

68. El propio IHERING (*Ibidem*, pp. 229 y 230), en una de las líneas más lúcidas del pensamiento jurídico sobre el tema, y que no nos resistimos a transcribir aquí, añade: «A modo de lo que es más humilde respecto a lo que es más noble, la forma posee una fuerza vital más tenaz. Puede vegetar, es decir, durar sin ser comprendida, lo que la idea no puede. Fragmento indiferente de la vida exterior, conservado por la fuerza de la costumbre, la forma, cuando para la inteligencia del pueblo pierde la fuerza de la idea que la anima,

puede aún continuar vegetando como forma. Es una corteza muerta que subsiste en apariencia, sin razón de ser y sin valor ninguno. A veces se levantan los sabios y los hombres sensatos que claman contra la mentira y el engaño, y piden que lo que está frío e inerte sea enterrado como un cadáver. Pero si el pueblo posee ese sentido de la forma..., por instinto, permanece fiel a lo que se desprecia como muerto y lo acepta sin saber por qué... Si a menudo ocurre que aquello que parecía muerto no lo está ni ha quedado nunca privado de vida, si la vida y el espíritu vuelven a animar formas finitas, preciso es que aquél que no quiere confundir la apariencia de la muerte con la muerte real comience siempre, en los casos dudosos, por no creer sino en una muerte aparente».

herentes a esa tendencia»⁶⁹. De ahí que las funciones pedagógica y conservadora de la forma alcancen su óptimo de intensidad en el matrimonio canónico, precisamente por la trascendencia de la *idea* que enseña y conserva.

Pero en el matrimonio canónico la forma desempeña, aparte estas funciones identificables en una visión metajurídica y sociológica, otras dos claras misiones sustancialmente conexas con la vertiente rigurosamente jurídica por el que discurre. Nos referimos a las que la doctrina ha denominado de seguridad y de certeza⁷⁰.

Es claro que desplazar la prueba de la existencia real del matrimonio del campo de la forma de recepción del consentimiento a los discrecionales dominios del simple testimonio de los contrayentes, supone elevar la incertidumbre al rango de gran protagonista de la relación jurídica creada. Incertidumbre que degenera en inseguridad cuando el vínculo matrimonial es queridamente desconocido

69. HERVADA, *Cuestiones varias...*, cit., p. 16. La importancia de esta idea es notoria, sobre todo si se la pone en relación con estas otras del citado autor: «La dimensión jurídica del matrimonio es una dimensión de justicia inherente a la propia estructura de la naturaleza humana. El matrimonio no sólo se limita a tener un fundamento de Derecho natural o divino. No es como tantas otras instituciones que se fundan en el Derecho natural, sin ser en realidad más que modos humanos acordes con ese Derecho, e incluso en el sentido de ser formas históricas —por lo tanto humanas— que derivan inmediatamente de él, como única forma conocida y posible en la práctica, dentro de un contexto histórico y cultural determinado... su estructura jurídica primaria y nuclear no recibe su fuerza de las fuentes humanas del Derecho, ni tampoco se

por uno de los contrayentes como medio para realizar —esta vez en el fuero de lo público— nuevo matrimonio con tercera persona. La realidad de la primera unión no testimoniada queda reducida a la mínima expresión cuando la segunda se celebra formalmente, produciéndose una peligrosa *doble verdad* —formal ésta, sustancial aquélla— que precisamente la función de seguridad de la forma viene a prevenir.

Junto a ella, la forma manifiesta desde su exterioridad la efectiva realidad del consentimiento que en ella se contiene y se enuncia, en base a la necesidad de mantener como principio la integridad y seriedad del consentimiento formalmente manifestado. Tal certeza, ligada presuntivamente a la forma, pierde su vigor tan sólo ante la mayor certeza de la prueba, lo que inexcusablemente viene exigido por la específica lógica del ordenamiento canónico que rara vez sacrifica sustancia a forma, sino que, por el contrario, orienta y dirige ésta en función de aquélla⁷¹.

trata de una forma histórica operada por las fuerzas que estructuran la sociedad» (*Ibidem*).

70. Cfr. en especial los trabajos de LALAGUNA: *Función de la forma en el matrimonio canónico*, IUS CANONICUM, 1961, pp. 227 y ss.; y *El matrimonio como acto jurídico formal*, en su obra «Estudios de Derecho matrimonial», Madrid, 1962, pp. 231-255. Las reflexiones de este autor han devenido ya clásicas al abordar la doctrina dichas funciones.

71. De ahí que el principio de certeza formal en el ordenamiento canónico aparezca con una atenuada eficacia si se le compara con idéntico principio en el área civil. En ésta, la forma se muestra como rígida objetivación del consentimiento, en aquél se plega a las exigencias sustanciales del consensualismo. De ahí también la relevancia canónica de la simulación, el

C) Función de la forma jurídica en el matrimonio-sacramento.

Líneas arriba se llamó la atención acerca de la necesidad de conectar el problema de la forma con aquella vertiente sacramental que radicalmente peculiariza el matrimonio cristiano, haciéndolo algo distinto de cualquiera otra fórmula matrimonial. Llegado es el momento de detener brevemente nuestra reflexión en este punto.

La conexión entre forma de recepción y sacramento no queda tan sólo circunscrita a la simplemente coyuntural —que no poco importante— de defensa por aquella de la entidad propia de éste. Es decir, no se agota tal vinculación con aquellas funciones pedagógicas y conservadora que la estructura formal desempeña en el seno de la comunidad humana, sino que ambas se enlazan, de alguna manera, en el más profundo orden de la *lex sacramentorum*. Tal enlace, conviene advertirlo antes de seguir adelante, no es del mismo grado e intensidad que el que ocurre

entre forma de emisión y sacramento, y ello porque la falta de aquélla implica en el mismo plano sacramental (forma teológica) la inexistencia radical de éste ⁷² mientras que la inexistencia que deviene del defecto de forma de recepción, al operar primariamente en el plano jurídico y, en otra perspectiva en el litúrgico, deja abierta la posibilidad —*sanatio in radice*— de que sin ella pueda el sacramento aparecer en momento posterior a la emisión del consentimiento. De ahí que aludiendo a dicha conexión estemos simplemente haciendo ahora referencia a todo el amplio problema de la dimensión eclesiológica de los sacramentos, o, si se quiere, al tema de la dimensión jurídica de los mismos ⁷³.

Esta última cuestión se ha planteado desde recientes presupuestos teológicos ⁷⁴ que, postulando una visión global y unitaria de la realidad sacramental, han iniciado un *iter* doctrinal dirigido a incluir los sacramentos en una fenomenología jurídica ⁷⁵. Con especial intensidad ha incidido sobre el tema de la potestad de la Iglesia para dictar

juego de la condición en el consentimiento y, en general, la valoración de las discrepancias entre consentimiento real y aparente. Cfr. sobre estos extremos: LALAGUNA, *El matrimonio...*, cit., pp. 247-252; GUIDI, *Condizione al consenso per il matrimonio canonico e per il matrimonio civile*, Archivio di diritto ecclesiastico, V (1943), pp. 143 y ss.; GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, 3.^a ed., Milano, 1968, pp. 4 y ss.

72. No otra cosa quiere decirse cuando se observa que «la forma de emisión del consentimiento es al sacramento del matrimonio lo que la ablución externa al bautismo, es decir, el signo sensible que consta de *res et verbum*, materia y forma del sacramento», REINA, *Forma canónica...*, loc. cit., p. 291.

73. Sobre esta cuestión falta un estudio a fondo. Estudio que a algún autor se le aparece hoy «co-

mo de los más importantes»: HERVADA, *Cuestiones...*, cit., p. 65. No obstante, VITALE, (*Sacramenti e diritto*, Roma, 1967) ha puesto unas bases estimables al tema.

74. Vide, por ejemplo: FEINER, *Die Sakramente in der Heisgeschichte*, Anima, XII (1957), pp. 324 y ss.; SMULDERS, *Sacramenta et Ecclesia*, Periodica, 1959, pp. 12 y ss.; NICOLAU, *Teología del signo sacramental*, Madrid, 1969, pp. 320 y ss.; TENA, *Sacramentos: de Trento al Vaticano II*, en «Liturgia hoy, I, Criterios conciliares de renovación litúrgica», Madrid, 1965, pp. 157-176.

75. Cfr. las referencias de VITALE, *ob. cit.*, pp. 11 y 12. También, HEIMERL, *Aspecto cristológico del Derecho canónico*, IUS CANONICUM, 1966, pp. 25 y ss.

una disciplina sacramental, cuestionando, a la vez, en cierta forma el principio de la absoluta autonomía sacramental⁷⁶. En lo que al matrimonio respecta —fácil es entender por qué— la reflexión se ha detenido en vertical tornándose crítica ante la tradicional visión individualista que lo desconectó —salvo en el tema de la publicidad del contrato— del aspecto social y cultural que reviste⁷⁷.

El problema de la publicidad formal en el matrimonio canónico no se agota en el exclusivo aspecto contractual, sino que también apunta a la vertiente sacramental del mismo, en cuanto que al crear una *situación* en la Iglesia requiere la forma de acto socialmente relevante y por tanto operativo en el ámbito de la juridicidad⁷⁸. Lo que es —en nuestra opinión— clara consecuencia de aquella obligación que tienen todos los fieles incorporados a la Iglesia por el bautismo de «confesar delante de los hombres la fe que recibieron de Dios mediante la Iglesia»⁷⁹.

De esta forma, Moroni⁸⁰ correctamente ha hecho notar que «... si può affermare che nel matrimonio canonico gli sposi, per essere nel contempo ministri e suscipienti del sacramento e quindi soggetti attivi e passivi, esercitano un potere sacerdotale con capacità generale ed un potere di giurisdizione con capacità specifica, realizzando in tal modo nell'

ordinamento della Chiesa una situazione ecclesiologica, spirituale, e giuridica, che, per i fini istituzionali del matrimonio, sono essenzialmente di rilevanza sociale, por cui la veste publicistica che investe tutto il matrimonio non sorge da quella che può dirsi volontà legale, dalle disposizioni cioè ecclesiastiche di natura giuridica, ma dalla stessa istituzione divina, che ha voluto quale nota determinante il matrimonio, quella della socialità».

Junto a la publicidad —conocimiento en el matrimonio, pues, hay que destacar una publicidad-representación, para la que la Iglesia quiere una dignidad y certeza social y teológica a través de un mecanismo publicitario que si es de índole fundamentalmente litúrgica viene muy conectado con la forma jurídica. Aparece, de este modo, una importante función jurídico-sacramental de la forma canónica —distinta de la ligada a la vertiente contractual del matrimonio— que no es posible desconocer, sobre todo si se piensa que la trascendencia social del matrimonio canónico no es tanto referible a la que pueda tener en el total de la sociedad humana, sino que aparece primordialmente referida a la comunidad eclesial como acto público de culto a Dios⁸¹. Sin que, por otra parte, dicha función sacramental signifique —en el plano en que ahora se mueve nuestra reflexión— que en el matrimonio-sacramento

76. Vide sobre este extremo: DOSSETTI, *La violenza nel matrimonio in diritto canonico*, Milano, 1943, pp. 35-40. Interesantes apreciaciones críticas a su tesis en: REINA, *Forma canonica...*, cit., pp. 304 y 305; MORONI, *I testimoni comuni nella celebrazione del matrimonio*, Milano, 1972, p. 21, n. 20.

77. Cfr. VITALE, *Il teste qualificato e la forma del*

matrimonio, Il diritto ecclesiastico, 1967, pp. 44 y 45.

78. Cfr. MORONI, *ob. cit.*, p. 8.

79. Cfr. *Lumen Gentium*, n. 11; Const. *Sacrosanctum concilium*, nn. 7 y 26.

80. *Ob. cit.*, p. 20.

81. Cfr. las observaciones de BOFF, *El sacramento del matrimonio*, Concilium, 87, 1973, pp. 30 y 31.

la presencia de la Iglesia pueda ser elevada formalmente a factor constitutivo esencial. Con ello se incidiría en un dogmatismo formal, naturalmente de signo diverso al contractual, pero no menos recusable.

Lo que aquí y ahora se quiere destacar es la existencia de otra función jurídico-instrumental que la forma canónica (en su más amplia acepción) desempeña en el matrimonio entre fieles, la cual, unida a las de igual carácter en la vertiente negocial, viene a cerrar el ciclo de las funciones jurídicas de aquélla ⁸².

D) Conclusión.

Estas reflexiones de orden histórico, jurídico y teológico permiten ya enunciar una conclusión general que debe siempre tenerse presente en cualquier tarea de valoración crítica de las posturas, de uno u otro signo, sobre el problema de la forma canónica del matrimonio.

Tal conclusión —para nosotros evidente— puede resumirse en pocas líneas: las

82. La revalorización de la función eclesiológica del sacramento del matrimonio, ha llevado igualmente al replanteamiento de dos temas importantes que aquí sólo podemos apuntar: el de la naturaleza jurídica de la asistencia del sacerdote al matrimonio y el de la función de los testigos comunes en el mismo. El primer punto ha sido abordado desde bases sólidas por Reina, el segundo —más recientemente— por Moroni. Para REINA, (*Emisión del consentimiento...*, cit., p. 605) «...quizá se haya insistido demasiado unilateralmente en la presencia *testifical* del sacerdote, sin tener en cuenta que incluso esa función testifical descansa sobre un título jurisdiccional, es decir, sobre su cooperación en la celebración del matrimonio como persona pública que representa a la Iglesia». En lo que respecta a los testigos comunes, MORONI, (*ob. cit.*, p. 155)

repercusiones de la forma canónica del matrimonio (sus funciones, en definitiva) aun siendo de carácter instrumental, tienen importantes implicaciones conexas tanto con la *salus animarum*, como con el aspecto eclesiológico y social por el que discurre su carácter sacramental. De ahí que no sea a la luz de planteamientos simplemente técnicos donde el problema de la forma *ad valorem* deba sustanciarse. Por el contrario, tan sólo una adecuada valoración de la realidad concreta en que la situación matrimonial se inserta y su elevada significación sacramental, podrá poner en vías de satisfactoria resolución los términos de la polémica aludida al principio de este trabajo.

No es, pues, la cuestión de que venimos tratando de aquellas que algún clásico del Derecho veía ancladas en el cielo de los puros conceptos jurídicos sino también de las conectadas con la realidad más viva (sacramental y humana) a la que el canonista viene inexcusablemente obligado a servir. Y en esta actitud de servicio se precisa ahora —siem-

entiende que si se sacan las debidas consecuencias en el ámbito canónico de las orientaciones conciliares sobre los sacramentos, la actual regulación «dovrà essere diretta da altra normativa e questa sarà posta entro l'arco di quel *sciens et volens*, che è sempre alla base di ogni atto sacramentale, per il quale l'applicazione dei can. 103-104 del Codex è incontrovertibile. Questo discorso ha una sua validità se dei testimoni comuni si intende fare degli uomini coscienti e responsabili. A questa funzione, per essere formalmente... parte integrante di una grandissima realtà terrestre, inserita nell'area della grazia, qual'è il matrimonio canonico, i testimoni comuni non possono non partecipare attivamente anche perchè la loro presenza à la presenza della Chiesa, intesa come comunità di salvezza...».

pre a la luz de la convicción apuntada— analizar críticamente las posturas que contribuyen a desenfocar el problema. Comencemos por las de intención radicalmente revisionista.

V. VALORACION CRITICA DE LAS PROPUUESTAS DE CANONIZACION SUSTANTIVA DEL MATRIMONIO CIVIL.

Entre ellas, si se recuerda la sintética exposición adelantada en los inicios de este trabajo, destacan las que proponen, desde bases difusamente «espiritualistas», la sustancial canonización del matrimonio civil en su fondo y en su forma. Atentamente consideradas inmediatamente se advierte en su tras-

83. Este recusable desviacionismo ha sido reiteradamente denunciado por el más reciente magisterio de Pablo VI. Resumiendo sus apreciaciones sobre el tema, en la Alloc. de 29 de enero de 1970 a la S. R. R. indicaba las tres principales causas de fondo motivadoras del proceso de contestación al Derecho canónico: la inmoderada tendencia de proclamar la libertad del hombre frente a cualquier ley, la misma orientada a ejercitar absolutamente la libertad frente a cualquier autoridad, y el rechazo a cualquier legítimo ejercicio del poder judicial (Cfr. texto completo de la alocución en *Ephemerides*, 1970, pp. 164-172). Por su parte la mejor doctrina canónica ha puesto de manifiesto las extrañas consecuencias a que se aboca con tamaños planteamientos. MALDONADO, (*La significación histórica del Derecho canónico*, IUS CANONICUM, 1969, pp. 84 y 85), por ejemplo, después de un riguroso examen de la debilidad de las corrientes desjuridificadoras concluye: «En una comunidad humana, por muy elevada que sea su naturaleza, en cuyo ámbito se dan relaciones entre dos sujetos que suponen un derecho en uno de ellos y una correlativa obligación en el otro, existen relaciones jurídicas, y la necesidad de regular y atender a la defensa de esos derechos y al cumplimien-

fondo un dogmatismo desjuridificador elevado a categoría de sistema. Tamaño dogmatismo trae su causa más honda en un trauma que ya, e inicialmente, las hace sospechosas de un apasionamiento que las descalifica: el que gráficamente puede denominarse *shock antijuridista*, producido en la Iglesia por aquella corriente que, resurgiendo viejos esquemas protestantes, postula una Iglesia vacía de cualquier estructura jurídica⁸³. La radicalidad de este planteamiento evidencia, además, una interna y desconcertante contradicción: precisamente la que surge de buscar la desformalización en una normativa aún más formalizada. No se repara, desde esta postura, que la desjuridificación del matrimonio canónico supondría la asunción intraeclesial

to de esas obligaciones de los miembros de la comunidad en el espacio de ella, es algo que no puede quedar abandonado... Y si no lo hace caerá en el peligro de que sea otro sistema jurídico extraño el que se arroge la intervención en la materia, que no puede quedar desamparada del Derecho. Así, si el Derecho canónico se desentiende de la eficacia y de la tutela de los derechos subjetivos nacidos en su orden, no sería extraño que para ello acudieran los interesados a los tribunales civiles pidiendo el cumplimiento de unos deberes voluntariamente asumidos... Porque lo que no puede hacerse es dejar ese orden jurídico en el vacío. No es posible olvidar que a la persona humana se le debe la tutela de sus propios derechos, sean del orden que sean, y que esa tutela requiere un sistema y unos medios jurídicos. Y, por consiguiente, una técnica jurídica. Ni la espiritualidad, ni el fundamento teológico, ni el espacio necesario a la caridad, ni el repudio del positivismo y del excesivo formalismo, son obstáculos para mantener esa técnica, que puede perfectamente construirse, y ello es de esencia de la instrumentalidad del Derecho, al servicio de los más altos ideales de la Iglesia del presente».

de una inflexible estructura formal y sustancial —la normativa civil de la institución— en la que el formalismo se erige en protagonista casi absoluto, dejando la realidad consensual del matrimonio reducida, las más de las veces, a mera apariencia solemne. Por esa vía la pretendida desformalización canónica conduciría al paradójico desenlace de una extrema dignificación de la forma, que oculta en el fondo, al sentir de Lalaguna, «una inconfesada limitación congénita del Derecho matrimonial laico, una falta de vigor (más que una carencia de recursos) en la búsqueda de la verdad objetiva»⁸⁴.

Junto a esta primera razón, extrañamente contradictoria, hay que añadir otra que no ha pasado inadvertida a la mejor doctrina: la de que la hipótesis de la canonización sustantiva del matrimonio civil —con acierto lo ha hecho notar Reina— «supondría una clara regresión en el tiempo, que olvidaría las razones de fondo que laten en la evolución de la jurisdicción eclesiástica sobre el matrimo-

nio»⁸⁵, resumibles en la necesidad de que la institución matrimonial, en su ordenación jurídica, se ajuste a las exigencias de la ley natural y divina. Exigencias que son desconocidas, en mayor o menor medida, por buena parte de los sistemas matrimoniales laicos⁸⁶. Por fin, y desde otro punto de vista, no puede dejar de aludirse al evidente atentado que algunas de estas tesis suponen para el derecho fundamental de todo fiel a recibir el sacramento del matrimonio. La propuesta de admitir al matrimonio-sacramento sólo a los católicos especialmente preparados y conscientes de su fe, reservando el civil (etapa previa o definitiva) para los católicos aún no plenamente identificados con ella, ha sido calificada por Hervada de «grave injusticia», ya que sólo se puede impedir que un matrimonio entre bautizados sea sacramento impidiendo el mismo matrimonio. Así, o la unión es verdadero matrimonio, y entonces es sacramento *ipso facto*, o no lo es, y entonces no hay desde luego sacramento, pero tampoco matrimonio natural⁸⁷.

84. LALAGUNA, *El matrimonio como acto...*, cit., p. 251. En el mismo sentido estas apreciaciones de LACRUZ-BERDEJO, (*Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963, p. 95, n. 6): «En el Derecho civil, al no poderse tener tan en cuenta las consideraciones morales que rigen el matrimonio, y al ser en cambio fin específico del Estado la seguridad del estado civil, es lógico que la apreciación del consentimiento no pueda hacerse con la solicitud exquisita del Derecho canónico. Esto se traduce, automáticamente, en una intensificación cuantitativa de la función desempeñada por la forma, la cual se expansiona y llena los huecos que deja aquella imposibilidad o deficiencia en apreciar la adecuación del consentimiento al objeto y la dificultad de probar la exclusión,

reserva o simulación». Cfr. también: ARECHEDERRA, *Formas y clases de matrimonio en Derecho español*, Anuario de Derecho Civil, 1972, pp. 1.225-1.226.

85. REINA, *Emisión del consentimiento...*, cit., p. 628.

86. Nos referimos al tema del divorcio vincular y, en menor medida, a las leyes planificadoras del control de la natalidad y aborto. Cfr. NAVARRO VALLS, *Divorcio: orden público y matrimonio canónico*, Madrid, 1972; PAGÉS, *Le controle des naissances en France et à l'étranger*, París, 1971, en especial pp. 147-221, donde se recoge la legislación comparada sobre la planificación familiar.

87. HERVADA, *Cuestiones...*, cit., p. 86.

VI. VALORACION CRITICA DE LAS POSTURAS DE CANONIZACION DE LA FORMA DEL MATRIMONIO CIVIL.

A) Insuficiencia de sus bases históricas y teológicas.

Por su parte, las propuestas que en su momento denominamos de «revisión total», aunque evidentemente mejor intencionadas que las radicales, no dejan de incidir en desenfoques magnificadores de las razones básicas que aducen. Es claro que no cabe eludir las objeciones de carácter histórico, teológico o jurídico razonablemente hechas al tema escudándose en pretendidas argumentaciones de autoridad que «fossilizarían» la cuestión, atribuyendo poco menos que la nota de infalibilidad al *Tametsi*⁸⁸. Tal conclusión va claramente contra el espíritu y la letra de esta disposición conciliar. Desde los primeros debates hubo absoluta unanimidad en abandonar la cualificación de canon dogmático y adoptar la de decreto disciplinar, y cuando las discusiones parecían entrar en vía muerta, por lo irreductible de las posturas, no era infrecuente que resonaran en el Aula conciliar estas tranquilizadoras palabras: «haec doctrina non est doctrina fidei, et ideo potest ab alio concilio revocari»⁸⁹.

Junto a ésto, sin embargo, hay que apresurarse a decir que tampoco cabe elevar a *dogmáticos* los argumentos revisionistas hablando del grave error jurídico, teológico e histórico que supuso la introducción de la forma *ad valorem*. Veamos por qué.

En cuanto a las razones teológicas, en el curso de esta exposición hemos ya aducido nuestra interpretación de la postura de los Padres de la mayoría en Trento que, cuando menos, demuestra que no se conculcó la *lex sacramentorum* en lo que al matrimonio concierne. Por lo que no es este camino válido que justifique la revisión de la forma tridentina. Y no lo es, porque en rigor no puede decirse que la forma y materia esenciales, suficientes antes de Trento para el sacramento del matrimonio, no lo fueran después para el mismo. Por el contrario debe quedar bien claro que la materia y la forma del sacramento, antes y después de la norma conciliar, continuó siendo el intercambio del consentimiento suficientemente expresado, para que exista contrato válido capaz de transferir el mutuo dominio de los cuerpos. Sin embargo, y a partir de Trento, la validez del contrato y del sacramento dependerá —en el plano social— del modo de contraerlo; modo que está sometido al poder jurídico de la Iglesia, quien puede variarlo sin por ello afectar a la esencia del sacramento y del contrato.

Por lo demás, la moderna doctrina reconoce que una de las tesis que han condicionado con mayor intensidad el desarrollo doctrinal y disciplinar del matrimonio ha sido precisamente la de poner en cuestión el poder de la Iglesia para influir en el sacramento⁹⁰. A tal respecto se ha observado que «la cosa non presenta alcun inconveniente, ancho supponendo che il rito del sacramento ne sia

88. Cfr. la acertada crítica de Di Mattia (*loc. cit.*, pp. 489-493) a las tesis de Wernz-Vidal, Gasparri, Sánchez y Reiffenstuel que se mueven en la línea apuntada en el texto.

89. Cfr. *Ibidem*, pp. 482-484.

90. Vide: ZANCHINI, *Ipotesi di sviluppo della dottrina del matrimonio dopo il Vaticano II*, en el cit. vol.

stato parzialmente modificato. Noi ci facciamo, oggi, in effetti, un concetto dell'inmutabilità dei riti dei sacramenti, e del potere della Chiesa a loro riguardo, meno stretto di quello di certi Padri del concilio di Trento»⁹¹.

En lo que respecta a las motivaciones históricas aducidas para denunciar lo arbitrario de la imposición de una forma *ad valorem*, hay que observar que es imaginable, desde luego, que sobre los Padres conciliares gravitaran —al igual que sobre los del Vaticano II— los peculiares problemas políticos de la época, y, posiblemente, con una especial intensidad por la frecuente inmisión del poder civil en los asuntos eclesiásticos, pero es desorbitar la cuestión hacer de una presión política la causa fundamental del establecimiento de una forma jurídica ordinaria. Tales presiones pudieron influir, hasta cierto punto, en la decisión final de los preladados de la *Ecclesia gallicana*⁹², pero en modo alguno explica —por citar sólo algunos nombres de la Iglesia en España— la de obispos como Pedro y Antonio Agustín, Pérez de Ayala o Covarrubias, ni la de teólogos como Salmerón y Torres, juristas de la talla de un Vázquez de Menchaca, Marchante o Antonio de

Covarrubias, los catedráticos de Salamanca o Alcalá, o, en fin, la de eruditos como Arias Montano, personalidades todas ellas nada idóneas para servir de meros comparsas⁹³, al núcleo francés en sus discusiones con la minoría italiana. Más razonable es suponer que era el efectivo desamparo en que se hallaba el interés social en materia matrimonial la que justificó el planteamiento y conocido desenlace de la cuestión en Trento. Bien miradas, las consecuencias de régimen pretridentino eran inquietantes por sí mismas, sin necesidad de aneja «orquestación publicitaria» protestante: multiplicadas las posibilidades de uniones clandestinas y de estados matrimoniales ilegítimos, agudizados los conflictos de conciencia, y centrado el consentimiento matrimonial sobre situaciones irreflexivas y pasionales, no se requiere demasiada imaginación para suponer que, por uno u otro motivo o con una u otra causa, no tardaría en provocarse en el seno de la Iglesia un movimiento de reforma que obedeciera a razones reales y no meramente políticas⁹⁴.

B) Desenfoque de sus bases jurídicas.

Pero esas efectivas razones reales, ¿podían llegar al extremo de justificar la instau-

«La Chiesa dopo...», II, p. 1.437. También de interés sus observaciones de pp. 1.438-1.443.

91. ADNÉS, *Il matrimonio*, Roma, 1966, p. 104.

92. Cfr. sobre este punto: BRANDILONE, *Saggi sulla storia della celebrazione del matrimonio in Italia*, Milán, 1906, p. 333.

93. Cfr. JERÓNIMO GONZÁLEZ, *loc. cit.*, p. 818.

94. Al referirse a las divergencias entre los canonistas del XVI sobre la misión del sacerdote en el acto de asistencia del matrimonio, observa LE BRAS, (*loc. cit.*, col 2.232: «Ou plutôt, l'unanimité ne serait

obtenue que sur un point: l'une des missions du prêtre est incontestablement d'assurer la publicité du mariage... Il est donc juste de conclure qu'au XVI siècle un fort mouvement d'opinion s'était dessiné dans l'Eglise pour la réforme du mariage, à cause des inconvénients graves de la clandestinité». Claros exponentes de tal generalizada opinión son, por ejemplo, las gráficas descripciones que de la lamentable situación hacen: DIEGO DE COVARRUBIAS, *De sponsalibus et matrimoniis*, 1545; DOMINGO DE SOTO, *In IV. Sent. commentarium*, Salamanca, 1557-60, Dist. XXVIII, q. 1, a. 1; DELPHINUS, *De matrimonio et caelibatu*, Camerino, 1553.

ración de un requisito formal que puede, en ocasiones, esterilizar el propio acto de voluntad de la persona humana haciendo vacío su contenido y eliminando la eficacia de aquellos valores éticos que el ordenamiento canónico está especialmente llamado a servir? La respuesta a tan razonable interrogante se hace ahora ineludible si se quiere, no ya desde perspectivas teológicas o históricas, sino rigurosamente jurídicas, centrar el problema de la forma del matrimonio canónico en sus exactos límites. Adviértase —por otra parte— que esta importante pregunta toca en lo más vivo dos trascendentales cuestiones, siempre presentes en las argumentaciones jurídicas de intención revisionista en el tema que venimos tratando: uno, de resonancias clásicas, cual es la peculiar naturaleza del Derecho canónico; el otro de especial revalorización actual: el respeto a la dignidad de la persona humana. De ahí que requiera el interrogante cumplida respuesta.

Si hay un punto de contacto entre las distintas posiciones doctrinales que han indagado en la esencia del Derecho canónico, éste es, a no dudarlo, el que lo conceptúa como una experiencia jurídica irreplicable en la que se trata de realizar en sí la ley ética como uni-

dad de ley moral y ley jurídica, siendo esa realización integral la que hace tendencialmente posible una certeza jurídica en la que se fusionan interioridad y exterioridad, objetividad y legalidad⁹⁵. Tal lógica peculiar comporta consecuencias no siempre compatibles con la seguridad jurídica⁹⁶, por lo menos como viene entendida en la tradición del derecho civil continental en la que «ha llegado a ser una especie de valor supremo, un dogma incontrovertible, una meta fundamental, casi como la reina del ajedrez que se puede mover en cualquier dirección»⁹⁷. El respeto a lo justo (a lo sustancialmente cierto) desplaza, en efecto y en no pocos casos, la polarización de la norma de lo general a lo concreto, de lo comunitario a lo personal, de lo normativo a lo equitativo, haciendo surgir una serie de específicos instrumentos (epiqueya, dispensa, licencia, tolerancia, *dissimulatio*, *ius singulare*, etc.) orientados a que «el tributo que pague la justicia a la certeza sea menor»⁹⁸, a que no aparezca una especie de tensión del Derecho *consigo mismo* al ponerse frente a frente sus ineliminables ingredientes de seguridad y justicia. Sin que, por supuesto, quede al margen de esa necesidad el propio sistema matrimonial que viene orientado en su

95. Las conocidas discrepancias en este punto surgen no de cuestionar tal característica, sino precisamente de si esta fusión entre legalidad y objetividad es posible compatibilizarla con la idea de certeza jurídica. Para una aproximación al tema, vide: SALAZAR, *Carácter peculiar de la certeza en el ordenamiento jurídico-canónico*, en el vol. «Lex Ecclesiae», Salamanca, 1972, pp. 47-66; FEDELE, *La certezza del diritto e l'ordinamento canonico*, Archivio di Diritto ecclesiastico, V (1943), 4; CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, Rivista

di diritto processuale, 1943, pp. 81-91; CAPOGRASSI, *La certezza del diritto nell'ordinamento canonico*, Ephemerides Iuris Canonici, 1949, pp. 9 y ss.

96. Piénsese en la ya aludida incertidumbre que lógicamente emana de la indagación, siempre posible del verdadero consentimiento de las partes en el momento de la emisión del consentimiento.

97. MERRYMAN, *La tradición romano-canónica*, México, 1969, p. 89.

98. SALAZAR, *loc. cit.*, p. 60.

conjunto y en sus instituciones —y la forma no es excepción, como vimos— a lograr tal fusión entre interioridad y exterioridad.

Dicho esto, se precisa añadir que la absoluta integración entre legalidad y objetividad es tan sólo una *tendencia* que debe detenerse precisamente allí donde el precio a pagar sea tan alto que el *derecho del caso concreto*, al generalizarse, devenga en dictadura que introduzca la anarquía en el seno del ordenamiento. De ahí la importancia de distinguir lo *deseable* de lo *posible*, y de tener presente que en el Derecho —también en el de la Iglesia— los límites de lo primero ineludiblemente vienen marcados por lo segundo. En ningún momento puede olvidarse «que una pertenencia absoluta de todo un mundo del Derecho, en pleno, a la órbita del sistema equitativo o del sistema normativo es posible en principio, pero de hecho difícilmente practicable. El examen de la realidad jurídica pone de relieve que lo que acaece con más frecuencia es que en un campo de Derecho predominantemente equitativo o predominantemente normativo se insertan, a manera de complementos, las formulaciones opuestas, las cuales, en consecuencia, no quedan plenamente excluidas»⁹⁹. La drástica eliminación de la forma canónica —como *posibilidad*— en aras del respeto a concretas situaciones intersubjetivas *deseablemente* atendibles, no implica en nuestra opinión operación legislativa con

mayores vuelos de racionalidad que su contraria, sobre todo si se piensa que las singulares situaciones denunciadas como atentatorias del respeto a la verdad objetiva (existencia de consentimiento matrimonial) fácilmente pueden ser atendidas con una adecuada aplicación o ampliación de los medios a tal efecto ya existentes en la esfera canónica (muy en especial la dispensa de forma y la forma extraordinaria).

Ahora bien, si la pretendida *irrationabilitas* de la forma *ad valorem* no se evidencia como tal en relación a la peculiar naturaleza del Derecho canónico, cabe más correctamente cuestionar su racionalidad en relación, no a un esquema abstracto de pensamiento, sino a la luz de una concreta antropología como la diseñada por el más reciente Magisterio en la que la dignidad de la persona humana alcanza cotas de respeto muy elevadas¹⁰⁰, obteniendo el óptimo de incidencia en aquellas esferas de su actuación —como es la matrimonial— que miran al reducto más íntimo de su estructura. Porque es bien sabido que en tal sector surge con especial intensidad el contraste, al menos potencial, entre las exigencias personales del hombre y mujer que se unen conyugalmente y las de la sociedad en que se incluyen; contraste que se manifiesta agudamente en el actual período histórico en que el *tipo* de familia de la sociedad europea se aparta netamente del

99. GUASP, *ob. cit.*, p. 44.

100. La *Gaudium et spes* dedica todo un capítulo (el 1.º de la parte 1.ª, nn. 12-22) a la dignidad de la persona humana. Igualmente Pablo VI insistentemente ha llamado la atención acerca de la necesidad de salvaguardar los derechos que dimanar de tal condición:

«E bello notare come la religione nostra, la quale proclama il primato di Dio su tutte le cose, mette per ciò stesso in essere, nel campo della realtà temporale, il primato dell'uomo» (Aloc. al 11.º Congreso Internacional de la UCID, *Insegnamento di Paolo VI*, II, p. 381) «Le bien commun universel ne saurait en

modelo delineado por el Renacimiento y las formas de vida greco-romanas¹⁰¹. En esta coyuntura no parece cuestión pequeña examinar si las exigencias externas (formales) del personalísimo acto del intercambio del consentimiento matrimonial no colisionan con la libertad que la dignidad de la persona humana reclama.

Ante todo es necesario delimitar bien los contornos del concepto «persona», para deducir de ellos sus márgenes de autonomía frente a la dimensión comunitaria que la circunda. Prescindiendo ahora de cuestiones filológicas¹⁰², cabe decir que todos los aspectos de la personalidad humana quedan sustanciados en tres fundamentales: el psicológico, el metafísico y el moral. Ninguno de los tres, aislados, da la clave de la total dimensión de la misma, siendo, por el contrario, la interrelación de los tres el único proceso válido para captar en su globalidad lo fundamental que bajo el genérico concepto de persona se oculta¹⁰³. La persona humana, en la unidad ontológica de estas tres dimensiones, está capacitada tanto para establecerse un

fin propio y personal como para *realizarlo* con recursos también propios, frente a la menor o mayor oposición de los demás seres respecto a los que se considera autónoma. Pero destino y acción solamente pueden realizarse satisfactoriamente desde los tres aspectos conexos.

Su personalidad metafísica y psicológica es capaz de trazarse, en efecto, un peculiar programa de vida y acción y elevar a destino personal sus apreciaciones sobre su propio finalismo. Pero si es capaz de ello, no está en su mano eludir sus consecuencias en una pretendida autonomía absoluta de la persona, es decir, solamente su dimensión metafísica es capaz de realizarse en la medida en que se transfiere a su personalidad moral (social), que en puridad supone la realización por parte de la personalidad metafísica de su propio programa de vida¹⁰⁴. Ninguna persona puede así eludir la dimensión social, jurídica, sin renunciar al plan de su yo, sin ser fuera del ser, es decir, sin ser nada. Tan ineludible es para el hombre el existir con su naturaleza humana, como el existir en el externo ju-

effet se concevoir et se définir sans cette référence primordiale à l'individu considéré comme personne... C'est cette vérité première que l'homme est, selon l'expression de Pie XII «le sujet, le fondement et la fin» de la vie en société qui doit servir de norme suprême à toute éthique fondée sur la raison» (Aloc. de 12 mayo 1967, *Ibidem*, V, p. 767). «Principio e fine della vita comunitaria di un popolo è anzitutto il rispetto e lo sviluppo della personalità umana e dei concomitanti diritti e doveri. La vita associata deve aiutare i singoli a sviluppare la propria personalità, rendendoli idonei ad adempire quei diritti e quei doveri che il Creatore ha loro imposto» (Aloc. a los par-

lamentarios alemanes, 27-II-64, *Ibidem*, II, pp. 821-822).

101. Cfr. GIACCHI, *Il consenso...*, cit., p. 359.

102. Nos referimos a la discutida cuestión del origen semántico del término «persona» y sus diversas interpretaciones conexas con el verbo latino *personare*, la más compleja expresión *per se una*, o el término griego *πρῶτον*. Vide sobre estos extremos, las apreciaciones de MÜLLER, *Persona y función*, México, 1965, pp. 11-18.

103. Sobre estos distintos aspectos, vide las lúcidamente observaciones de QUILES, *La persona humana*, México, 1952, pp. 11 y ss.

104. Cfr. QUILES, *ob. cit.*, p. 432.

rídico¹⁰⁵. El hombre en sociedad continúa siendo una totalidad metafísica autónoma, pero al mismo tiempo experimenta que su esencia no se agota, sino más bien se trunca, cuando permanece encerrada y limitada en la esfera de la pura individualidad o subjetividad. Experimenta una indigencia metafísica esencial que sólo se cumple en lo social, en la intersubjetividad¹⁰⁶. Y precisamente esa intersubjetividad, a la que ontológicamente está abocada, es la que introduce un factor correctivo en los puros valores conexos con su entidad metafísica aislada¹⁰⁷.

De esta forma, la dignidad de la persona humana es un *valor infinito*^{107 bis} en el sólo

mundo de lo sobrenatural, de lo trashumano, en el ámbito de las relaciones con su Creador, precisamente por que el único Ser capaz de valorarla en toda su profundidad es Aquel de quien su ser es deudor en toda su globalidad. Pero no ocurre así en el orden humano, ni menos aún en el jurídico, donde el individuo no lo es todo, sino el miembro de un marco social en que se integra precisamente para hacer posible el plan trazado en el solitario e íntimo reducto de su personalidad metafísica¹⁰⁸. En este orden concreto intersubjetivo hay que ponerse en guardia contra cualquier extrapolación o exceso derivante de traspasar una idea del hombre que si es

105. No sin razón, GUASP, (*ob. cit.*, p. 526) afirma: «El yo y el mundo exterior, profundamente entrelazados entre sí, son los que determinan en realidad que cada individuo sea lo que es, pues ni un sujeto totalmente aislado podría llevar a cabo una vida individual, ni tampoco el mundo exterior es toda la realidad trascendente al individuo, sino aquélla sobre la que el yo inmediatamente irradia y que se adhiere a ese yo para formar su entorno individual, tan inseparable de él como el mismo núcleo central al que se refiere dicha zona de circunstancia objetiva».

106. A esta idea apunta PIERLINGERI, (*La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino, 1972, p. 135) cuando dice: «la persona humana no se puede concebir aisladamente; no puede ser tutelada solamente en sí y por sí, sino en el momento en que vive en las formaciones sociales que están en su función. Bajo esta perspectiva no se puede ser sin ser con los otros, no es posible ser solamente esencia, sino también existencia. La tutela de la persona se actúa como esfera de interpersonalidad, no solamente de personalidad. Personalidad es aquello que en la esfera propia del individuo es indisponible por parte de otros».

107. Ashley, con enérgicos trazos, ha silueteado este ineludible transpersonalismo: «Toda persona está vinculada socialmente al grupo en que ha sido socia-

lizada. En este sentido el «individuo» es un mito... incluso física y fisiológicamente, es dudoso que el «individuo» tenga una existencia separada en cualquier sentido que no sea arbitrario... Un ser separado de un grupo social no es otra cosa que un ser orgánico... La persona es un haz de interrelaciones sociales. Esto no quiere decir que la persona carezca de libre albedrío... Pero es un albedrío que funciona en buena medida dentro de los límites y condiciones determinados por su propia experiencia pasada en el seno de la cultura de un grupo social... No se trata de insinuar que el grupo sea superior a la persona... En definitiva, ni la persona vive para el grupo ni el grupo exclusivamente para la persona; pero cada uno satisface las necesidades del otro»: *La dirección del desarrollo humano*, trad. esp., Madrid, 1969, pp. 155-157, citado por ZAFRA, *La comunidad familiar*, Nuestro Tiempo, n. 224, 1972, p. 7, n. 3.

107 bis. En un sentido analógico, se entiende. Por su relación filial con Dios participa, en cierto modo, de la misma vida divina.

108. VILLEY (*Contre l'humanisme juridique*, Archives de Philosophie du Droit, XIII (1968), p. 208) anota «que los excesos del humanismo moderno han falseado nuestra visión del Derecho... Hay que respetar espiritualmente la dignidad infinita de la persona humana

válida, en sus exigencias, en otros planos, no lo es tanto en los limitados confines de lo jurídico ¹⁰⁹.

El respeto a la persona humana supondrá aquí, no la exaltación de hipotéticos derechos tan sólo exigibles en la esfera de la individualidad absoluta, sino más bien en ningún momento olvidar «que el orden de las cosas ha de estar subordinado al orden de las personas y no a la inversa» ¹¹⁰, siendo muy de notar, como apunta Haubtmann ¹¹¹, que en tal expresión conciliar se «habla del orden de las personas (en plural) para evitar una concepción individualista del bien común».

El orden objetivo matrimonial —desde estas reflexiones— viene directamente encadenado a una racional normativa tuteladora de la persona en su conjunto, no de la personalidad metafísica, tan sólo una de las dimensiones en que aquella se sustancia ¹¹². En

y de cada individuo. Pero de ahí a deducir derechos fantásticos... me parece que es extrapolar las cosas y transportar al Derecho un lenguaje que le es impropio. Cada uno de nosotros no tiene derecho más que a partes de bienes estrictamente limitados».

109. Esta exaltación parece directa consecuencia de aquella concepción filosófica del hombre (el existencialismo) para la que el Derecho, al ser sólo una regulación aplicable a la sociedad de masas, por su fijeza, previsibilidad y seguridad apartan al hombre de la existencia concreta, impidiéndole llegar a la plenitud de ésta, que tan sólo es posible a través de las llamadas situaciones-límite. Desde el punto de vista existencial el Derecho es tanto más inauténtico cuanto más perfectamente se ajusta en su funcionamiento a las exigencias de la sociedad. En cambio se acercaría más a la autenticidad existencial cuanto más se guiase por lo excepcional y lo anormal. De ahí la tendencia de COHN (*Existenzialismus und Rechtswissenschaft*, Basel, 1955) de eliminar del ámbito jurídico a la norma

este orden de cosas el respeto a la dignidad de la misma no es incompatible con la forma canónica del matrimonio, porque en definitiva una de sus misiones es defender la dimensión social del *coetus personarum* que integra la comunidad de fieles. Así, las exigencias en el orden jurídico de la tutela de la persona impondrán toda esa serie de medios ya aludidos dirigidos a que el mayor número de actos humanos libres no vean esterilizada su fecundidad jurídica por requisitos formales, pero en modo alguno *obligan* a que *algún acto humano* no reciba, en singulares y excepcionales supuestos y *ab initio*, el reconocimiento social que su propia y aislada estructura interna pudiera reclamar ^{112 bis}.

C) Vigencia actual de las funciones de la forma canónica.

Analizados y subsiguientemente connotados como *no definitivos* los planteamientos

general para acentuar el valor de la *decisión*. No ha dejado de objetarse al existencialismo jurídico que lo social no es necesariamente inauténtico, sino un elemento importante con el que el hombre construye la autenticidad de la vida: LEGAZ, *Filosofía del Derecho*, 3.^a ed., Barcelona, 1971, pp. 178 y ss.

110. *Gaudium et spes*, n. 27.

111. *La comunidad humana*, en el vol. «La Iglesia en el mundo de hoy», trad. esp., Madrid, 1970, p. 332.

112. Vide las observaciones de SERRANO (*El matrimonio en el marco de los derechos del hombre*, en el vol. cit. «Ius Populi Dei», pp. 120 y ss.) y GARCÍA FAILDE (*Igualdad jurídica de ambos cónyuges en el matrimonio y la familia*, *Ibidem*, pp. 215 y ss.) sobre los límites en el ejercicio de los derechos inherentes a la persona humana en el matrimonio, a la luz del cap. II, parte 1.^a de la G. et S. (*De hominum comunitatem*).

112 bis. DE LA HERA (*Persona humana y orden objetivo en el sacramento del matrimonio*, Ponencia al II Congreso Internacional de Derecho Canónico, Re-

teóricos dirigidos a la abolición —sin resonancias sustantivas— de la forma jurídico-canónica de recepción del consentimiento, habrá que volver al plano de lo real y desde él juzgar de nuevo la cuestión. Cuestión que, por la índole de las propuestas que debemos ahora enjuiciar en su conjunto, deberá ceñirse al problema, no de la canonización sustancial de la normativa civil (descartada, como vimos), sino al de esa canonización de grado menor que es la de la simple forma del matrimonio civil, sin concesiones de fondo ¹¹³.

Ante todo es preciso examinar si las motivaciones de orden práctico que llevaron a la introducción de una forma canónica *ad substantiam* mantienen hoy su fuerza o, por el contrario, se han debilitado en el presente estadio de la evolución histórica.

Es claro que el peligro actual de clandestinidad está mucho más atenuado —es prácti-

sumen, Milán, 1973, p. 10) coincide con nuestras apreciaciones cuando observa que así como los impedimentos matrimoniales y los requisitos consensuales «son exigencias de la persona humana en relación con la unión conyugal», así también la forma «es una exigencia de la persona en cuanto concreción histórica de un modo de proteger a la persona misma».

113. Naturalmente nos referimos a la canonización de la forma civil como solución global, no como deseable y excepcional mecanismo receptor que pudiera, en casos particulares, reconocer la eficacia del consentimiento naturalmente suficiente que en tantas ocasiones subyace en dicha estructura formal. Por otra parte, tales supuestos (forma extraordinaria, dispensa de forma, *sanatio in radice*) no pueden aludirse como manifestaciones canonizadoras del matrimonio civil, ya que en rigor lo que en esas situaciones se valora no es

camente inexistente— que en la época tridentina. A pesar de que el Poder civil por aquellas fechas estaba empeñado en un auténtico *tour de force* contra los matrimonios clandestinos ¹¹⁴, la realidad era que éstos seguían subsistiendo al amparo de la común doctrina eclesiástica del consensualismo. Actualmente, y por el contrario, el sistema de matrimonio civil con rigurosas exigencias de publicidad es un hecho casi universal que oscurece en cierto modo la función de seguridad de la forma canónica ^{114 bis}. No ocurre lo mismo, sin embargo, con sus funciones pedagógica y conservadora ni con la que hemos venido denominando función sacramental. No sin motivo se ha observado ¹¹⁵ que la Iglesia ha procurado a lo largo de su historia que el matrimonio de los fieles estuviera cualificado por una celebración religiosa, y es que la valoración sacramental del matrimonio —en la conciencia del pueblo— va unida a la observancia de la forma canónica que, por encima de impo-

tanto la forma civil como la suficiencia del consentimiento o la forma extraordinaria canónica. Cfr., sobre este punto, LALAGUNA, *El matrimonio...*, cit., p. 268. Sobre la posibilidad de una mayor autonomía dada a las Conferencias Episcopales para canonizar leyes civiles, es interesante el trabajo de: BERNARDIS, *Il diritto canonico territoriale tra il Concilio Vaticano II e la riforma del Codice*, en «Ius Populi Dei», II, cit., en especial, pp. 40 y ss.

114. Cfr. GAUDEMET, *Mariage clandestin et appel comme d'abus*, en «Ius Populi Dei», III, cit., en especial, pp. 612-616.

114 bis. Cfr. las observaciones de DI MATTIA, *loc. cit.*, p. 497.

115. Cfr. WAGNON, *La forme canonique ordinaire du mariage, abolition ou réforme?*, en el vol. cit., «Acta Conventus...», p. 708.

siones jurídicas, los propios siglos han ayudado a consolidar. La supresión radical de la misma, muy previsiblemente, llevaría aparejada una secularización del matrimonio que necesariamente conduciría a su descristianización, con la consiguiente obnubilación del carácter sacramental y sobrenatural que la unión entre cristianos reviste.

La simple canonización de la forma civil del matrimonio —siempre como solución general— pronto haría que los esquemas formales canonizados ocultaran la realidad sacramental subyacente, lo que pastoralmente acarrearía consecuencias de mayor entidad que las que el actual sistema comporta. Sin olvidar, a su vez, el evidente hecho de que una *forma* que no responde al contenido sustancial que protege, tiende necesariamente a buscar su *natural funcionalidad*, la cual en puridad sólo puede conferírsele el contenido sustancial del que se desgajó. Así, la heterogeneidad que supone un contenido sacramental (con todas sus anejas consecuencias) protegido por una forma secularizada (tendencialmente reclamando *otro contenido*) como todos los híbridos jurídicos, acabaría fatalmente en una *homogeneización* forma-sustancia que sólo podría hallarse sustituyendo la normativa canónica por la sustancia civil, atraída, esta última, inconteniblemente por la propia estructura formal de la que se desplazó.

También parece claro, en fin, que la abolición de la forma canónica minimizaría aque-

lla acción teológico-social típica del sacramento del matrimonio, conjugándose mal con la necesidad de que el compromiso de los esposos cristianos «sea el signo de la integración del hogar que fundan en la vida sacramental y espiritual de la Iglesia»¹¹⁶.

VII. NECESIDAD DE MANTENER LA FORMA JURIDICA AD VALOREM Y CONVENIENCIA DE REFORMAS PARCIALES DEL IUS CONDITUM.

A la luz de lo expuesto hasta ahora, parece evidente que las propuestas radicales y de revisión total de la forma canónica del matrimonio inciden en rígidas totalizaciones de datos y argumentos en función de un «a priori» discutible, cual es la pretendida conveniencia de canonizar (como fórmula general) el fondo o la forma del matrimonio civil.

Ya se dijo —y conviene repetirlo ahora— que no es correcto infravalorar el carácter instrumental de la forma jurídica del matrimonio canónico, ya que sus conexiones lo son con exigencias de orden mayor. Pero esta valoración negativa se acentúa, además, cuando se observa cómo su inicial intento de conectar el Derecho con la «realidad» se frustra precisamente por olvidar el carácter específico de la *realidad* a la que lo jurídico en la Iglesia inexcusablemente viene llamado a tutelar: el interés espiritual de las almas^{116 bis}. Las necesidades que surgen de

116. Cfr. *Gaudium et spes*, n. 48.

116 bis. En este sentido —y una vez más— Pablo VI ha recordado: «... que el Derecho canónico es Derecho de la sociedad visible, ciertamente, pero so-

brenatural; que se edifica con la palabra y los sacramentos, y cuya finalidad es conducir a la salvación eterna». Alloc. de 2 febrero 1973 al Tribunal de la S. R. R., trad. castellana en «Ecclesia», n. 1631, p. 7.

la realidad extraeclesial harán convenientes *templadas* medidas de reforma —a ellas aludimos a continuación— pero en modo alguno pueden sofocar exigencias de mayor entidad como las aludidas, salvo el riesgo de caer en una *irrealidad* jurídico-canónica difícilmente justificable ¹¹⁷.

La necesidad más real en el orden jurídico —y en lo que al matrimonio canónico concierne— es no olvidar que el Derecho de la Iglesia debe contribuir con sus recursos instrumentales (y la forma canónica lo es en importante medida) a la protección de las consecuencias que derivan del específico carácter sacramental del mismo. Salvaguardada esta importante necesidad, también parece oportuno obviar las posibles dificultades que una rígida posición de «idolatría hacia el derecho escrito» puede crear en el tema de que venimos tratando. Dificultades que surgen tanto cuando no se respetan situaciones subjetivas muy atendibles en un contexto altamente valorativo de la libertad religiosa, como cuando el *ius conditum* eclesiástico viene a ser cauce propicio para el actuar de quie-

nes lo instrumentalizan en contra del principio de unidad matrimonial. Sin olvidar tampoco algunas otras conexas con el actual régimen de delegaciones para el matrimonio o el ámbito del *testis qualificatus* ¹¹⁸.

A) Posible restricción del ámbito personal del can. 1099.

En lo concerniente al tema de los católicos *formalmente* apartados de la fe católica, su sometimiento al régimen de forma *ad valorem* no deja de crear problemas y suscitar paradojas.

Los primeros surgen especialmente en aquellos países de régimen concordado de base confesional, como es el caso de España ¹¹⁹, en que por propia tolerancia de la Iglesia, el Estado accede al matrimonio civil de los apóstatas sin más requisitos que la simple y pura comunicación de la no profesión de fe católica al párroco competente. Tales matrimonios, eficaces en la órbita civil, inválidos en la eclesiástica, están rodeados de una atmósfera de ambigüedad precisamente producida por la paradoja que resulta de la

117. PETRONCELLI (*Presupposti dei matrimoni misti e limiti «in iure condito»*, en «Ius Populi Dei», III, cit., pp. 418-420), implícitamente ha denunciado esta irrealidad, cuando enjuiciando negativamente ciertas críticas al MP «Matrimonia Mixta» hace notar que el legislador canónico no puede dejarse llevar por un caprichoso deseo innovador, sino que debe adecuar las disposiciones jurídicas a los principios sobrenaturales en los que la Iglesia se funda y a su específica función «che mira unicamente alla salvezza dell'anima dei suoi fedeli». Y añade: «Difesa della fede del credente membro della Chiesa e propagazione del regno di Dio attraverso la procreazione e la educazione della prole, giusta la dottrina canonica del matrimonio, sono dunque le preoccupazioni della Gerarchia che sa di non

potersi esimere dal dovere di provvedere alla tutela di questo principio».

118. Hay que advertir que este trabajo preferentemente se orienta a la justificación del sistema de forma *ad validitatem* en el matrimonio canónico. De ahí que las sugerencias *de lege ferenda* que a continuación se hacen no sean, por una parte, más que simple apéndice a la tesis de fondo, y, por otra, que naturalmente requieran ulterior desarrollo y profundización. Sin que, por lo demás, se pretenda con ellas dejar concluida la cuestión, que será objeto de un trabajo más amplio en preparación.

119. Cfr. sobre este extremo mis observaciones en otro trabajo: NAVARRO VALLS, *Divorcio: orden públi-*

concesión del *tolerari potest* eclesiástico a los susodichos matrimonios y la intransigencia ante los mismos en la esfera canónica. El Estado confesionalmente católico —argumentando correctamente sobre presupuestos de orden jurídico-canónico¹²⁰— confiere eficacia en su órbita al matrimonio de católicos apóstatas mientras la Iglesia, naturalmente en base a presupuestos canónicos aunque de distinto signo, invalida lo que válidamente surge en la esfera civil, creando así una discordancia que surge, no por conceptualizaciones jurídicas radicalmente diversas (como ocurre en los sistemas jurídicos laicos), sino precisamente por distintas interpretaciones de unos mismos presupuestos (los canónicos). Si no se quiere caer en el absurdo jurídico parece congruente que la legislación canónica se ajuste en su propio ámbito de acción, sacando las radicales consecuencias que dimanen del principio de libertad religiosa, decantado en sus matices por su propio ordenamiento y a las que aboca al Estado que quiere ser fiel a los mismos.

Hay, no obstante, alguna incongruencia más en la imposición a los apóstatas católi-

cos del régimen *ad valorem* de la forma canónica. Sin necesidad de recurrir a dificultades como la anteriormente connotada, es ciertamente paradójico que a efectos del impedimento de mixta religión sean, en ocasiones, asimilados los apóstatas a los acatólicos¹²¹, y en lo relacionado con la forma del matrimonio se aplique siempre y rigurosamente el principio *semel catholicus semper catholicus*¹²². E igualmente sorprende que una legislación sea, por su irrealidad, en un punto de hecho habitualmente desconocido y no se ponga remedio a tan extraña situación.

Estas efectivas razones de orden práctico justifican el plantear, con sentido realista, la modificación del actual can. 1.099 con el fin de expresamente exceptuar de la forma canónica a los apóstatas de la fe católica, entendidos estos en el sentido en que los conceptúa el can. 2.314, y siempre que el efectivo alejamiento de su fe vaya seguido de afiliación a secta acatólica o declaración formal de apostasía. Tal modificación legislativa naturalmente debe cohonestarse con el principio general de que nadie pueda prevalerse de un delito —como es el de apostasía en el vi-

co y matrimonio canónico (Eficacia en España de las sentencias extranjeras de divorcio), cit., en especial, pp. 235-238.

120. Así, el Decreto de 22 de mayo de 1969, que modifica determinados arts. del Reglamento del Registro Civil español de 14 de nov. de 1950, justifica la atenuación del rigor de anteriores interpretaciones administrativas del art. 42 del Código Civil y la instauración de un nuevo sistema de matrimonio civil cuasifacultativo en estos términos: «Los principios que inspiran la Ley 44/1967, de 28 de junio, regulando el ejercicio del derecho de libertad religiosa, aconsejan la conveniente adaptación del RRC a los mismos. Se pretende, fundamentalmente, que la celebración del

matrimonio civil de aquellos que tengan derecho a él, no se vea demorada en trámites cuya utilidad pueda estimarse superada a la luz del principio jurídico de libertad en el orden religioso» (Boletín Oficial del Estado, 17 junio 1969). Tal argumentación es válida si se piensa —como ha hecho notar REINA (*Emisión...*, cit., p. 631)— que «la trascendencia social del matrimonio canónico no puede obtenerse al precio de confundir eficacia civil con coactividad civil, cosa difícil de evitar si el Estado impidiera el matrimonio civil... a los que profesan o pertenecen a una determinada religión».

121. Cfr. can. 1060 y su interpretación por BERNÁRDEZ, *ob. cit.*, pp. 91 y 92.

122. Cfr. can. 1099, 1, 1.º.

gente sistema— para reivindicar posteriormente supuestos derechos, contrarios a la doctrina de los propios actos¹²³. De ahí que la posterior vuelta al seno de la Iglesia en ningún caso pueda instrumentalizarse para entender inexistente el matrimonio civil o acatólicamente contraído y realizar —con tercera persona— nuevo matrimonio en forma canónica subsistiendo el anterior. Y ello porque el primer matrimonio realizado acogándose a la hipotética restricción del número de personas obligadas por el can. 1.099 obviamente habría de conceptuarse como matrimonio canónico celebrado en forma civil o religiosa acatólica.

B) El impedimento canónico de celebración de matrimonio civil.

La doctrina ha detectado también otras situaciones a las que conviene también poner en vías de pronta y satisfactoria solución. Nos referimos a los casos de católicos que, sin haber *formalmente* abandonado la Iglesia católica en el sentido antes expuesto, preten-

den prevalerse de la generalizada existencia del sistema de matrimonio civil obligatorio para defraudar el principio de unidad matrimonial¹²⁴. Parece necesario arbitrar una fórmula legislativa orientada a impedir la acción de aquellos católicos que habiendo celebrado la ceremonia civil —sin posterior ceremonia canónica— pasado algún tiempo, y aduciendo su condición de católicos, contraen ante la Iglesia nuevo matrimonio, esta vez sacramental, con otra persona distinta de aquella con la que celebraron la ceremonia civil¹²⁵.

Hasta ahora este problema ha sido afrontado con tímidos intentos, a nivel de legislación particular¹²⁶, dirigidos a dificultar administrativamente la celebración canónica del matrimonio, pero en su generalidad resta ampliamente susistente. Resolverlo a nivel universal, porque a tal escala se plantea hoy, requeriría establecer un nuevo impedimento canónico: concretamente el de matrimonio civil previo y no disuelto¹²⁷. Las ventajas prácticas de tal medida son evidentes. Ante todo

123. Vide sobre la tradicional aplicación en Derecho canónico de la regla «adversus factum suum quis venire non potest»: Díez PICAZO, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, pp. 43 y ss.

124. Muy similar este problema al de los matrimonios «boiteux» en el ámbito del Derecho internacional privado.

125. Cfr. sobre este extremo, BERNHARD, *loc. cit.*, p. 587.

126. Así, la Instrucción de 16 de junio de 1954 de la S. C. para la Disciplina de los Sacramentos para la aplicación del Concordato de 1954 entre la Santa Sede y la República Dominicana (AAS, 1955, p. 637) establece en su art. 20: «En el caso del cónyuge que ha contraído unión civil, aun estando obligado a la forma canónica (can. 1099), y que solicita la celebra-

ción de matrimonio canónico con otra comparte, vi-
viendo la primera, no debe el párroco proceder, sino recurrir al Ordinario. Este, como norma general, insistirá en que el matrimonio se celebre más bien entre las dos partes unidas civilmente. Cuando esto no aparezca posible o conveniente, el Ordinario podrá permitir el matrimonio con otra comparte a condición, sin embargo, de que antes haya sido pronunciada sentencia ejecutiva de divorcio de la unión civil existente, previa además una penitencia y eliminando todo peligro de escándalo». Por su parte, el art. 18 de la Inst. de 1 de julio de 1929 exige, en el concreto ámbito territorial italiano, la autorización del matrimonio por el Ordinario en estos casos (Cfr. *Codice Ecclesiastico a cura di Bertola-Jemolo*, Padova, 1937, pp. 664-665).

127. Aunque tan sólo indirectamente conexo con

cegaría una de las más importantes fuentes de discordancia matrimonial entre el ordenamiento canónico y el civil, atajando en su raíz la anómala situación de maridos con dos esposas o viceversa. A su vez la legislación eclesiástica no sería el cauce —como lo es hoy— de auténticas infracciones de leyes penales estatales previsoras y represivas del delito de adulterio o de bigamia ¹²⁸.

No se nos ocultan las dificultades de índole doctrinal que esta propuesta plantea, sin embargo atentamente examinadas no aparecen como insuperables. El obstáculo principal es la tradicional condena pontificia del

el tema de fondo, nos ha parecido conveniente abordar este problema, tanto por sus relaciones con la forma canónica como por su obvia importancia en el más amplio marco de las relaciones Derecho civil-Derecho canónico.

128. REBUTTATI (*Matrimonio civile*, «Nuovo Digesto italiano», VIII, p. 265) planteó incidentalmente la cuestión, aunque referida al reducido marco italiano. Naturalmente, lo deseable sería que los distintos ordenamientos civiles reconocieran, a su vez, efectos civiles al matrimonio canónico para evitar otra de las fuentes de discordancia entre ambos órdenes de Derecho. Tal concesión, sin embargo, no parece muy factible en momentos como los actuales en que los sistemas matrimoniales civiles se configuran con una fuerte dosis laicista. Cuando menos sí parece razonable que se logre la uniformidad en los sistemas concordados. A este respecto, y en lo que a Italia concierne, se ha puesto de manifiesto lo que de negativo supone el no reconocimiento de los matrimonios canónicos no transcritos, proponiéndose o un pleno reconocimiento de efectos civiles a los mismos o, cuando menos, una mayor extensión del área de su eficacia en el ordenamiento civil, en especial en materia de filiación y de impedimentos para un sucesivo vínculo matrimonial civil con tercera persona. Vide sobre este punto: SANTOSSUOSO, *Matrimonio religioso e matrimo-*

matrimonio civil ¹²⁹, que unida al tratamiento legislativo del tema ¹³⁰ ha llevado a la conocida tesis de la inexistencia canónica de la unión civil ¹³¹. A la luz de estos tres factores conexos (juicio de valor moralmente negativo —querida elusión terminológica— carencia de carácter de *species matrimonii*) podría argüirse que este impedimento supondría, a la vez, en el plano moral una rechazable revalorización del matrimonio civil, y en el plano jurídico un injustificado «salto en el vacío» desconocedor de las exactas consecuencias que se siguen de la calificación de un acto como inexistente.

nio civile, en el vol. «Studi per la revisione del concordato», Milano, 1970, pp. 571 y ss.

129. No referida, obviamente, al contraído por «acatholici sive baptizati, sive non baptizati quoties inter se contrahant» (can. 1099, 2); que es legítimo matrimonio, ni tampoco a la actividad de aquellos católicos que simplemente celebran una mera *coeremonia civilis* para obtener los efectos correspondientes de su posterior o anterior matrimonio canónico en el ámbito civil. Las declaraciones pontificias vienen referidas al verdadero y propio «contractus maritalis initus coram magistratu civili» celebrado por fiel obligado a la forma canónica y donde al menos se preste un «consensus naturaliter sufficiens» dirigido a constituir la sociedad conyugal «ad filios procreandos». Cfr. la negativa consideración de estas uniones en el Breve *Redditae sunt nobis* (Fontes, II, pp. 41-43), Letras *Ad Apostolicae* (Fontes, II, pp. 857 y ss.), Alocs. *Acerbissimum* (idem, pp. 873-879) y *Multis gravibusque* (idem, pp. 937 y ss.), Encíclica *Arcanum* (Fontes, III, pp. 153 y ss.).

130. Conocida es la reserva terminológica plasmada en las siguientes expresiones codiciales: *Actus civilis* (cans. 985, 1042, 1063 y 1075), *Matrimonium, ut aiunt, civile* (cans. 188 y 2356), *Vinculum, ut aiunt, civile* (can. 646).

131. Cfr. LALAGUNA, *El matrimonio...*, cit., pp.

Pero tales objeciones, si lógicas, no serían exactas por dos tipos de razones. Es la primera de ellas la que surge de comprobar que sin merma de tal juicio de valor efectivamente negativo —más bien confirmándolo— en el derecho codicial y posconciliar el matrimonio civil ha sido de alguna manera tomado en cuenta: para integrar un impedimento como es el de adulterio con promesa o atentación de matrimonio (can. 1075, 1), hecho integrante de un tipo delictivo (can. 2.356), causa determinante de irregularidad *ex delicto* (can. 985, 3), marco presuntivo de *consensus naturaliter sufficiens* en la *sanatio in radice*, o estructura válida para dar paso a un matrimonio canónico, precisamente en forma civil (nueva regulación de matrimonios mixtos, forma extraordinaria, etc.), por sólo citar algunos ejemplos¹³². Tomarlo ahora como base de un impedimento autónomo supondría, en la misma línea, no una revalorización del matrimonio civil sino más bien añadir otra *consecuencia negativa* al que con claro menosprecio de la ley canónica (de su propio estatuto confesional) y de la ley civil (que en alguna medida debe ser adecuadamente valorada) realiza a la vez una compleja figura de doble delito: canónico el primero, civil el segundo.

255-280; BELLINI, *Poteri disciplinari della gerarchia ecclesiastica e diritto penale dello Stato*, Il Diritto Ecclesiastico, 1958, pp. 239 y ss.; MANTUANO, *Matrimonio canonico e matrimonio civile*, Padova, 1968, pp. 129-152; SANTOSSUOSO, *loc. cit.*, pp. 529 y ss.

132. También es causa de excomunión (can. 2388, 1), de pérdida de oficios eclesiásticos (can. 188, 5) y de dimisión de religiosos (can. 646, 1, 3).

133. Cfr., en este sentido, BETTI, *Teoría General*

La segunda razón sale al paso, no a la argumentación de índole moral que supone la constante condena de la iglesia, sino más bien a la incorrecta argumentación jurídica que supondría confundir inexistencia con carencia de efectos jurídicos. El acto inexistente —en su sentido jurídico— no es, como podría deducirse de la explicación ciertamente conceptualista de alguna doctrina¹³³, un *no acto* ni imperfecto ni perfecto, ni una *vacía apariencia* absolutamente desprovista de eficacia jurídica, sino más bien una *actividad* que no produce los efectos jurídicos correspondientes al tipo o modelo de acto que se ha pretendido realizar, un acto que puede revestir todas las apariencias del acto jurídico que se intenta y que ciertamente puede producir determinados efectos no típicos. El acto inexistente efectivamente no es un acto jurídico pero sí constituye un *hecho jurídico* generador de efectos distintos de los pretendidos, muy corrientemente de índole penal o disciplinar¹³⁴.

En el supuesto que venimos estudiando —matrimonio civil de fieles obligados a la forma canónica— tal actividad es inexistente jurídicamente ante la Iglesia como actividad matrimonial, es decir, como actuación dirigida a constituir un núcleo familiar. Pero

del negocio jurídico, trad. esp., Madrid, 1943, pp. 351 y 352; CARNELUTTI, *Teoría General del Derecho*, trad. esp., Madrid, 1955, p. 419.

134. Cfr. LALAGUNA, *El matrimonio...*, cit., pp. 264-266 y BELLINI, *Sui conflitti in materia matrimoniale tra ordinamenti laicizzati e ordinamenti a ispirazione confessionale cattolica*, Il Diritto Ecclesiastico, 1956, pp. 110 y ss.

ello no significa que deje de producir efectos jurídicos positivos o negativos, naturalmente no reconducibles a los de *species matrimonii*. De hecho así viene ocurriendo —lo vimos anteriormente—, ya que la actividad en que se substancia no se vacía en una mera apariencia, sino más bien en un hecho jurídico productor de imprevisibles efectos. Ahora bien, ¿cabe que un mero hecho jurídico nacido y ejecutado en una externa y ajena esfera al orden jurídico canónico, pueda servir de base para la importante consecuencia de producir un típico efecto del negocio matrimonial válido cual es la no posibilidad, sin previa dispensa eclesiástica, de posterior matrimonio canónico con distinta persona? En este punto se precisa aducir que la no posibilidad de nuevo matrimonio, naturalmente, no vendría conexa —lo que sería un desatino jurídico— a la cualificación como válido de lo realmente inexistente e ineficaz (el matrimonio civil), sino a la cualificación como delictuosa de la actividad, que si realizada en la esfera ajena de lo civil, es tipificada como ilícita en el ámbito canónico. De ahí que el impedimento no sería de *vínculo de matrimonio civil* (expresión, en este supuesto, a todas luces contradictoria), sino más bien de *actividad delictuosa de celebración de matrimonio civil*¹³⁵.

135. Sólo en este sentido parece lógica esta apreciación de SANTOSSUOSO (*loc. cit.*, p. 566): «Si tratta di studiare, allora, quale più vasto ambito di effetti possa essere riconosciuto al matrimonio civile (facendo, ad esempio, assurgere ad impedimento dirimente il precedente matrimonio civile con altra persona...) da parte dell'ordinamento canonico...».

136. Fácilmente se deduce que la valoración de las justas causas que podrían aducirse para la dispensa del impedimento habría de ser rigurosa. De otra forma, y a través de una generalizada dispensa, podría

Por lo demás, repárese bien que venimos hablando de un impedimento integrado en su base por una actividad delictuosa, no por una simple actividad permitida o aprobada por la Iglesia, la cual *in obsequium legislatoris ea intentione ut, sistendo gubernii officiali, nihil aliud faciam quam ut civilem coeremoniam exequantur*. Tan sólo cuando como verdadero matrimonio o único matrimonio un fiel católico celebra matrimonio civil surgiría el impedimento precisamente dirigido a obstaculizar un posterior matrimonio canónico con *tercera persona*, y hasta que el impedimento legal haya sido dispensado por una justa causa conexa con la *salus animarum*¹³⁶.

A la tesis aquí solo apuntada cabe todavía argüir que con ella la Iglesia incurriría en la contradicción de, por una parte, calificar la *relatio facti* que surge del matrimonio civil como de *turpis atque exitialis concubinitus*¹³⁷, y, por otro, impedir al católico que en dicha situación concubinaria se encuentra¹³⁸ salir de la pública condición delictuosa. Tamaño argumento no tendría en cuenta la elemental diferencia entre delito instantáneo y delito continuado: el primero agotado por la celebración de la ceremonia matrimonial civil con desprecio de la ley eclesiástica, el

fácilmente incidirse en la desarmonía que el impedimento mismo viene a prevenir.

137. Alloc. *Acerbissimum*, *loc. cit.*, p. 877.

138. Algún autor (HUIZING, *De matrimonio*, Romae, 1963, p. 594) entiende que la situación originada por el matrimonio civil de los obligados a la forma canónica, se distingue del concubinato no sólo subjetivamente (estructura interna seu ex intentione partium) sino también objetivamente (estructura esterna seu coram societate). Sin embargo, es claro que jurídicamente los efectos de ambas situaciones son idénticos. De

segundo iniciado con la situación concubina-ria de hecho y prolongado durante todo el mantenimiento de la misma. La legislación canónica añadiría una consecuencia negativa a la primera actividad delictuosa ya consumada (la celebración del matrimonio civil), pero en modo alguno fomentaría la situación concubina-ria continuada (segunda situación delictuosa), la cual, al moverse en otro plano (el de la cohabitación como situación de hecho), permite pueda ser corregido con una adecuada y necesaria labor pastoral dirigida primordialmente a la celebración del matrimonio canónico con la comparte con quien se unió civilmente, o, subsidiariamente, a la cesación de la situación concubina-ria.

C) El régimen de delegaciones para el matrimonio y el tema del *testis qualificatus*.

Sin pretender en esta sede solucionar con propuestas de *iure condendo* todas y cada una de las dificultades de orden práctico que la *forma celebrationis matrimonii* crea en su actual normativa no pueden pasarse por alto los problemas —reiteradamente apuntados por la doctrina¹³⁹— que plantea tanto lo restringido del concepto de *testis qualificatus*

como el rígido sistema de delegaciones para la válida celebración del matrimonio. De hecho sobre ambos puntos gravitan la mayor parte de las sentencias de nulidad por defecto de forma¹⁴⁰, sin que la respuesta de la CPI de 26 de marzo de 1952¹⁴¹ eliminara totalmente el problema. Lo evidente del mismo llevó a que primero la comisión conciliar de *Disciplina sacramentorum*¹⁴², y después la de Reforma del Codex¹⁴³, elaboraran propuestas que si lo resuelven satisfactoriamente admiten todavía alguna matización valorativa.

Ambas coinciden en extender la delegación general para el matrimonio a cualquier sacerdote o diácono, no legítimamente impedido, que sin embargo no podrá lícitamente ejercerla sin antes obtener la *licentia* del ordinario o párroco competente. Difieren, no obstante, en lo relacionado con la cualificación *ad valorem* de la asistencia del testigo cualificado. Para la Comisión conciliar la asistencia del *testis qualificatus* (en su tradicional acepción de ordinario o párroco del lugar) o su delegado debe mantenerse como simple condición de licitud, siendo requisito *ad valorem* el que el matrimonio se contraiga ante un sacerdote o diácono que no haya si-

ahí que, más correctamente, la gran mayoría de la doctrina entiende que tal situación «non differt in ordine iuridico a relatione meri concubinatus, nisi quatenus habetur fundamentum seu possibilitas, iure agnita, ad matrimonium efficiendum absque praestatione consensus». Cfr., en este sentido: NAVARRETE, *Ecclesia sanat in radice matrimonia inita cum impedimento iuris divini*, Periodica, 1963, p. 386; OLIVERO, *Matrimonio civile, concubinato e diffamazione*, Il Diritto Ecclesiastico, 1958, I, p. 312; SPINELLI, *In margine al processo di Prato*, misma rev., p. 332, n. 18; MANTUANO, *Ob. cit.*, p. 147.

139. Vide, en especial, WAGNON, *La forme canonique...*, cit., pp. 307-313 y bibliografía allí citada.

140. Cfr. SZENWICK, *Il difetto di forma nella recente giurisprudenza rotale*, Il Diritto Ecclesiastico, 1956, pp. 136-159.

141. Que definitivamente aclara que la suplencia de jurisdicción del can. 209 es aplicable al caso del sacerdote que asiste al matrimonio sin delegación. AAS, 1952, p. 497.

142. Cfr. *Lexikon für Theologie...*, cit., pp. 598 y ss.

143. Cfr. la cit. *Communications* del año 1971.

do declarado indigno ni interdicto por su obispo, y siempre que la celebración del matrimonio tenga lugar en una iglesia u oratorio público. Para la Comisión de R. del C. la asistencia del mismo sigue siendo requisito *ad validitatem*, aunque el matrimonio *contractus assistente sacerdote vel diacono valida assistendi facultate non munit* deba ser sanado en su raíz por la Iglesia desde el momento de su celebración inválida, añadiéndose, no obstante, tres cláusulas irritantes: con tal que el matrimonio sea celebrado en iglesia u oratorio público; con tal que la asistencia

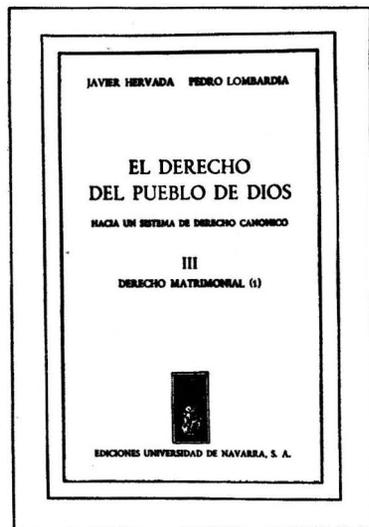
del sacerdote o diácono no hubiera sido prohibida por la autoridad eclesiástica, y con tal de que los contrayentes hubieran obrado de buena fe.

En el actual estado de cosas, no obstante la similitud de efectos que cualquiera de las dos propuestas produciría, parece más realista la segunda solución ya que previene en forma más radical el peligro de una nueva forma de clandestinidad ¹⁴⁴.

De todas formas sea acogida normativamente una u otra propuesta parece necesario,

144. Cfr. las acertadas objeciones de WAGNON (*loc. cit.*, p. 311) al Proyecto de la Comisión conciliar.

COLECCION CANONICA DE LA UNIVERSIDAD DE NAVARRA



EL DERECHO DEL PUEBLO DE DIOS 4 vols.

VOL. III DERECHO MATRIMONIAL (1)

Javier Hervada y Pedro Lombardía, EUNSA, Pamplona, 1973; 392 págs.

Este volumen corresponde al primer tomo de los dos que, dentro de la obra conjunta de estos prestigiosos canonistas, se dedica al Derecho matrimonial. Ha sido redactado, en su totalidad, por el Prof. Hervada.

En una línea ya manifestada en otros escritos anteriores, de fidelidad a los datos magisteriales junto con el más exquisito rigor técnico, se intenta la renovación científica del Derecho matrimonial. Se han tenido presentes las enseñanzas del Vaticano II y las preocupaciones del momento. El lector encontrará numerosas sugerencias para una mejor y más profunda comprensión de las cuestiones matrimoniales.

en todo caso, ampliar el círculo de ministros a los que conviene la cualidad de *testis qualificatus*. Más de una vez se ha observado que la actual exclusión de los cardenales, patriarcas y nuncios de tal condición se concilia poco con la dignidad y cargo que a tales personalidades se le debe en la Iglesia, sin que necesidades de orden pastoral justifiquen tal exclusión. El can. 1097, 1, 1.º ya salvaguarda suficientemente la constancia del *status liber nupturientium*, en tanto en cuanto evidentemente se aplicaría a cualquier testigo cualificado, sea del rango que sea. De ahí que las recientes propuestas^{144 bis} de extender la condición de testigo cualificado tanto a las dignidades citadas como a los prelados, abades de monasterios, superiores generales de religiones clericales exentas, y a los que el art. 111 del MP *De episcoporum muneribus*¹⁴⁵ denomina *episcopi dioecesani* parezcan muy congruentes con lo que debe ser una preocupación del Derecho matrimonial canónico: la simplificación del sistema *ad valorem* de forma canónica de recepción del consentimiento.

VIII. CONCLUSIONES.

El análisis de los presupuestos históricos, jurídicos y teológicos del problema de la forma *ad valorem* en el matrimonio canónico, así como la constatable vigencia actual de sus funciones —en gran medida conexas con las peculiares exigencias del régimen estructural básico del matrimonio canónico— evidencian la necesidad de continuidad sustan-

cial en el actual régimen de forma jurídica imperada.

Las propuestas doctrinales que postulan, a la vez, la supresión de la forma canónica y la «canonización sustantiva» del matrimonio civil, incurren en simultáneo tanto en una recusable irrealidad jurídico-canónica (desconocimiento de la función del Derecho canónico en la Iglesia y olvido de los presupuestos básicos e irreformables del matrimonio entre cristianos), como en una desconcertante contradicción (pretender una desformalización del matrimonio canónico por la vía de la asunción intraeclesial de una estructura matrimonial superformalizada: la del matrimonio civil).

Las propuestas de simple canonización de la forma del matrimonio civil —como solución legal generalizada— a la vez que argumentan desde bases históricas, jurídicas y teológicas en extremo magnificadas, y no siempre correctas, desconocen también tanto las funciones pedagógica y conservadora de la forma canónica, como las previsibles consecuencias de orden mayor que una «secularización formal» del sacramento del matrimonio llevaría indudablemente aneja.

La positiva valoración del actual régimen de forma *ad valorem* puede conjugarse con la preocupación (en vía de «lege ferenda») de obviar las dificultades de orden práctico que comporta su rígida aplicación. Dificultades que surgen, primordialmente, cuando no se atienden específicas situaciones subjetivas

144 bis. WAGNON, *Ibidem*.

145. Es decir, los Prelados y Abades *nullius*, los

Vicarios y Prefectos apostólicos, y los Administradores Apostólicos permanentemente constituidos.

conectadas con el principio de libertad religiosa (sometimiento de los formalmente apartados de la fe católica al régimen de forma), o cuando la legislación eclesiástica es instrumentalizada para eludir las consecuencias de los propios actos y el principio de unidad matrimonial. Sin olvidar las que surgen por el actual sistema de delegaciones matrimoniales (artificiosas causas de nulidad).

Tales dificultades pueden ser obviadas por un triple camino: a) La restricción del ámbito personal del can. 1099; b) El posible establecimiento del impedimento canónico de matrimonio civil previo y no disuelto; c) La ampliación tanto del régimen de delegaciones generales para el matrimonio como del concepto de *testis qualificatus*.

Summarium

Obiectum huius scripti est, praesertim, critica resolutio thesium canonizationum matrimonium civile, relata ad bases theologicas, iuridicas et historicas, ex quibus argumentant auctores, qui vel radicalem suppressionem formae canonicae in matrimonio vel eiusdem conversionem in forma ad liceitatem postulant.

Post synthesim ardentis pugnae circa quaestionem de forma iuridica matrimonii canonici, auctor examinat quae habet ut praesupposita methodologica praevia: a) historia quaestionis; b) functiones iuridicae formae in matrimonio-contracto; c) functiones in matrimonio-sacramento. Ad conclusionem analysis effecti auctor observat repercussiones requisitorum formalium matrimonii canonici, etiamsi characteris instrumentalis, habere graves implicationes conexas cum salute animarum et cum aspectu ecclesiologico socialique, quo ruit ratio sacramentalis matrimonii christiani.

Deinde valorat critice positiones revisionistas initio studii signatas et facit notare: 1) insufficientiam argumentorum historicorum, iuridicorum et theologorum quae adducuntur ad suppressionem formae ad valorem; 2) irrealitatem iuridico-canonicae thesium canonizationum matrimonium civile; 3) contradictiones quibus incurritur.

Denique, auctor concludit suum scriptum quibusdam observationibus relatis: 1) ad positivam valuationem globalem actualis regiminis formae ad valorem; et 2) ad convenientiam aliquarum distinctionum in sistemate intendentium obviare difficultates practicas quas comportat eius rigida applicatio. In hoc sensu has propositiones iustificat de lege ferenda: a) restrictio personalis ambitu can. 1099; b) constitutio impedimenti canonici matrimonii civilis praevis et non dissoluti; c) ampliatio et actualis rationis delegationum generalium ad matrimonium et notionis testis qualificati.

Abstract

This paper is a critical study of the canonized theses with respect to civil marriage based on theological, historical and juridical considerations. With this foundation the author defines the radical suppression of the canonic form and its transition into the «ad liceitatem» form.

After resuming the heated debates over the juridical form of canon law marriage, the author analyzes what he considers to be important methodological suppositions: 1) the historical background of the question; 2) the juridical functions of the form in the marriage contract; 3) its function in the marriage-sacrament. Concluding this analysis the author notes the effects of the formal requisites in canon law marriage. Although these effects may be of an instrumental nature, they have important implications for the **salus animarum**, and for the social and ecclesiological aspects which serve as a guide to the sacrament of Christian marriage.

Subsequently, the author makes a critical evaluation of the revisionist attitudes which had been examined at the beginning of the paper. He stresses 1) the lack of historical, judicial and theological arguments in favor of the suppression of the **ad valorem** form; 2) the juridical-canon law unreality of the canonized thesis of civil marriage; and 3) the contradictions into which these fall.

Finally, the author concludes his report with several observations which refer to 1) the positive global evaluation of the actual state of the **ad valorem** form; and 2) the desirability of describing the system more clearly in such a way that any practical difficulties in its strict application are surmounted. Following this line of reasoning the author defends the following propositions of **lege ferenda**: a) limiting the personal scope of canon law 1099; b) establishing a canonic restriction in civil matrimony which is basic to the law; c) broadening the present system of general delegations for marriage as well as the concept of **testis qualificatus**.